

JURISPRUDÊNCIA DA QUARTA TURMA

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 8.731 — BA

(Registro nº 97.0049893-0)

Relator: *O Sr. Ministro Barros Monteiro*

Recorrente: *Petróleo Brasileiro S.A. — Petrobrás*

Recorridos: *Américo Barbosa do Nascimento e cônjuge*

Impetrado: *Juízo de Direito da Vara da Infância e Juventude de Alagoinhas — BA*

Tribunal de Origem: *Tribunal de Justiça do Estado da Bahia*

Advogados: *Drs. Cândido Ferreira da Cunha Lobo e outros*

EMENTA: *Mandado de segurança contra ato judicial. Inclusão de menor, sob a guarda do avô, como dependente deste, inclusive para fins previdenciários. Inadmissibilidade da via eleita. Inexistência de ofensa ao princípio da intangibilidade do ato jurídico perfeito.*

— O mandado de segurança não é sucedâneo do recurso previsto em lei.

— A Lei nº 8.069, de 13.07.90, de aplicação imediata, é imperativa e, assim, sobreposta à norma interna da empresa, tem aptidão para elidir o conteúdo do ato jurídico expedido pela impetrante que disciplinou a admissão de dependentes ao sistema por ela implantado de “Assistência Médica Supletiva”.

Recurso ordinário improvido.

ACÓRDÃO

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

Decide a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por una-

nimidade, negar provimento ao recurso, na forma do relatório e notas taquigráficas precedentes que integram o presente julgado. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Cesar Asfor Rocha e Sálvio de Figueiredo Teixeira.

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

Ministro BARROS MONTEIRO,
Presidente e Relator.

Publicado no DJ de 04-05-98.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO BARROS MONTEIRO: Cuida-se de mandado de segurança impetrado pela “Petrobrás — Petróleo Brasileiro S.A.” contra ato da MM. Juíza de Direito da Vara da Infância e Juventude da Comarca de Alagoinhas, que determinou a inclusão da menor Marcela Santos do Nascimento como dependente de Américo Barbosa do Nascimento, inclusive para fins previdenciários, sob pena de desobediência.

A liminar foi indeferida às fls. 32/34.

O Tribunal de Justiça do Estado da Bahia denegou a segurança em acórdão cujos fundamentos se resumem na seguinte ementa:

“Mandado de segurança. Menor sob guarda. Norma do Estatuto da Criança e do Adolescente que lhe confere a condição de dependente do guardião. Assistência médica supletiva prestada por empresa privada. Denegação da segurança.

O art. 33, § 3º, do Estatuto da Criança e do Adolescente dispõe que a guarda confere à criança e ao adolescente a condição de dependente do guardião, para todos os

fins e efeitos de direito. A condição de dependente os protege de todos os riscos e obriga ao responsável à prestação de assistência material, moral e educacional. As normas editadas por empresa privada não têm o poder de infirmar esta condição assegurada legalmente. Segurança denegada” (fls. 51).

Inconformada, a impetrante manifestou o presente recurso ordinário. Sustentou que a Norma 604-00-00, editada em 01/02/76, disciplina a prestação da assistência médica supletiva pela Petrobrás a seus empregados, reservando para a Companhia a definição de dependente. Alegou que a concessão do referido benefício, como ato de liberalidade, não estaria sujeita aos ditames do Estatuto da Criança e do Adolescente, editado em 13/07/90, sob pena de violação da garantia constitucional do ato jurídico perfeito. Assim, a menor, neta de funcionário aposentado, ao qual foi deferida a guarda com base na Lei 8.069/90, não teria direito a participar do plano de assistência médica da empresa, pois não é órfã, conforme exige o item 4.9 da supracitada norma.

A Subprocuradoria Geral da República opinou pelo improvimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO BARROS MONTEIRO (Relator): 1. A decisão proferida pela Dra. Juíza de Direi-

to desafiava o competente recurso, conforme o disposto no art. 198 da Lei nº 8.069, de 13.07.90. A ora recorrente não o interpôs oportunamente, optando por impetrar desde logo o presente **mandamus**. A via eleita, como se pode notar, afigura-se inadmissível, eis que, não se tratando de decisão teratológica ou de flagrante ilegalidade e ausente a perspectiva da irreparabilidade do dano (o avô da menor é empregado aposentado da empresa e, assim, em qualquer tempo poderia ser compelido a reparar eventuais prejuízos que lhe fossem causados), não se justifica o uso do mandado de segurança em lugar do recurso previsto na lei.

2. Ainda que assim não fosse, de-sassiste razão à impetrante em seu recurso ordinário.

Não se verifica afronta alguma ao princípio da intangibilidade do ato jurídico perfeito. A norma interna expedida em 1976 pela impetrante, que disciplinou a admissão de dependentes do beneficiário ao sistema por ela implantado (Assistência Médica Supletiva), à evidência não pode prevalecer ante o que restou estabelecido de modo imperativo pela lei federal, art. 33 e parágrafo 3º do Estatuto da Criança e do Adolescente. Tal como assinalara a MMA. Juíza em suas informações, tarda a impetrante em adequar o seu sistema à legislação federal vigente desde 1990. E, ainda como teve oportunidade de acentuar o ilustre Subprocurador da República, Dr. Roberto Casali, em seu douto

parecer de fls. 75/79, a Lei nº 8.069/90 é imperativa, possui o caráter de estatuto legal, de aplicação imediata e, sobreposta à norma interna da empresa, tem aptidão de interferir e até de elidir o conteúdo do ato jurídico da recorrente, que se torna ineficaz diante da supremacia da lei.

Nessas condições, uma vez deferida a guarda, ela confere à criança a condição de dependente para todos os fins e efeitos de direito, inclusive previdenciários.

3. Ante o exposto, nego provimento ao recurso.

É como voto.

VOTO

O SR. MINISTRO CESAR ASFOR ROCHA: Sr. Presidente, nego provimento ao recurso uma vez que havia recurso próprio a ser interposto e a impetrante não cuidou de fazê-lo. Por isso, ela não poderia suprir sua omissão com a impetração do mandado de segurança.

VOTO

O SR. MINISTRO SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA: Acompanho o voto do em. Relator desprovendo o recurso, ao fundamento de não ser o mandado de segurança meio hábil — salvo casos excepcionálísimos, a exemplo das decisões com manifesto abuso ou teratologia, como tem entendido a jurisprudên-

cia deste Tribunal — como sucedâneo recursal.

Acompanho, ainda, o Sr. Ministro-Relator quando S. Exa. repudia a argumentação de que a norma esta-

tutária estaria assegurada mesmo ante a edição posterior de uma lei.

Em conclusão, desprovejo o recurso, com a ressalva feita pelo Sr. Ministro Cesar Asfor Rocha.

RECURSO ESPECIAL Nº 25.799 — SP

(Registro nº 92.0019715-9)

Relator: *O Sr. Ministro Cesar Asfor Rocha*

Recorrente: *Instituto Nacional do Seguro Social — INSS*

Recorrida: *Fundição Indústria e Comércio de Peças e Acessórios Ltda. — Funcipal — Massa falida*

Advogados: *Drs. Sandra Maria Hammen e outro, e Humberto Jacomin*

EMENTA: *Processual Civil e Comercial. Venda de bem da massa falida. Desnecessidade de prova de quitação de débitos previdenciários. Interpretação do art. 31 da Lei nº 6.830/80.*

Não é absoluta a proibição contida no art. 31 da Lei nº 6.830/80, por isso mesmo que a norma nela inserta deve ser interpretada com temperamento, daí ser possível a alienação judicial de bem da Massa Falida sem a prova de quitação da dívida ativa ou a concordância da Fazenda Pública, desde que realizada, como no caso, obedecendo a todos os requisitos do art. 117 e seus §§ da Lei de Falências, não verificada qualquer irregularidade.

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 conhecer do recurso. Votaram com o relator os Srs. Ministros Ruy Rosado de Aguiar, Sál-

vio de Figueiredo Teixeira e Barros Monteiro. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Bueno de Souza.

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

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

Publicado no DJ de 11-05-98.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO CESAR ASFOR ROCHA: O ora recorrente agravou, sem sucesso, contra decisão que, nos autos de falência, lhe negou a sustação de expedição de carta de arrematação.

Recolho do v. voto condutor do acórdão recorrido os seguintes excertos:

“Sustenta o agravante que o procedimento dos bens da falida só é válido se precedentemente houver prova da quitação de todos os débitos fiscais, tudo por força do disposto no art. 31 da Lei 6.830/80.

A decisão agravada, com o apoio jurisprudencial: RJTJESP 83/220, sustenta que a interpretação razoável do dispositivo invocado não obsta o devido curso da falência, mesmo porque se obstasse inviabilizaria a finalidade da lei.” (fl. 74).

Daí o recurso especial, fundamentado na alínea a do permissivo, por contrariedade ao artigo 31 da Lei n. 6.830/80, pelo qual, nos processos de falência, “nenhuma alienação será judicialmente autorizada sem a prova de quitação da dívida ativa ou a concordância da Fazenda Pública”.

Sem resposta no prazo legal (certidão de fl. 80), o recurso foi admitido na origem, tendo ingressado no meu gabinete, por atribuição, no dia 1º de fevereiro de 1996, e indicado para pauta em 03 de dezembro de 1997.

Parecer do Ministério Público Federal pelo não conhecimento do recurso, em face da relatividade da norma invocada.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO CESAR ASFOR ROCHA (Relator): Como visto, cuida-se de recurso especial agitado com base na letra a do permissor constitucional por alegada ofensa ao art. 31 da Lei nº 6.830/80, pois, inobstante ali está pontificado que, nos processos de falência, nenhuma alienação será judicialmente autorizada sem a prova de quitação da dívida ativa ou a concordância da fazenda pública, foi indeferido pedido do recorrente de sustar a expedição de carta de arrematação.

Sem razão o recorrente.

É que, em verdade, não é absoluta a proibição constante de referido dispositivo tanto é assim que nele está admitida ser possível a alienação, desde que haja a concordância da fazenda pública.

Todavia, essa exigência da concordância sofre temperamentos, devendo ser interpretado com razoabilidade.

Na hipótese, como observou a Curadoria de Massas Falidas (fls. 54/55), “se para a satisfação dos débitos da Massa Falida é necessária a venda dos bens arrecadados no curso da falência, como ocorre no caso em tela, cujo produto reverterá em benefício da própria Fazenda Pública, por obediência ao privilégio

gio de seu crédito, não se justifica a pretensão da agravante, que impedirá o normal andamento do feito, com a paralisação da realização do ativo. O leilão público realizado obedeceu a todos os requisitos do art. 117 e seus §§ da Lei de Falências, não verificada qualquer irregularidade” (fls. 55).

Ora, a Massa Falida é, por definição, carente de recursos para pagamento de todo o seu passivo, por isso que a Lei de Falências estabelece preferências de créditos a serem honrados, sendo certo, como definido pela eg. Segunda Seção no julgamento do REsp nº 32.959/SP, relatado pelo eminente Ministro Eduardo Ribeiro, que os créditos trabalhistas são os mais privilegiados, nessa categoria sendo compreendidos também os provenientes de trabalhos prestados à massa, seguidos dos encargos e dívidas da mas-

sa, e depois das contribuições previdenciárias retidas pela falida, que gozarão do privilégio atribuído aos tributos da União, a tudo preferindo as restituições não previdenciárias, porque não são dinheiro da massa, mas de terceiros.

Ora, se o crédito do recorrente não é, pela gradação preferencial, o mais privilegiado, não poderia ele impedir a alienação do bem cogitado sob pena de frustrar aquela preferência que a lei assegura.

Por outro lado, na hipótese em que não houver créditos mais privilegiados que os do recorrente, com maior razão ele não poderá impedir a alienação de bem da Massa Falida, uma vez que o **quantum** apurado destinar-se-á para quitação de seu crédito.

Diante de tais pressupostos, não conheço do recurso.

RECURSO ESPECIAL Nº 40.172-0 — SP
(Registro nº 93.0030192-6)

Relator: *O Sr. Ministro Fontes de Alencar*

Recorrente: *Fábio Machado de Souza*

Advogados: *Drs. Josué de Oliveira Rios e outros*

Recorrido: *Unibanco União de Bancos Brasileiros S/A*

Advogados: *Drs. João Paulo Marcondes e outros*

EMENTA: Poupança. Plano Verão.

— Os valores em depósito de poupança com trintídio iniciado até 15 de janeiro de 1989 recebem correção de 42,72%.

— Recurso especial atendido 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 do recurso e lhe dar parcial provimento. 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 25-05-98.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO FONTES DE ALENCAR: Trata-se de ação ordinária de cobrança ajuizada por Fábio Machado de Souza contra União de Bancos Brasileiros S/A — Unibanco objetivando diferença de correção monetária relativa ao mês de janeiro de 1989, porque lhe fora creditado 22,97%, quando o IPC fora de 70,28%.

O Juiz de Direito julgou procedente a ação (fls. 216/219).

A Quinta Câmara do Primeiro Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, à unanimidade, deliberou dar provimento ao apelo do réu considerando o seguinte:

“Na ausência de índice calculado conforme a lei anterior, ou-

tro deve ser encontrado para evitar prejuízos aos contratantes.

Nesta senda, tem-se que o melhor substituto seria o INPC, fixado em 35,48% para o mês de janeiro de 1989” (fl. 300).

Fábio Machado de Souza manifestou recurso especial com fulcro no art. 105, III, a e c, da Constituição Federal, alegando contrariedade aos arts. 5º e 12, do Decreto-Lei 2.284/86; art. 19 do Decreto-Lei 2.335/87, Resoluções nºs 1.338 e 1.396 e art. 6º, da LICC, além de dissídio jurisprudencial (fls. 311/319).

O recurso foi admitido na origem (fls. 339/342).

VOTO

O SR. MINISTRO FONTES DE ALENCAR (Relator): Este Tribunal, através da Corte Especial, apreciou o REsp nº 43.055, relatado pelo Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, tendo pacificado o entendimento no sentido de que para o mês de janeiro de 1989 deve ser observado o IPC no percentual de 42,72%, e não 70,28%.

O acórdão mencionado expõe a seguinte ementa:

“Direito Econômico. Correção monetária. Janeiro/1989. “Plano Verão”. Liquidação. IPC. Real índice inflacionário. Critério de cálculo. Art. 9º, I e II da Lei 7.730/89. Atuação do Judiciário no plano econômico. Considerações em

torno do índice de fevereiro. Recurso parcialmente provido.

I — Ao Judiciário, uma vez acionado e tomando em consideração os fatos econômicos, incumbe aplicar as normas de regência, dando a essas, inclusive, exegese e sentido ajustados aos princípios gerais de direito, como o que veda o enriquecimento sem causa.

II — O divulgado IPC de janeiro/89 (70,28%), considerados a forma atípica e anômala com que obtido e o flagrante descompasso com os demais índices, não refletiu a real oscilação inflacionária

verificada no período, melhor se prestando a retratar tal variação o percentual de 42,72%, a incidir nas atualizações monetárias em sede de procedimento liquidatório.

III — Ao Superior Tribunal de Justiça, por missão constitucional, cabe assegurar a autoridade da lei federal e sua exata interpretação.”

Posto isso, conheço do recurso pelo dissídio jurisprudencial e lhedo parcial provimento para determinar a correção pelo IPC de janeiro de 1989 no percentual de 42,72%.

RECURSO ESPECIAL Nº 40.854 — SP
(Registro nº 93.0032185-4)

Relator: *O Sr. Ministro Cesar Asfor Rocha*

Recorrente: *Mário Sérgio Nogueira Munhoz*

Recorrida: *Construtora Oxford Ltda.*

Advogados: *Drs. Lilian Ribeiro e outros, e Silvia Poggi de Carvalho*

EMENTA: *Processual Civil. Fraude à execução. Art. 593, II, do CPC. Inocorrência.*

Para que se tenha como de fraude à execução a alienação de bens, de que trata o inciso II do art. 593 do Código de Processo Civil, é necessária a presença concomitante dos seguintes elementos: *a) que a ação já tenha sido aforada; b) que o adquirente saiba da existência da ação — ou por já constar no cartório imobiliário algum registro dando conta de sua existência (presunção juris et de jure contra o adquirente) — ou porque o exequente, por outros meios, provou que do aforamento da ação o adquirente tinha ciência; e, c) que a alienação ou a oneração dos bens seja capaz de reduzir o devedor à insolvência, militando em favor do exequente a presunção juris tantum.*

Inocorrente, na hipótese, o segundo elemento supra-indicado, não se configurou a fraude à execução.

Entendimento contrário geraria intranquilidade nos atos negociais, conspiraria contra o comércio jurídico, e atingiria a confiabilidade nos registros públicos.

Recurso especial 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, 12 de agosto de 1997 (data do julgamento).

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

Publicado no DJ de 13-10-97.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO CESAR ASFOR ROCHA: O recorrente opôs embargos de terceiros contra a recorrida, em ação de execução por esta proposta contra G.D.H. S/A — Empreendimentos Comerciais e outros em 15.10.85.

A citação da executada deu-se, por ter comparecido espontanea-

mente aos autos, em fevereiro de 1987.

O imóvel foi adquirido em 10.4.87 por meio de financiamento com recursos do Sistema Financeiro da Habitação, através da Caixa Econômica Federal, a quem foi hipotecado, cujo instrumento aquisitivo foi levado ao registro imobiliário em 6 de maio daquele ano.

A penhora foi procedida somente em 21.3.88, conjuntamente com outros sessenta e quatro apartamentos da executada e no dia 30 de junho de 1988 o recorrente foi dela intimado.

O recorrente sustentou a eficácia do negócio firmado, a boa-fé com que agiu, o seu desconhecimento quanto à existência da execução pois nada constava no registro imobiliário a tal respeito.

Os embargos foram julgados procedentes em primeiro grau e improcedentes em segunda instância.

Daí o recurso especial em exame, lançado com base nas letras **a** e **c** do permissor constitucional, por alegada violação aos arts. 167, I, n^{os} 5, 9 e 21, e 240 da Lei n^o 6.015/75, e ao art. 1.126 do Código Civil, além de dissídio com os julgados que indica, fundamentalmente porque quando da aquisição do bem não

havia no registro imobiliário nenhuma averbação de que se pudesse inferir a existência de qualquer ação contra a devedora que lhe vendera o imóvel, que foi adquirido sem ocorrência de fraude.

Juntou parecer lavrado pelo saudoso Desembargador e Professor **Washington de Barros Monteiro**.

Devidamente respondido, o recurso foi inadmitido na origem, tendo o seu seguimento desembaraçado por conta de ter sido provido o agravo de instrumento, por r. decisão do eminente Ministro Bueno de Souza, anterior relator deste feito.

Recebi o processo, por atribuição, em 1º de fevereiro de 1996, e remeti-o para pauta no dia 25 de junho do ano seguinte.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO CESAR ASFOR ROCHA (Relator): 1. Como visto na exposição, o imóvel cogitado foi adquirido pelo recorrente em 10.4.87 por meio de financiamento com recursos do Sistema Financeiro da Habitação, através da Caixa Econômica Federal, a quem foi hipotecado, cujo instrumento aquisitivo foi levado ao registro imobiliário em 6 de maio daquele ano.

A citação da executada dera, por ter comparecido espontaneamente aos autos, em fevereiro de 1987.

A penhora foi procedida somente em 21 de março do ano seguinte, conjuntamente com outros sessen-

ta e quatro apartamentos da executada e no dia 30 de junho de 1988 o recorrente foi dela intimado.

O recorrente sustenta a eficácia do negócio firmado, a boa-fé com que agiu, o seu desconhecimento quanto à existência da execução pois nada constava no registro imobiliário a tal respeito.

Assim, no que há de essencial discute-se sobre se, na hipótese de que se cuida, houve ou não fraude à execução.

2. Esta Quarta Turma, ao apreciar questão assemelhada no REsp nº 113.871/DF, de minha relatoria, decidiu pela negativa. Naquela oportunidade, proferi o seguinte voto, no que interessa:

“Passo a apreciar a questão de fundo, referente à inexistência de fraude à execução, antes, porém, pedindo licença para fazer uma pequena digressão sobre o tema, mas sem me ater aos vícios de propriedade de sua redação e à sua inadequada inserção no capítulo em que se encontra.

3. O art. 593 do Código de Processo Civil, por seus três incisos, prevê três situações de constituição da fraude à execução, por alienação ou oneração de bens.

4. Pelo inciso I, quando sobre os bens alienados ou onerados pender ação fundada em direito real.

Para que ocorra a fraude, com base nesse inciso I, é bastante que o adquirente tenha conhecimento da existência da ação, seja

por tal já constar no registro imobiliário, seja por ter o exequente conseguido provar que da existência dessa ação o adquirente já sabia.

Não há, aqui, que se cogitar de o vendedor-executado ser solvente ou insolvente. Exige-se, apenas, o registro da citação, ou, na sua ausência (do registro), da comprovação de que o comprador tinha conhecimento da ação, hipótese em que o ônus da prova desse conhecimento recai sobre o credor.

5. Pelo inciso III, em todos os casos expressos em lei. Nessas hipóteses, a configuração da fraude estará condicionada ao que dispuser a lei que a disciplinar.

O art. 185 da Lei das Execuções Fiscais, por exemplo, “presume fraudulenta a alienação ou oneração de bens ou rendas, ou seu começo, por sujeito passivo em débito para com a Fazenda Pública por crédito tributário regularmente inscrito como dívida ativa em fase de execução”, excepcionando a “hipótese de terem sido reservados pelo devedor bens ou rendas suficientes ao total do pagamento da dívida em fase de execução”.

Aqui, a jurisprudência firmou-se no sentido de que uma vez aforada a execução fiscal, mesmo sem ter sido precedida a citação, a alienação de bens importa em fraude, pois a sua presunção é **juris et de jure** (REsp nº 2.250, 1ª Turma, j. 4.10.93, RSTJ 57/175, de que fui relator).

6. Pelo inciso II, considera-se em fraude de execução a alienação ou oneração de bens quando, ao tempo da alienação ou oneração, corria contra o devedor demanda capaz de reduzi-lo à insolvência.

Esta situação muito se aproxima da fraude contra credores, embora com ela não se confunda basicamente porque a fraude à execução importa na ineficácia da alienação, podendo ser provocada pelo exequente — nunca por outro credor — no próprio processo executivo (e, excepcionalmente, já depois de iniciado o processo de conhecimento — 3ª T., Ag. Rg. 11.981/RJ, Relator Min. Eduardo Ribeiro), sem necessidade de promover a ação pauliana.

Aqui, a questão se desdobra em várias outras.

A primeira que se coloca é saber o momento processual a partir do qual *pode, em tese, configurar-se*, a fraude: (a) se já a partir do só ajuizamento da ação; (b) se somente depois da citação; (c) se só depois da penhora; ou, (d) se só depois da penhora registrada.

Tenho para mim que, *em tese*, a fraude à execução *pode* configurar-se já a partir do momento mesmo em que a ação é aforada, pois desse instante pode-se dizer que já teve início o processo judicial.

Assim é absolutamente irrelevante, *para definição do momento a partir do qual se pode confi-*

gurar a fraude à execução, perquirir-se se houve ou não a citação, a penhora ou o seu registro.

A segunda questão que se coloca é saber se no cartório imobiliário consta algum registro dando conta da existência da ação.

Em caso afirmativo, há a presunção **juris et de jure** de que o adquirente sabia da pendência da ação.

Na hipótese contrária, milita em favor do adquirente a presunção de que ele desconhecia, quando da aquisição, a existência da ação, razão pela qual deve o exequente arrostar com o ônus de provar o contrário.

É que não havendo, no cartório imobiliário, nenhum registro da existência da ação, não se pode imputar ao adquirente nenhuma obrigação de ter ciência desse fato, sendo até impossível disso com segurança ele saber (salvo se obtivesse certidões negativas de todos os cartórios de distribuição por esse Brasil afora), por isso mesmo que não lhe cabe provar a sua ignorância quanto a tanto, pois a sua boa-fé, que é presumida, há de ser preservada, até prova em contrário.

Não estou dizendo aqui que a má-fé do comprador seja elemento indispensável para a caracterização da fraude à execução. Apenas estou afirmando que, não tendo o registro imobiliário recebido a notícia da existência da ação, a presunção de licitude da alienação milita em favor do com-

prador. Entendimento contrário geraria intranquilidade nos atos negociais, conspiraria contra o comércio jurídico, e atingiria a mais não poder a confiabilidade nos registros públicos.

A par disso, a fraude à execução só se configura se a alienação ou oneração do imóvel for capaz de reduzi-lo à insolvência.

Aqui, a presunção milita em favor do exequente e é **juris tantum** pois é de lógica intuitiva que o desfazimento de um bem importa na diminuição do patrimônio do alienante e, como decorrência, na sua debilitação para solver os compromissos assumidos.

Em resumo, para que se tenha como de fraude à execução a alienação ou oneração de bens, é necessária a conjugação dos seguintes elementos:

a) que a ação já tenha sido aforada;

b) que o adquirente saiba da existência da ação, ou por já constar no cartório imobiliário algum registro dando conta da existência da ação (presunção **juris et de jure** contra o adquirente), ou porque disso o exequente cuidou de provar, sendo seu o ônus para tanto; e,

c) que a alienação ou a oneração dos bens seja capaz de reduzir o devedor à insolvência, militando em favor do exequente a presunção **juris tantum**".

3. Feitas essas colocações, agora volto-me ao exame do caso em tablado.

Como visto, o imóvel foi adquirido pelo recorrente em 10.4.87 por meio de financiamento com recursos do Sistema Financeiro da Habitação, através da Caixa Econômica Federal, a quem foi hipotecado, cujo instrumento aquisitivo foi levado ao registro imobiliário em 6 de maio daquele ano.

A citação da executada dera, por ter comparecido espontaneamente aos autos, em fevereiro de 1987.

A penhora foi procedida somente em 21 de março do ano seguinte, conjuntamente com outros sessenta e quatro apartamentos da executada e no dia 30 de junho de 1988 o recorrente foi dela intimado.

Verifica-se, assim, que o primeiro requisito para caracterização da fraude foi atendido, qual seja o de a alienação ter ocorrido quando já em curso a execução.

Quanto ao segundo requisito, pode-se inferir, pela leitura do v. acórdão guerreado, que a alienação

desse bem levou o devedor à insolvência.

Todavia, não restou provado que o adquirente sabia da existência da ação quando adquiriu o bem, tanto porque nenhum registro constava no cartório imobiliário dando conta da existência da ação, como também porque disso a exequente, ora recorrida, não cuidou de fazer nenhuma prova, quando seria seu o ônus para tanto.

Aliás, a hipótese guarda uma particularidade que impressiona e milita em favor do adquirente-recorrente, qual seja a de que a compra e venda se deu com recursos da Caixa Econômica Federal, a quem o bem ficou hipotecado, órgão oficial reconhecidamente precatado na celebração de tais contratos.

4. Diante de tais pressupostos, conheço do recurso e lhe dou provimento para o fim de, reformando o v. aresto recorrido, restabelecer a dita sentença, julgar procedentes os embargos de terceiro, e, por via de consequência, desconstituir a penhora efetuada sobre o imóvel cogitado, fixados os ônus da sucumbência estabelecidos na sentença.

RECURSO ESPECIAL Nº 62.259-0 — SP

(Registro nº 95.0012404-1)

Relator: *O Sr. Ministro Barros Monteiro*

Recorrente: *Haruo Nishimura*

Recorrido: *Alan dos Santos Leal Nishimura — menor impúbere*

Representado por: *Eronidina dos Santos Leal Oikawa*

Advogados: *Drs. Márcio A. Teixeira Mazzaro e outros, Rubens Ferraz de Oliveira Lima e outros, e José Paulo Lopes*

Sustentação Oral: *Dr. Rubens Ferraz de Oliveira Lima, pelo recorrente*

EMENTA: Ação rescisória. Investigação de paternidade, cumulada com alimentos. Juiz absolutamente incompetente. Falsidade da prova.

— Acórdão recorrido que rejeita a assertiva de incompetência do magistrado para decidir a causa, à luz de dispositivo inserto em Provimento expedido pela Presidência do Tribunal local. Aplicação dos princípios constantes das Súmulas nºs 280 e 399-STF.

— Inexistência de afronta à norma pertinente ao direito probatório, desde que o Tribunal de origem procedeu à análise dos fatos da causa, cotejando a prova tachada como falsa com os novos elementos coligidos na ação rescisória. Pretensão de reexaminar-se matéria de prova, inadmissível em sede de apelo especial (Súmula nº 07-STJ).

— Votos divergentes que consideraram, quanto ao primeiro fundamento, inadmissível a ação rescisória, em razão de investir ela contra o que se passou na sentença rescindenda e não no Acórdão recorrido.

Recurso 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 maioria, não conhecer do recurso, vencido parcialmente o Sr. Ministro Cesar Asfor Rocha, na forma do relatório e notas taquigráficas precedentes que integram o presente julgado. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Ruy Rosado de Aguiar, Fontes de Alencar e Sálvio de Figueiredo Teixeira.

Brasília, 19 de novembro de 1996 (data do julgamento).

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

Publicado no DJ de 08-06-98.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO BARROS MONTEIRO: Com fundamento no art. 485, II, V, VI e IX, do CPC, Haruo Nishimura intentou ação rescisória contra Alan dos Santos Leal Nishimura, menor representado por sua mãe, visando a desconstituir a sentença que julgou proce-

dente a ação de investigação de paternidade, cumulada com alimentos, proposta pelo réu contra o ora autor.

Alegou o acionante, na parte em que ora interessa, que a sentença foi proferida por juiz absolutamente incompetente: o dr. João Benedito Gabriel foi titular da 3ª Vara Cível da Comarca de Sorocaba até 10.08.89, tendo sido removido, por permuta, para a 5ª Vara Cível da mesma Comarca, onde tomou posse no dia seguinte. O referido magistrado foi designado para auxiliar na 3ª Vara Cível, sem prejuízo de sua Vara, no período de 11 a 27.08.89. Em 18.09.89 despachou nos autos, baixando-o a cartório em virtude de haver cessado a sua designação. No entanto, sem explicação, o feito retornou-lhe à conclusão em data de 06.10.89, ocasião em que o devolveu com a sentença. Nessa época já não tinha jurisdição sobre os processos da 3ª Vara Cível; daí a nulidade do decisório.

Asseverou, outrossim, que a prova de honestidade da mãe do menor é falsa, porquanto a sua conduta, especialmente na época da concepção, era de mulher que se entregava a vários homens, prostituta, rameira.

O Tribunal de Justiça de São Paulo julgou improcedente a ação rescisória. Consta do voto condutor do V. Acórdão, nos pontos questionados, o seguinte:

“(…)

A arguição de incompetência absoluta (art. 485, II), não procede.

De acordo com a certidão de fls. 107, expedida pela Secretaria Geral do Tribunal de Justiça, o MM. Juiz que prolatou a r. sentença rescindenda (e presidiu a instrução), foi titular da 3ª Vara Cível de Sorocaba (onde se processou a investigação), de 17.9.83 a 10.8.89. Foi removido por permuta para a 5ª Vara por ato de 9.8.89, publicado dia 11, quando tomou posse na nova jurisdição. Daquele dia até 27.8.89 permaneceu ainda oficiando na 3ª Vara, como auxiliar designado; e é certo que a partir daí não teve nenhuma designação pessoal para auxiliar na 3ª Vara ou, especialmente, para funcionar ou sentenciar no processo de que se trata aqui. Em 18.9.89, despachou, pois, nos autos (fls. 94), baixando-os a cartório, a declarar que sua designação tinha cessado a 28.8.89. No entanto, sem que se explicasse motivo, os autos lhe retornaram conclusos em 6.10.89, data em que o Magistrado os devolveu com a sentença (fls. 94 vº e 95).

Isto, o que consta destes autos. Mas havia designação, sim; não individual, mas geral, para sentenciar no processo cuja instrução já estava encerrada, pelo Provimento 25/82 do Presidente do e. Tribunal de Justiça. De conformidade com esse Provimento, a designação cessa, mas não para proferir decisão em processo cível cuja instrução em audiência o juiz tenha presidido e que já esteja com a prova terminada — ainda que falte esperar os memoriais. Nesse caso a designação

continua. A regra vale para juízes auxiliares, substitutos ou designados. E o prolator da sentença de fls. 96, quando deixou a 3ª Vara em 28.8.93, era juiz designado; já não era titular desde o dia 11.” (fls. 387/388).

(...)

Quanto à falsidade a que se refere o inciso VI, o Autor alude à prova testemunhal produzida no processo, que, favorecendo o investigante, dizia da honestidade de sua mãe, segundo o avalia a sentença: ‘mulher honesta, humilde e que, muito embora tendo trabalhado em restaurantes, não se converteu, como pretendido pelo réu e acenado por suas testemunhas, em rameira’ (fls. 103). Os testemunhos tachados de falsos seriam os reproduzidos às fls. 79/86. À falta de apuração de falsidade em processo criminal, dispôs-se o Autor a produzir, neste mesmo feito, prova de ter sido, a mãe do investigante, simplesmente uma prostituta profissional, em exercício durante todo aquele tempo da possível concepção e suas adjacências. Empreendimento difícil, notadamente quando tal prova de falsidade testemunhal se reduz a mais outra colheita de testemunhos, não exata e diretamente da falsidade daqueles outros, mas falando da substituição de Erondina, mãe do Réu, naquele tempo (fls. 263-283). Difícil, porque é opor testemunhas a testemunhas: e do confronto entre testemunhos, por mais explícitos que sejam uns, é

sabido de todos que não se extrai juízo de falsidade. Não se pode considerar provada a falsidade da prova atacada.” (fls. 389/390).

Rejeitados os declaratórios, o autor manifestou o presente recurso especial com fulcro nas alíneas **a** e **c** do permissor constitucional. Apontou violação dos arts. 113, § 2º, 132, 458, II, 485, II e VI, do CPC, e 5º, LV, da CF. Insistiu na nulidade da sentença, porque prolatada por Juiz absolutamente incompetente, tendo em vista que desde agosto/89 não tinha ele mais jurisdição sobre os feitos da 3ª Vara Cível. Acentuou, mais, que o Prov. nº 25/82 não poderia contrariar uma norma legal, além do que o aludido Provimento diz respeito a Juiz auxiliar, substituto ou designado e não a Juiz Titular, como era o caso dos autos. Em relação à falsidade da prova produzida na ação de investigação de paternidade, sustentou, em suma, que a prova oral realizada nesta ação rescisória foi desprezada, não chegando a ser concretamente apreciada pelo V. Acórdão. Afirmou que se trata aí de típica operação de valoração jurídica da prova. Enfatizou haver demonstrado que Erondina, mãe do réu, era prostituta, fato incontroverso, pelo que se impõe o reconhecimento da falsidade da prova.

Oferecidas as contra-razões, o apelo extremo foi admitido na origem.

O parecer do Ministério Público Federal é pelo provimento parcial.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO BARROS MONTEIRO (Relator): 1. O apelo especial é tempestivo.

Publicado o V. Acórdão (fls. 385/400) em 27.04.94, o autor opôs embargos declaratórios em data de 02.05.94, havendo então consumido quatro dias do prazo recursal. Decididos os embargos de declaração, do Acórdão respectivo as partes foram intimadas em 05.07.94, em pleno período de férias forenses. Considerada como feita a intimação no primeiro dia útil subsequente, ou seja, em 01.08.94, o prazo remanescente exauriu-se no dia 11.08.94, o apelo extremo fora protocolizado no dia anterior, 10.08.94, portanto, em tempo hábil.

2. Segundo o recorrente, a sentença rescindenda é nula, uma vez que proferida por Juiz absolutamente incompetente. É que o magistrado fora removido, por permuta, da 3ª Vara Cível para a 5ª Vara Cível da Comarca de Sorocaba. Após, tivera uma designação para auxiliar na 3ª Vara Cível por um curto período, de 11.08.89 a 27.08.89. No entanto, prolatou a decisão impugnada em 06.10.89, quando, conforme alega, já não tinha mais jurisdição sobre os processos daquela Vara.

O Acórdão recorrido repeliu a arguição, sob o fundamento de que o dr. João Benedito Gabriel não tinha uma designação individual, mas geral, para sentenciar no feito cuja instrução já se encontrava encerrada e isto por força do estabelecido

no Prov. nº 25/82, alterado pelo Prov. nº 26/83, ambos da Presidência do Tribunal de Justiça de São Paulo.

Reza, com efeito, o art. 1º do supra referido Provimento:

“Art. 1º — Ao fim do período de cada designação cessará por completo o exercício do juiz auxiliar, substituto ou designado, na comarca ou vara, em qualquer processo, excetuados os feitos cíveis cuja instrução em audiência haja presidido e com prova terminada, competindo-lhe proferir decisão, ainda que haja concedido prazo para juntada de memoriais, prolongando-se para esse efeito o exercício da jurisdição”.

Considerou o V. Acórdão que a jurisdição exercida pelo dr. João Benedito Gabriel se encontrava abrangida pelo aludido Provimento, visto tratar-se de Juiz designado depois de ter-se operado a sua remoção, motivo pelo qual, nessa qualidade, poderia sentenciar o feito que deixara com a instrução finda na 3ª Vara Cível.

Esta a razão pela qual, sem maiores explicações, aquela ação investigatória de paternidade fora encaminhada àquele Magistrado para decisão.

Ora, não só o voto condutor do Acórdão recorrido, mas também os votos prolatados pelo Sr. Desembargador Revisor e pelo Terceiro Juiz, reportaram-se aos termos em que se encontrava vazado o Provimento nº 25/83, com a modificação introduzi-

da pelo Prov. nº 26/83, sob o pálio do qual o magistrado sentenciara a ação de investigação de paternidade. O mencionado Provimento, todavia, veio, sem afrontar a regra inserta no art. 132 do Código de Processo Civil, permitir uma agilização maior na solução das causas, prolongando a jurisdição dos Juízes auxiliares, substitutos e designados, de forma a possibilitar que pusessem termo aos processos cuja instrução haviam presidido, com a colheita da prova terminada.

Os três votos convergentes aplicaram, destarte, o Provimento expedido pela Presidência do Tribunal de Justiça, atribuindo-lhe uma interpretação consentânea com o espírito da preceituação inserta no art. 132 do CPC. Cingiram-se a interpretá-lo meramente e, nesse particular o fizeram no âmbito do direito local. O cerne da questão ora submetida ao crivo deste Tribunal cifra-se, como se pode notar, à inteligência e aplicação do indigitado Provimento nº 25/82, não estando em causa propriamente o artigo de lei federal invocado pelo recorrente (art. 132 do estatuto processual civil).

Assim sendo, inadmissível afigura-se já nesse particular o apelo especial interposto, conforme se dessume, aliás, dos princípios constantes dos Verbetes Sumulares nºs 280 e 399 do C. Supremo Tribunal Federal.

Daí não se poder falar no caso em vulneração da lei federal, nem sequer em dissídio interpretativo.

3. Tocante ao segundo capítulo focalizado no REsp (falsidade da prova coligida na ação de investigação de paternidade), tenho que também aí ao recorrente desassiste razão.

Assevera ele que o Tribunal **a quo** desprezou a prova produzida no bojo desta ação rescisória e que teria sido demonstrado de modo cabal o comportamento desairoso que a mãe do menor ostentava à época da concepção. Em outras palavras, a prova ora coligida na presente ação rescisória não chegara a ser concretamente analisada pelos Srs. Desembargadores.

Para o recorrente, aflora aí uma **quaestio iuris**, relacionada com a valoração da prova, pois o V. Acórdão teria violado regra pertinente ao direito probatório.

Não é bem assim, porém. O julgado combatido não afirmou ser a prova oral um meio impossível de ser empregado pelo autor da ação rescisória com o objetivo de evidenciar a existência da falsidade da prova produzida anteriormente na ação de investigação de paternidade. O que o V. Acórdão quis dizer foi acerca da dificuldade, da virtual inoperância de, por meio de testemunhas, demonstrar-se a falsidade da prova constituída também por depoimentos testemunhais. Falouse mais da ineficiência desse meio de prova do que propriamente em inadmissibilidade. É o que se acha inscrito no voto condutor do Acórdão, **in verbis**:

“Empreendimento difícil, notadamente quando tal prova de falsi-

dade testemunhal se reduz a mais outra colheita de testemunhos, não exata e diretamente da falsidade, daqueles outros, mas falando da prostituição de Eron-dina; mãe do Réu, naquele tempo (fls. 263-283). Difícil, porque é opor testemunhas a testemunhas e do confronto entre testemunhos, por mais explícitos que sejam uns, é sabido de todos que não se extrai juízo de falsidade. Não se pode considerar provada a falsidade, da prova atacada” (fls. 389/390).

Este aspecto é perceptível através da leitura do voto lavrado pelo Sr. Revisor, Desembargador J. Roberto Bedran, que analisou sim o quadro probatório, de um e outro flanco, tanto que assim se pronunciou:

“4. Por fim, não se comprovou falsa a prova oral produzida acerca da honestidade da mãe do menor. Aqui, são também testemunhas — por sinal, ouvidas como informantes, pela confessada amizade íntima com o autor — que dizem o contrário do apurado na causa originária. No cotejo dos depoimentos, não há como afirmar a falsidade de uns ou outros. Demais, e o que é preponderante para a rejeição desse fundamento de rescindibilidade, não foi só nessa prova que a sentença rescindenda baseou-se para o decreto de procedência da ação de investigação de paternidade. Outros foram os elementos de con-

vicção a robustecer o juízo então firmado” (fls. 396).

S. Exa., como se pode notar, foi mais incisivo, afastou a alegação de falsidade da prova testemunhal colhida na investigatória, até mesmo porque o magistrado se louvara, para decretar a procedência do pedido, em outros elementos probatórios.

Desenvolve-se no mesmo diapasão o voto do Terceiro Juiz, Desembargador Francisco de Assis Vasconcellos Pereira da Silva:

“Por último, não logrou o autor livrar-se do duplo ônus pertinente à prova testemunhal alegadamente falsa, ou seja, evidenciar seriamente o conteúdo inverídico dos depoimentos, afora demonstrar que à falta deles não subsistiria a sentença (RTJ 82/333, RT 502/161, RF 247/161 — **apud Theotonio Negrão**, Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor, 24^a ed., Malheiros Editores, pág. 333).

Não origina perplexidade a colisão de provas entre dois processos, nem convicção de falsidade quanto aos primeiros testemunhos e veracidade quanto aos segundos.

Amigos do autor — velhos companheiros de noitadas boêmias — não foram depor na ação investigatória, sede própria à decantada **exceptio plurium concurrentium**. Agora, como sói acontecer quando dispostos a prestar solidariedade ao amigo em difi-

culdade, apresentam-se, sem constrangimento na qualidade de 'fregueses' da mãe. É a sua palavra contra outra, tênue, senão ingênua, para, por si só, infirmar seguramente os testemunhos anteriores em sentido reverso.

Cabe digressionar e indagar: quem mentiu em juízo? Quais pessoas movidas por piedoso sentimento, vínculo de casta ou origem, arquitetaram histórias para, no fundo, ludibriar a Justiça? Não há resposta possível.

Acrescente-se, porém, ter o autor faltado com a verdade, induzindo o advogado, constituído na outra demanda, a expor fatos desconformados da realidade, segundo se deduz da ação de investigação em confronto com o depoimento pessoal prestado. Não estava obrigado a ser veraz, mas omitiu a verdade.

Força reconhecer — para concluir — não se encontrar a r. sentença rescindenda adstrita aos depoimentos prestados, e sim ao conjunto probatório, fato igualmente impeditivo da procedência desta ação" (fls. 399/400).

Dos três votos citados, sobretudo dos dois últimos (o que é suficiente para constituir-se a maioria da turma julgadora), extrai-se — sem sombra de dúvidas — que o Tribunal de origem apreciou a prova promovida e realizada pelo autor na fase instrutória desta demanda, procedendo ao devido cotêjo com aquela inserta na investigação para, ao fim e ao cabo, concluir não ter-se

evidenciado a alegada falsidade de prova a ensejar o acolhimento da ação rescisória.

Não se pode dizer, por conseguinte, que o Acórdão recorrido tenha aplicado de forma errônea um princípio legal atinente aos meios de prova, nem tampouco que tenha negado vigência a norma pertinente ao direito probatório. Saliente-se, a propósito, que o apelo excepcional não invocou nenhum artigo de lei federal que diga respeito a esse tema.

De qualquer forma que seja, não se verifica ofensa alguma ao art. 458, inc. II, do Código de Processo Civil, pois a decisão recorrida contém fundamentação mais que suficiente ao mostrar que a pretendida falsidade de prova não se evidenciou no caso em exame. Nem tampouco é caso de, em sede de recurso especial, cuidar-se de tema concernente a texto constitucional.

A verdade é que, inconformado com o desfecho da causa na instância **a quo**, o recorrente busca, de um lado, irrogar ao julgado recorrido contrariedade a norma de direito probatório, o que inexistiu como visto acima, e, de outro, demonstrar em via de todo inidônea a ocorrência de conduta desonrosa da mãe do menor, qual seja, a atividade de prostituição à época da concepção da criança, finalidade para a qual, entretanto, não se presta o apelo especial, na conformidade com o que enuncia a Súmula 07-STJ. Denota este intento a pormenorizada análise de vários dos depoimentos testemunhais reproduzidos nos autos,

com a argumentação de que se trata de fatos comprovados ou incontroversos. Descortinando-se no apelo especial o escopo de reexaminar-se matéria probatória, afigura-se ele inadmissível por tal razão também neste tópico da irresignação.

4. Do quanto foi exposto, não conheço do recurso.

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

É como voto.

VOTO — VOGAL

O SR. MINISTRO RUY ROSADO DE AGUIAR: Sr. Presidente, com relação ao primeiro ponto, violação ao art. 132, observo que o recorrente está pretendendo discutir neste recurso especial, em ação rescisória julgada improcedente, a violação que teria sido cometida pela sentença rescindenda. Temos jurisprudência pacífica, no sentido de que a matéria da violação à lei cometida pelo julgamento a rescindir não pode ser reposta através de recurso especial, onde também se alega violação à lei, não a cometida pelo acórdão proferido na rescisória, mas aquela existente na sentença rescindenda. Estaríamos reabrindo a possibilidade do exame, pelo mesmo fundamento de violação ao ordenamento jurídico, a um tema que já estaria precluso e que deveria ter sido proposto no recurso que a parte deixou falecer por intempestividade.

O SR. MINISTRO CESAR ASFOR ROCHA (Aparte): V. Exa., me permite um aparte? Essa lembrança trazida por V. Exa. a meu sentir, tem pleno cabimento quando a ação rescisória tem fundamento no inciso V, por violação à Lei Federal. A hipótese, não é de violação à Lei Federal, mas por incompetência do juízo.

Todos esses precedentes, até onde tenho conhecimento, são aplicáveis — e os aplico muito — quando se cogita de ação rescisória proposta por violação ao art. 485, inciso V, isto é, por violação à Lei Federal. Não se pode reabrir nesta instância, a discussão sobre a violação à Lei Federal, sob pena de ação rescisória se transformar num recurso com prazo amplíssimo para a sua interposição.

O SR. MINISTRO BARROS MONTEIRO: Sr. Presidente, peço vênua ao Eminentíssimo Ministro Ruy Rosado de Aguiar para esclarecer que não abordei essa questão no meu voto, tendo em conta também razões mencionadas pelo Sr. Ministro Cesar Asfor Rocha. A questão concernente à incompetência do juiz surgiu só na ação rescisória. É um tema novo. De forma que aí não haveria a possibilidade, a meu ver, de haver uma reprodução de temas a serem dirimidos pelo Poder Judiciário em mais de uma via.

Por essa razão é que não cogitei desse aspecto.

O SR. MINISTRO RUY ROSADO DE AGUIAR: Agradeço os esclarecimentos, mas parece-me que a hipótese de rescisória por juiz incompetente...

petente é apenas um desdobramento da hipótese maior de violação à lei. Ele é incompetente porque teria proferido uma sentença com descumprimento a uma regra federal de competência. Tanto assim que V. Exa. para conhecer do recurso, entendeu que estava violado o art. 132.

Se o fato não foi proposto nas instâncias ordinárias, quando deveria ter sido, isso não significa que ele pode ser novamente objeto de um recurso especial na ação rescisória. O princípio é o mesmo. A violação ao ordenamento jurídico, na ação rescisória, somente pode dar ensejo a recurso especial quando cometido na ação rescisória, e não quando cometido antes. Porque, do contrário, por uma razão ou por outra, estaria sendo reaberto o tema da violação à lei.

Daí porque não conheço dessa questão referente ao art. 132.

Se tivesse que enfrentá-la, ainda assim estaria acompanhando o Eminente Ministro Barros Monteiro.

Essa questão da incompetência parece-me ser substancialmente formal. Quando se procura defender o princípio do juiz natural, o que se quer é garantir à parte a indicação aleatória de juízes para julgar as suas causas, procedimento que realmente contraria o princípio do juiz natural.

Hoje estamos vivendo numa organização judiciária regida por diversos instrumentos de ordenação genérica, de princípios e regulamentos gerais, expedidos ou pelo

legislador ou pelos Tribunais de Justiça, na organização dos seus serviços. De sorte que a substituição de um juiz pelo outro não é feita para retirar da causa o juiz competente, para nele colocar um outro, com o propósito de julgar aquela causa, mas por exigência do serviço, sem nenhum objetivo subalterno de retirar o juiz da causa, com quebra do princípio da imparcialidade.

Em todos os processos em que já vi sustentada a questão da incompetência do juiz, porque houve uma substituição por uma razão ou por outra: remoção, promoção, transferência, aposentadoria, etc., em nenhum deles houve a apresentação de um motivo material, real, de que o novo juiz significaria uma possibilidade da quebra do princípio da imparcialidade.

Tudo se resume na questão meramente formal. A parte que é contrariada pela sentença argúi porque foi o juiz A que julgou; mas, se tivesse sido o juiz B, a mesma parte também suscitaria a mesma questão, porque tudo se resume à forma.

Na verdade, a substância do princípio está garantida pelo próprio sistema que temos na organização judiciária. Seja juiz A ou B, são todos juízes concursados, nomeados, designados, exercendo a função em razão de atos oficiais que outorgaram essa competência genérica, sem atentar para aquele processo específico. De sorte que não há, no fundo de tudo, ofensa à imparcialidade, que é o que se quer garantir,

quando se invoca o princípio do juiz natural. Para o enfrentamento de um serviço avassalador, sem controle sobre o número de processos que ingressam, com dificuldades mais graves que surgem aqui ou ali, é preciso conceder aos órgãos que administram a Justiça o poder de tomar medidas administrativas condizentes com a realidade, designando juízes substitutos, instituindo regimes especiais de serviço, atribuindo-lhes a função de julgar os processos conclusos para sentença, ou de instruir aqueles paralisados, de acordo com as necessidades da vara, o que é feito sob imperiosa necessidade. Não se pode ver aí quebra ao princípio do juiz natural.

Sendo assim, acompanho o Eminente Ministro Barros Monteiro, que vê na questão mera desatenção a uma regra local, sem ofensa ao princípio geral consagrado no Direito Processual Federal.

Data venia, acompanho S. Exa. nessa parte.

Examino o tema porque, parece-me, podemos ficar por aí. Se tivéssemos que enfrentar a outra questão da prova, também estaria disposto a fazê-lo, porque o julgamento que está sendo proferido aqui não é sobre o conteúdo da prova produzida na ação a respeito da investigação, é apenas a respeito da conduta assumida pelo juiz que julgou a ação rescisória; se apreciou bem aqueles fundamentos apresentados na ação rescisória, se violou, ou não, o princípio de prova, sem que isso caracterize, pelo que ouvi do voto do Eminente Ministro Barros Montei-

ro, uma avaliação sobre a prova da paternidade, e, nesse ponto, estaria acompanhando S. Exa. também.

VOTO — VOGAL

O SR. MINISTRO FONTES DE ALENCAR: Sr. Presidente cinjo-me, por enquanto, a esse primeiro aspecto da causa que diz com a competência do Magistrado, prolator da sentença. Ouvi com muita atenção a exposição feita pelo advogado, Dr. Rubens Oliveira, a quem presto minhas homenagens, li o memorial que me foi endereçado e estive atento aos debates que aqui se travaram. Devo dizer que todo esse debate me trouxe à mente a exposição de motivos de Campos Salles ao Decreto nº 848, que criou a Justiça Federal logo após a Proclamação da República, inclusive o próprio Supremo Tribunal Federal, a precisão com que Campos Salles mostrava a dualidade de Justiças no Brasil: a Justiça dos Estados nascentes e a Justiça da União Federal que nascia com o próprio movimento político republicano e federativo.

O que tem essa observação a ver com o caso presente? É a circunstância de eu enxergar, neste caso, a nota de organização judiciária que conduz, ou teria conduzido, àquele provimento a que se referiu o Ministro-Relator. Se é certo que a União detém o poder legislante sobre o Direito Processual, não é menos certo que os Estados têm poder concorrente para legislar sob procedimento, mas, sobretudo, a sua organização judiciária, observa-

das as linhas-mestras da Constituição, depende da lei local, e, ao que me parece, foi o que ocorreu no caso quando um provimento determinou a persistência da atividade de um juiz que tivesse sido, como parece ter ocorrido, designado, como no casos dos autos.

Então, a esse aspecto, acompanho o Ministro Barros Monteiro, mas também recolho aquela observação do Ministro Ruy Rosado de Aguiar de que, de qualquer sorte, não se estaria enfrentando uma mácula do acórdão da rescisória, mas um “senão” preexistente à rescisória. Seria, se não uma multiplicidade, mas, ao menos, uma duplicidade de caminhos especiais para se buscar a solução no interesse da parte.

Por isso, Sr. Presidente, acompanho o voto do Eminentíssimo Relator, colhendo as observações também do Ministro Ruy Rosado de Aguiar e rogando vênias ao Ministro Cesar Asfor Rocha.

VOTO

O SR. MINISTRO SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA: Voto no mesmo sentido do voto do Sr. Ministro Ruy Rosado de Aguiar, **data venia**.

VOTO — VENCIDO (PARCIALMENTE)

O SR. MINISTRO CESAR ASFOR ROCHA: Sr. Presidente, pelo que pude depreender do voto do eminente Sr. Ministro-Relator, S. Exa.,

no que tange ao primeiro ponto abordado no recurso especial, dele não conheceu, porque, na hipótese, a matéria cogitada seria de direito local e a isso o recurso especial não teria afeição nenhuma.

Todavia, ousou, nesse aspecto, de S. Exa discordar. Faço-o, porque entendendo que, em verdade, contrariados estão os dispositivos da lei processual, uma vez que o Provimento cogitado, que serviu de base para o entendimento manifestado no acórdão recorrido, teria aplicação apenas quando se tratasse de juiz auxiliar, substituto ou designado.

Do próprio acórdão recorrido, verifico que, na hipótese, ficou reconhecido que o juiz prolator da sentença, naquele instante, isto é, no dia 06/10/89, quando proferiu a sentença, já não tinha mais jurisdição para tanto. Por isso, ainda que sendo ardoroso defensor do princípio da celeridade processual, sobretudo quando dele não possa decorrer prejuízo amplamente demonstrado, vejo, como aliás foi muito bem destacado pelo eminente Advogado, que há princípios anteriores que precisam ser preservados. Dentre esses está o de que não é possível ter como válida uma sentença proferida por juiz que já não tenha mais jurisdição para tanto.

Com essas explicações e com respeitosa vênias, ousou discordar do eminente Sr. Ministro-Relator.

No que tange ao ponto levantado no recurso especial, acosto-me por inteiro à manifestação de S. Exa.

Diante desses pressupostos, conheço parcialmente do recurso, pa-

ra, nesse ponto, lhe dar provimento, anulando o processo a partir da sentença, inclusive, como, aliás, foi

assim manifestado pela douta Subprocuradoria Geral da República.

RECURSO ESPECIAL Nº 86.115 — SP
(Registro nº 96.0003394-3)

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

Recorrente: *Ferrovia Paulista S/A — FEPASA*

Recorrida: *Olívia de Lima Santos*

Advogados: *Drs. Luiz Jefferson Ribeiro e outros, e Paulo Silvestre*

EMENTA: *Direito Civil e Processual Civil. Usucapião. Terreno confrontante com linhas férreas. Possibilidade. Área non aedificandi. Art. 4º, III, da Lei 6.766/79. Irrelevância. Simples limitação administrativa. Recurso especial. Matéria de prova. Impossibilidade de exame. Enunciado n. 7 da Súmula STJ. Prequestionamento. Inocorrência. Verbete n. 282 da Súmula STF. Dissídio. Não-configuração. Dessemelhança das situações fáticas. Recurso desacolhido.*

I — A impossibilidade de se edificar na faixa de quinze metros do leito das ferrovias constitui limitação administrativa, não impedindo que a área total, que a engloba, seja objeto de usucapião.

II — A instância especial é imprópria para o reexame de prova (Enunciado n. 7 da Súmula/STJ).

III — Ausente debate da matéria impugnada no aresto recorrido, impossível se torna sua análise nesta instância, por falta de prequestionamento (Verbetes n. 282 da Súmula/STF).

IV — O dissídio jurisprudencial não se caracteriza se dessemelhantes são as situações fáticas existentes entre os acórdãos recorrido e paradigmas.

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 Ministros Barros Monteiro

e Ruy Rosado de Aguiar. Ausentes, justificadamente, o Ministro Bueno de Souza e, ocasionalmente, o Ministro Cesar Asfor Rocha.

Brasília, 25 de março de 1998 (data do julgamento).

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

Publicado no DJ de 08-06-98.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA: A recorrida ajuizou ação de usucapião extraordinário de uma área de aproximadamente 581 m² situada no município de Itirapina, entre as linhas férreas que saem para São Carlos a Bauru, no Estado de São Paulo.

A recorrente, citada como confrontante do imóvel, sustentou que a recorrida invadia faixa de domínio havida pela Companhia Paulista de Estradas de Ferro, sua sucedida, domínio esse público nos termos do art. 66, II, do Código Civil. Disse que seria ainda defeso o usucapião em razão de haver vedação de loteamentos ao longo das faixas de domínio público das ferrovias, nos termos do art. 4º, III da Lei 6.766/79, devendo ser reservada uma faixa de quinze metros.

O Juiz julgou parcialmente procedente o pedido para declarar o usucapião de 211,72m², excluindo a faixa de quinze metros ao longo da ferrovia (381,54m²).

À apelação da autora, o Tribunal de Justiça de São Paulo deu provimento para acolher integralmente o pedido inicial. Assinalou a Turma que a recorrente não teria provado ser de sua propriedade a área ocupada pela recorrida e seus antecessores e que teriam sido respeitados os limites da cerca do leito ferroviário. Disse que a restrição **non aedificandi** prevista no art. 4º, III da Lei 6.766/79 seria inaplicável, tendo em vista que antes da vigência do referido texto legal já havia se consumado a posse **ad usucapionem**, sustentando que, mesmo na hipótese de se adotar a faixa de 15m, não constituiria ela óbice ao usucapião, mas tão-somente servidão sobre a mencionada área. Por fim, argumentou que, em se tratando de bens de sociedade de economia mista, embora controlada pelo Estado, podem ser eles usucapidos, porque não-públicos.

Irresignada, a confrontante interpôs recurso especial alegando, além de dissídio, violação dos arts.:

a) 66, II e 67 do Código Civil, por ser público o bem objeto da demanda, haja vista a sua aquisição com dinheiro público, por parte do Estado, sócio majoritário, impedindo assim a aquisição por usucapião;

b) 4º, III, da Lei 6.766/79, porque seria defeso qualquer loteamento a 15m do leito da ferrovia.

Sem contra-razões, foi o recurso admitido na origem.

A Subprocuradoria Geral da República, em parecer da Dra. Cleide Previtali Cais, opinou pelo desprovemento do recurso.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA (Relator): 1. A autora, ora recorrida, ajuizou esta ação de usucapião para ver reconhecido seu direito de propriedade de uma área de aproximadamente 581m², situada entre linhas férreas. A recorrente, citada como confrontante, pretendeu tão-somente que fosse excluída do reconhecimento de domínio uma faixa de 15m ao longo da ferrovia.

O pedido da recorrente foi acolhido na primeira instância, mas modificado pelo acórdão recorrido. Daí sua insistência em se tratar de bem público, impossível de ser usucapido, e em ser impossível o pedido inicial pela restrição contida na Lei de Parcelamento do Solo, segundo a qual não se poderia edificar na faixa de 15m a partir do leito férreo.

2. No que concerne ao art. 67 do Código Civil, impossível analisar a insurgência posta nas razões recursais. Isso porque a matéria não foi debatida no aresto hostilizado, estando ausente, assim, o requisito do prequestionamento, imprescindível para abrir a instância especial.

É de aplicar-se, desta forma, o Enunciado n. 282 da Súmula do Supremo Tribunal Federal, por falta de pressuposto de admissibilidade recursal.

3. Quanto à questão relacionada com a ofensa do art. 66, II do Código Civil — ser ou não público o bem objeto dos autos — o Colegiado de origem entendeu que faltou prova, por parte da recorrente, de sua propriedade sobre o imóvel. E tal assertiva funcionou como antecedente da não-aplicação do dispositivo legal sob comento, ou seja, se inexistiu prova da propriedade, o bem não se inseriria dentre aqueles impossíveis de serem usucapidos.

Partindo dessa afirmação, igualmente não há como examinar a suposta infringência do art. 66, II do Código Civil. Seria necessário incursionar na seara probatória para averiguar se efetivamente o imóvel estaria dentre os bens de domínio da recorrente — o que é defeso — para, somente, **a posteriori**, concluir por sua insuscetibilidade de ser adquirido via usucapião. A vedação está contida no Enunciado n. 7 da Súmula desta Corte, que dispõe ser impróprio no recurso especial a reanálise de provas.

4. Por fim, resta o exame da norma do art. 4º, III da Lei 6.766/79, utilizada pela recorrente como óbice à aquisição por usucapião da área total porque o imóvel teria uma parte **non aedificandi**.

Sem razão a postulante.

Bem é verdade que a Lei de Parcelamento do Solo criou uma hipótese de limitação administrativa, ao proibir que na faixa de 15m ao longo dos leitos férreos não se poderia edificar qualquer prédio. Todavia, essa restrição, instituída como for-

ma de proteção dos moradores da região, não impede a aquisição da área por usucapião e nem mesmo que dela se utilize para outros fins que não a construção.

Assim, perfeitamente possível conviver a propriedade privada com a limitação administrativa, conforme assinala **Marco Aurélio Viana**, embora se referindo à restrição nas rodovias, que por força da mesma norma legal se aplica às ferrovias, **verbis**:

“Examinando a *limitação administrativa* aos terrenos marginais das estradas de rodagem, ensina **Hely Lopes Meirelles** que a legislação rodoviária geralmente impõe esse tipo de limitação, que consiste na proibição de construir a menos de quinze metros da rodovia, ‘contado o recuo da divisa do domínio público com o particular’.

O autor lembra que ‘como simples *limitação administrativa*, tal restrição não obriga a qualquer indenização, nem impede o proprietário de utilizar essa faixa para fins agrícolas ou pastoris; o que não se pode é nela edificar. A limitação se justifica como

medida de segurança e higiene das edificações, pois que se levantadas muito próximas do leito carroçável ficariam expostas aos perigos do trânsito, à poeira e à fumaça dos veículos, além de prejudicar a visibilidade e a estética, não desprezíveis nas modernas vias de circulação’.

Transpondo o ensinamento para o âmbito da lei em estudo é possível concluir que sua finalidade é preservar as condições ambientes; conservar os dutos e atender à segurança coletiva” (Comentários à Lei sobre Parcelamento do Solo Urbano, Saraiiva, 2^a ed., 1994, pág. 22).

Não ocorreu, portanto, violação do direito federal no ponto.

5. A respeito do dissídio, não o repto configurado, seja pela dessemelhança das situações fáticas constantes dos arestos recorrido e paradigmas, seja, no que concerne aos acórdãos paulistas, pela falta de cotejo analítico entre as teses possivelmente contraditórias (art. 541, parágrafo único, CPC).

6. Em face do exposto, não conhecido do recurso.

RECURSO ESPECIAL Nº 94.551 — RJ
(Registro nº 96.0026041-9)

Relator: *O Sr. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira*
Recorrente: *Armando Correia*

Recorrida: *Jomasa Imóveis Ltda.*

Advogados: *Drs. Adília Ramos Correia Lourenço e outros, e Ary Oliveira de Menezes e outros*

EMENTA: *Processual Civil. Depoimento pessoal. Depoente residente em outro país. Depoimento na sede do juízo. Custos altos de transporte e estada. Oitiva no estrangeiro. Carta rogatória. Arts. 344 e 410, II do Código de Processo Civil. Doutrina. Recurso provido.*

I — A forma do depoimento pessoal, mutatis mutandis, segue a forma de inquirição de testemunha, nos termos do art. 344 do Código de Processo Civil.

II — Estando a parte residindo em outro país, seu depoimento será tomado através de carta rogatória e, não, na sede do juízo em que está sendo processada a causa, salvo se acorde a mesma em comparecer.

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, Ruy Rosado de Aguiar e Bueno de Souza. Ausente, justificadamente, o Ministro Cesar Asfor Rocha.

Brasília, 16 de abril de 1998 (data do julgamento).

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

Publicado no DJ de 08-06-98.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA: Reque-

reu a recorrida fosse o recorrente, residente em Portugal, intimado para prestar depoimento pessoal junto à comarca do Rio de Janeiro. O Juiz deferiu o depoimento pessoal, determinando a expedição de carta rogatória com aquela finalidade, facultando à recorrida a formulação de “quesitos”.

Contra essa decisão insurgiu-se a recorrida, sustentando que o depoimento deve ser prestado no juízo em que corre a demanda e, não, por carta rogatória.

O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro acolheu as razões da recorrida, dando provimento ao agravo para que fosse o recorrente intimado a prestar depoimento naquela Capital.

Foi, então, interposto recurso especial, no qual se alegou, além de dissídio, violação dos arts. 344 e 410, II do Código de Processo Civil, sustentando o recorrente que, es-

tando ele domiciliado em outro País, não se justificaria, em razão dos altos custos, que prestasse depoimento pessoal no Rio de Janeiro. Disse o recorrente, ainda, ter ocorrido ofensa aos arts. 125 e 458 do Código de Processo Civil, haja vista a falta de fundamentação do acórdão.

Contra-arrazoado, foi o recurso admitido na origem.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA (Relator): O depoimento pessoal tem por objetivo saber da parte envolvida a sua versão da causa. De suma importância para a formação da convicção do juiz, em razão do contato direto com a parte, o depoimento pessoal é prestado, em regra, junto ao juízo em que está sendo processada a demanda e no qual ela será julgada.

Nos casos em que a parte esteja residindo fora da região abrangida pela comarca ou jurisdição, o depoimento pessoal a ser tomado o será por carta, seja precatória ou rogatória. Essa faculdade, que fica a critério do depoente, se dá pelo alto custo do transporte e de estada que geralmente terá ele que despende.

Sob o ponto de vista do direito positivo, a permissão legal está contida no art. 344 do Código de Processo Civil que manda aplicar à tomada de depoimento a forma da inquirição de testemunhas, prevendo o art. 410, II do mesmo texto legal, a

oitiva da testemunha no local de sua residência.

Ernane Fidélis dos Santos, ao tratar do local onde se presta o depoimento, assinala:

“O depoimento é prestado, em regra, na sede do juízo, mesmo que a parte tenha domicílio em outra comarca.

Levando em conta as circunstâncias particulares da causa, como a longa distância de onde se encontra a parte, pode o juiz determinar expedição de carta, para, no juízo requisitado, ser o depoimento prestado” (Manual de Direito Processual Civil, v. 1, 3ª ed., Saraiva, 1994, n. 615, pág. 384).

Athos Gusmão Carneiro também não discrepa desse entendimento, ao dizer:

“A parte residente em local fora dos limites territoriais da comarca será ouvida por precatória (ou rogatória), podendo constar da carta o teor das perguntas que a parte contrária ou o juiz deprecante desejam ver formuladas, no juízo deprecado, à parte que prestará depoimento pessoal (CPC, arts. 202 e seguintes)” (*Audiência de Instrução e Julgamento*, 7ª ed., Forense, 1995, n. 77, pág. 82).

No mesmo sentido já escrevia **Câmara Leal** na década de 20, **verbis**:

“Se a parte, portanto, se acha em lugar diverso daquele em que corre o feito, deve o requerente pedir carta precatória para o juízo do lugar em que ela se acha, a fim de ser aí notificada e depor perante o juiz deprecado” (*Do Depoimento Pessoal*, Saraiva, 1923, n. 67, pág. 104).

A propósito, tive também ensejo de registrar:

“Residindo a parte em outra comarca, o seu depoimento será tomado através de carta precatória ou de ordem (art. 201)” (*Código de Processo Civil Anotado*, Saraiva, 6ª ed., nota ao art. 343).

Assim, o depoimento pessoal do recorrente deve ser prestado em Portugal, não se justificando obrigatoriedade da sua vinda ao Brasil, com gastos de transporte e estada, só para a prática de tal mister. Violado restaram, desta forma, os arts. 344 e 410, II do Código de Processo Civil, prejudicada a análise das demais insurgências.

Em face do exposto, conheço do recurso e dou-lhe provimento para ensejar a tomada do depoimento do recorrente em Portugal, por meio de carta rogatória a ser expedida pelo Juiz da causa.

RECURSO ESPECIAL Nº 97.675 — SP

(Registro nº 96.0035709-9)

Relator: *O Sr. Ministro Barros Monteiro*

Recorrente: *Companhia Paulista de Força e Luz — CPFL*

Recorrido: *Natalino Antônio de Melo*

Advogados: *Drs. Lycurgo Leite Neto e outros, e Waldir Vilela e outro*

EMENTA: *Indenização. Legitimidade de parte. Contestante que atribui responsabilidade pelo evento a uma outra empresa. Impertinência da pretendida denúncia da lide.*

Restrita a questão jurídica à legitimidade de parte, descabida é a pretensão da ré de proceder à denúncia da lide à pessoa jurídica a quem atribui o dever de reparar o dano e, conseqüentemente, de figurar no pólo passivo do litígio.

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, Bueno de Souza e Sálvio de Figueiredo Teixeira.

Brasília, 19 de fevereiro de 1998 (data do julgamento).

Ministro BARROS MONTEIRO, Presidente e Relator.

Publicado no DJ de 04-05-98.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO BARROS MONTEIRO: Cuida-se de agravo de instrumento interposto pela “Companhia Paulista de Força e Luz” contra a decisão que indeferiu a denúncia à lide da “Fepasa — Ferrovia Paulista S.A.” nos autos da ação de indenização movida por Natalino Antônio de Melo.

A Sexta Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, por unanimidade, negou provimento ao agravo em acórdão cujos fundamentos se resumem na seguinte ementa:

“Denúnciação da lide — Impossibilidade se a ré afirma necessidade de sua exclusão do feito por

ilegitimidade de parte — Hipótese na qual inexisteria direito de regresso, pois reconhecida a procedência das alegações da denunciante, somente caberia decreto de exclusão dela da lide, por ilegitimidade de parte ou improcedência da ação, quanto a ela — Agravo ao qual se nega provimento” (65).

Inconformada, a agravante manifestou o presente recurso especial com fulcro na alínea a do permissor constitucional, apontando negativa de vigência dos artigos 295, II e 70, III do CPC. Insistiu na alegação de que é parte ilegítima para figurar no pólo passivo na ação. Sustentou a imprescindibilidade da denunciação à lide da “Fepasa — Ferrovia Paulista S.A.”. Afirmou, ainda, que como concessionária de serviço público, tem a obrigação de denunciar aquela empresa, não se tratando de mera faculdade.

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): Primeiro, nada decidiu o V. Acórdão tocante à preliminar de ilegitimidade de parte suscitada pela ré — ora recorrente (art. 295, inc. II, do CPC). Ausente aí o requisito do prequestionamento (Súmula nº 282-STF).

A defesa oposta pela demandada é no sentido de que a responsável pela indenização não é ela e, sim, a “Fepasa — Ferrovia Paulista S.A.”, visto ser esta a proprietária da linha de transmissão ocasionadora do evento lesivo. Assim, se a hipótese aventada pela contestante é de legitimidade de parte, ou seja, sobre quem deverá figurar no pólo passivo do litígio, impertinente é a pretensão de ver deferida a denúncia da lide à mesma “Fepasa”. Ou bem a ré é parte legítima e, nessa condição, intenta reaver da denunciada, em ação regressiva, o **quantum** que for obrigada a desembolsar caso venha a perder a demanda (art. 70, inc. III, da lei processual civil) ou é parte ilegítima e, nessa hipótese, nada tem a ver com a relação jurídico-processual, devendo dela ser excluída.

Conforme se pode notar, a questão aventada pela ora recorrente diz antes com legitimidade de parte (a legitimação para figurar no pólo passivo da lide — ela ou a “Fepasa”) do que com a denúncia da lide. Segundo magistério de **Athos**

Gusmão Carneiro, “a denúncia da lide, como já exposto anteriormente, é prevista no vigente Código de Processo Civil como uma ação regressiva, **in simultaneous processus**, proponível tanto pelo autor como pelo réu, sendo citada como denunciada aquela pessoa contra quem o denunciante terá uma pretensão indenizatória, pretensão ‘de reembolso’, caso ele, denunciante, vier a sucumbir na ação principal” (Intervenção de Terceiros, pág. 69, ed. 1991).

O instituto da denúncia da lide, enfim, supõe a legitimidade do denunciante na causa principal (cfr. REsp nº 72.604-MG, relator Ministro Ari Pargendler). Se, como no caso, a ré sustenta que quem deve participar da causa, no pólo passivo, como verdadeiro responsável pelo acidente, é uma terceira pessoa (a “Fepasa”), a hipótese não é verdadeiramente de denúncia da lide.

Ante o exposto, não conheço do recurso.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL Nº 112.958 — BA

(Registro nº 96.0070933-5)

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

Recorrente: *Banco Bradesco S/A*

Recorrido: *Augesir José de Carvalho Filho*

Advogados: *Leo Rocha Miranda e outros, e Euripedes Brito Cunha e outro*

EMENTA: *Sistema Financeiro da Habitação (SFH). Reajustamento da prestação. Plano de Equivalência Salarial (PES).*

— No SFH, a equivalência entre a prestação e o salário do mutuário ficou mantida depois da Lei nº 8.004/90 (art. 9º, § 5º).

Recurso não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, no conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do recurso. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Bueno de Souza, Sálvio de Figueiredo Teixeira, Barros Monteiro e Cesar Asfor Rocha.

Brasília, 19 de maio de 1998 (data do julgamento).

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

Publicado no DJ de 29-06-98.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO RUY ROSADO DE AGUIAR: Augesir José de Carvalho propôs ação ordinária contra o Banco Bradesco, a União Federal (Conselho Monetário Nacional) e Caixa Econômica Federal, pleiteando a declaração de que os reajustamentos de suas prestações referentes ao financiamento para aquisição de casa própria não podem superar percentualmente o índice de reajuste de seus salários, mantido o comprometimento da renda da família e

garantindo a cláusula do Plano de Equivalência Salarial-PES.

Excluída a Caixa Econômica Federal, o magistrado julgou procedente o pedido, declarando a ineficácia das cláusulas que determinam reajustamento mensal da prestação segundo os índices da poupança, a fim de que sejam respeitadas as disposições do Decreto-Lei 2.164/84, quanto à equivalência entre o reajuste das prestações e o de seus vencimentos, condenado o Bradesco a devolver as parcelas pagas a maior, ou a realizar dedução nas prestações vincendas.

Irresignados, os réus apelaram.

O Bradesco alega que os mutuários deverão arcar com o pagamento integral da dívida já que não contam com a cobertura do Fundo de Compensação das Variações Salariais — FCVS, sendo por isso incompatível a adoção do PES. Afirma, também, que a modificação unilateral do contrato “além de indevida é ilegal; caso ocorra, repercutiria em toda sua estrutura com conseqüências desastrosas para o futuro.”

A União insiste na sua ilegitimidade passiva **ad causam**, por não ser sucessora do BNH e alega que a opção do autor pelo plano de amortização mista se deveu exclusivamente à sua conveniência e, em ra-

ção da alteração do art. 9º do Decreto-Lei nº 2.164/84 pela Lei nº 8.004/90, o PES deixou de ser imperativo nos contratos firmados no âmbito do SFH.

A eg. Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, por unanimidade, negou provimento às apelações, em acórdão assim ementado:

“Administrativo. Mútuo. Sistema Financeiro da Habitação. Reajustamento das Prestações. Plano de Atualização Misto. Dec.-Lei nº 2.164, de 1984, art. 9º, Lei nº 8.004, de 1990. Legitimidade Passivo da União.

1. Os reajustamentos dos prestações dos mutuários do Sistema Financeiro da Habitação obedeceram às normas baixadas pelo Conselho Monetário Nacional. Os agentes financeiros fazem incidir os percentuais fixados pelo SFH e não estão livres para exigir percentuais diferentes. O Conselho Monetário Nacional, nesta parte, sucedeu ao BNH e é atualmente, que controla, orienta e disciplina o SFH.

2. A correlação entre o valor da prestação e o valor da capacidade contributiva do mutuário é imprescindível para a manutenção do contrato. Não obedecida a equivalência prestação-salário, inviabilizada está a aquisição comprometida com um reajuste exorbitante, que leva o mutuário a uma situação aflitiva ou que lhe venha acarretar a perda do imóvel.

3. O art. 9º do Dec.-Lei nº 2.164, de 1984, dispunha que os contratos para aquisição de moradia própria, através do SFH, estabelecerão a regra do reajustamento pelo plano de equivalência salarial (PES). Ainda que as partes tenham acordado outra regra de reajuste, desde que prejudicial ao mutuário, esta deverá ser afastada em obediência ao dispositivo citado.

A Lei 8.004, de 1990, na verdade, não acabou com a correlação prestação x salário do mutuário. Se há vinculação ao PES, como dito no art. 9º, com a nova redação dada pela Lei nº 8.004, de 1990, não há que se falar em utilização do IPC.

4. Ainda que o plano de atualização das prestações, de acordo com o contrato seja o misto (PAM), há de atentar-se para a correlação salário x prestação.” (fl. 172)

O Bradesco opôs embargos de declaração, que foram rejeitados.

A União interpôs REsp com fulcro no art. 105, III, alínea a, da CF/88, alegando ofensa aos arts. 4º e 10, do Decreto-Lei nº 2.291, e art. 10, § 1º, da Lei nº 4.380/64.

O Bradesco interpôs RE e REsp, sendo este embasado nos alíneas a e c do art. 105, III, da CF/88. Sustenta que depois do Decreto-Lei nº 2.349/87 era possível celebrar contrato fora do plano de equivalência salarial, instituído pelo Decreto-Lei nº 2.164/84. No caso dos autos, o contrato é posterior à Lei nº 8.004/

90, que modificou o sistema dos contratos vinculados ao PES.

Quanto à admissibilidade do recurso pelo art. 105, III, c, da CF/88, transcreve várias ementas para evidenciar a divergência dos Tribunais sobre a matéria em tela.

Sem contra-razões, o Tribunal **a quo** inadmitiu o recurso extraordinário e os dois recursos especiais, daí o Agravo de Instrumento nº 119.012/BA (autos opensos) pelo Bradesco, provido para melhor exame, por despacho do em. Ministro Ari Pargendler, que depois ordenou a redistribuição do feito.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO RUY ROSADO DE AGUIAR (Relator): 1. Leio a legislação referida nas razões de recurso:

“Decreto-Lei 2.164, de 19/09/84:

Art. 9º Os contratos para aquisição de moradia própria, através do SFH, estabelecerão que, a partir do ano de 1985, o reajuste das prestações neles previsto corresponderá ao mesmo percentual e periodicidade do aumento de salário da categoria profissional a que pertencer o adquirente.”

Decreto-Lei 2.349, de 27/07/87:

“Art. 1º Os contratos com mutuários finais do Sistema Financeiro da Habitação, firmados a partir da data da publicação do

presente Decreto-Lei, somente poderão conter cláusula de cobertura de resíduos dos saldos devedores, pelo Fundo de Compensação de Variação Salariais (FCVS), quando o valor do financiamento não exceder do limite, fixado para esse fim, pelo Conselho Monetário Nacional.

Art. 2º Nos contratos sem cláusulas de cobertura pelo FCVS, os mutuários finais responderão pelos resíduos dos saldos devedores existentes, até sua final liquidação, na forma que for pactuada, observadas as normas expedidas pelo Conselho Monetário Nacional.”

Lei 8.004, de 14 março de 1990:

“Art. 22. O artigo 9º do Decreto-Lei nº 2.164, de 19 de setembro de 1984, passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 9º As prestações mensais dos contratos de financiamento firmados no âmbito do SFH, vinculados ao Plano de Equivalência Salarial por Categoria Profissional — PES/CP serão reajustadas no mês seguinte ao em que ocorrer a data-base da categoria profissional do mutuário, utilizando-se a variação do Índice de Preços ao Consumidor — IPC apurada nas respectivas datas-base.

§ 1º Nas datas-base o reajuste das prestações contemplará também o percentual relativo ao ganho real de salário.

§ 2º As prestações relativas a contratos vinculados ao Plano de

Equivalência Salarial Plena serão reajustadas no mês seguinte ao dos reajustes salariais, inclusive os de caráter automático, complementar e compensatórios, e as antecipações a qualquer título.

§ 3º Fica assegurado ao mutuário o direito de, a qualquer tempo, solicitar alteração da data-base, nos casos de mudança de categoria profissional, sendo que a nova situação prevalecerá a partir do reajuste anual seguinte.

§ 4º O reajuste da prestação em função da primeira data-base após a assinatura do contrato, após a alteração da data-base ou após a opção pelo PES/CP terá como limite o índice de reajuste aplicado ao saldo devedor relativo ao período decorrido desde a data do evento até o mês do reajuste a ser aplicado à prestação, deduzidas as antecipações já repassadas às prestações.

§ 5º A prestação mensal não excederá a relação prestação/salário verificada na data da assinatura do contrato, podendo ser solicitada a sua revisão a qualquer tempo.

§ 6º Não se aplica o disposto no § 5º às hipóteses de redução de renda por mudança de emprego ou por alteração na composição da renda familiar em decorrência da exclusão de 1 (um) ou mais co-adquirentes, assegurado ao mutuário nesses casos o direito à renegociação da dívida junto ao agente financeiro, visando a

restabelecer o comprometimento inicial da renda.

§ 7º Sempre que em virtude da aplicação do PES a prestação for reajustada em percentagem inferior ao da variação integral do IPC acrescida do índice relativo ao ganho real de salário, a diferença será incorporada em futuros reajustes de prestações até o limite de que trata o § 5º.

§ 8º Os mutuários cujos contratos, firmados até 28 de fevereiro de 1986, ainda que não assegurem o direito de reajustamento das prestações pelo PES/CP, poderão optar por este Plano no mês seguinte ao do reajuste contratual da prestação.

§ 9º No caso de opção (§ 8º), o mutuário não terá direito a cobertura pelo Fundo de Compensação de Variações Salariais — FCVS de eventual saldo devedor residual ao final do contrato, o qual deverá ser renegociado com o agente financeiro.”

2. O r. julgado proferido pelo r. Tribunal Regional Federal tem o seguinte fundamento:

“A adoção do PES é de caráter imperativo, obedecendo, sem dúvida alguma, à relação prestação-salário. A variação do IPC não pode ser aplicada, sob pena de inviabilizar-se a aquisição da casa própria. A redação do **caput** do art. 9º, acima citado, é contraditória. Se o contrato está vinculado ao PES, não pode haver utilização do IPC.

Ainda que o plano da atualização das prestações, de acordo com o contrato, seja o misto (PAM), há de atentar-se para correlação salário x prestação.

Se o FCVS não cobre mais o saldo devedor, ao final do prazo contratual, deveria o agente financeiro pactuar uma outra forma que o substituísse.” (fl. 169)

3. A alteração introduzida pela Lei 8.004/90 ao art. 9º do DL 2.164/84 não modificou o princípio de que os contratos de financiamento para a aquisição da casa própria, pelo SFH, continuavam regidos pelo princípio da equivalência salarial. Isso porque o manteve expressamente no § 5º do art. 9º, com a nova redação:

“A prestação mensal não excederá a relação prestação/salário verificada na data da assinatura do contrato, podendo ser solicitada a sua revisão a qualquer tempo.”

4. O fato de o DL 2.349/87 ter excluído da cobertura de resíduos dos saldos devedores pelo Fundo de Compensação de Variação Salariais (FCVS), não revogou a regra relativa à atualização das prestações mensais, que continuavam vinculadas à relação com o salário do mutuário. O saldo eventualmente existente deveria ser objeto de negociação com o agente financeiro.

5. A divergência ficou sem demonstração, pois os trechos transcritos não permitem identificar a semelhança de situações, muito especialmente diante da diversidade de parâmetros adotados e de modelos de contratos celebrados para financiamento de aquisição de casa própria.

6. Posto isso, não demonstrada a violação aos dispositivos indicados, e sem comprovação do dissídio, estou não conhecendo do recurso.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL Nº 121.094 — MG

(Registro nº 97.0013375-3)

Relator: *O Sr. Ministro Cesar Asfor Rocha*

Recorrente: *Paulo Antônio Veríssimo do Couto e Silva*

Recorridos: *Algar S/A Empreendimentos e Participações e outro*

Advogados: *Drs. Pedro Augusto de Freitas Gordilho e outros, e Carlos Mário da Silva Velloso Filho e outros*

EMENTA: Processual Civil. Embargos de declaração. Novos embargos. Fundamentação sucinta. Contestação. Presunção relativa de veracidade dos fatos não impugnados.

Os segundos embargos declaratórios devem apontar vícios do acórdão dos primeiros, e não sugerir outros do aresto da apelação, em face da preclusão.

Fundamentação sucinta não importa em ausência de fundamentação.

A presunção de serem verdadeiros os fatos não impugnados só poderá prevalecer quando não provoque contradição com a defesa em seu conjunto.

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 conhecer do recurso. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Sálvio de Figueiredo Teixeira e Barros Monteiro. Afirmou suspeição, por motivo de foro íntimo, o Sr. Ministro Ruy Rosado de Aguiar. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Bueno de Souza.

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

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

Publicado no DJ de 18-05-98.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO CESAR ASFOR ROCHA: Recolho, do voto do eminente Juiz Jarbas Ladeira, relator da apelação, os seguintes excertos que resumem o que até en-

tão ocorreu de relevante no feito, naquilo que interessa:

“Propôs o primeiro Apelante uma ação de cobrança de honorários, pelo rito sumaríssimo, contra ABC-Algar e Companhia de Telefones do Brasil Central. Segundo a inicial, o primeiro Apelante, na qualidade de advogado, foi procurado pelas segundas Apelantes, para defender os direitos das mesmas, em contratos de financiamento celebrados com o BNDES, por intermédio de agentes financeiros. Nas avenças referidas, a correção monetária, calculada em IPC, fora aumentada excessivamente, em relação a outros contratos, atualizados pelo BTN. É que, em abril e maio de 1990, os índices do IPC se elevaram em 88,91% além dos índices do BTN, chegando quase a dobrar os valores dos contratos, bem como o montante das prestações.

Foi preparada a carta-proposta de honorários, pelo Autor, em 13.12.90. Ficou estabelecida em 2% a porcentagem de honorários, sobre o proveito a advir, no caso

de mudança de indexador, considerando-se também haver outros advogados envolvidos no trabalho.

Gestões várias foram realizadas junto ao Governo Federal e no Congresso Nacional pela estimativa do próprio Vice-presidente da CTBC, em caso de êxito no trabalho desenvolvido pelo primeiro Apelante, faria ele jus a uma remuneração entre 600.000 e 700.000 dólares.

O projeto de lei que autorizava a mudança do indexador foi vetado pelo presidente da República. Entretanto, foi concedida a dilatação dos prazos de amortização dos contratos existentes pelo BNDES, através da carta-circular nº 079/71.

Com o resultado acima, o primeiro Apelante entende que o resultado pretendido foi alcançado, pelo que ajuizou a cobrança dos honorários.

O decisório hostilizado indeferiu o pedido, por entender que o resultado do empreendimento proposto ao advogado não fora obtido, ou seja, a substituição do IPC pelo BTN, como indexador do contrato. A dilatação dos prazos não tem como consequência a redução do valor dos contratos.

Na irresignação do Autor, arguiu-se, em preliminar, a nulidade da sentença, por omitir-se quanto a ponto relevante da discussão, além de não ter fundamentação. No entanto, logo após, em atitude contraditória, o pri-

meiro Apelante requer seja desconsiderada a nulidade, para que o Tribunal **ad quem** decida logo o mérito, reformando a sentença.” (fls. 1.645/1.646).

A apelação do autor foi improvida.

Ao decidir sobre a preliminar, o eg. Tribunal consignou:

“Como preliminar, o primeiro Apelante alegou a nulidade da sentença monocrática, que teria deixado de analisar alegação relevante, além de estar carente de fundamentação. Não obstante, o próprio Apelante pediu a descon sideração da preliminar, para que seja proferida decisão de mérito. Desta forma, não conheço da pre facial (fls. 1.647).

A questão de mérito foi assim decidida:

“No mérito, a questão gira em torno dos serviços prestados pelo primeiro Apelante às segundas, Algar S.A. e CTBC. Tratava-se de 41 contratos de financiamento, celebrados com o BNDES, por empresas do grupo econômico das segundas Apelantes.

O documento central, para o ajuste dos honorários é a carta-proposta de fls. 53-TA. Embora não contendo o “de acordo” da outra parte, não desmentiu ela a existência e validade do ajuste, com o que se passa à análise dos termos do mesmo e obtenção ou

não dos resultados almejados, pela atuação do primeiro Apelante.

A carta-proposta prevê dois tipos de remuneração para o advogado: um **pro labore** de Cr\$ 5.000.000,00 (cinco milhões de cruzeiros), pelo serviço desempenhado, e pareceres, mais despesas de viagem, excluído o imposto de renda, trabalho este tendente a ver reconhecido ser inaplicável o reajuste pelo IPC. A parte aleatória da proposta consiste na porcentagem de 2% sobre o proveito advindo às empresas do grupo das segundas Apelantes, pela adoção do BTN. A quantia podia ser paga em 12 vezes mensais, com vencimento a partir do dia 5 do mês seguinte ao reconhecimento da correção pelo BTN.

Como ficou claro, pela prova acostada aos autos, a mudança de indexador não se concretizou. O que aconteceu foi que o BNDES, vendo a situação de dificuldade das financiadas, com o elevado índice do IPC, concedeu dilação dos prazos, para amortização dos débitos. Ora, tal tipo de atividade não foi objeto de contrato ou carta-proposta de honorários. Nenhuma prova foi trazida pelo primeiro Apelante, no sentido de que a dilatação dos prazos fosse resultado de sua atividade. Aliás, o valor dos contratos não foi diminuído com tal, sendo, ao contrário, aumentado, em vista dos juros, apenas permitindo às devedoras o pagamento das prestações, com a dilatação de prazo.

Como salientou o Diretor do Departamento Financeiro do BNDES, José Paulo Junqueira Lopes (depoimento de fls. 1.316-TA), o aumento do prazo foi ato unilateral do Banco e este já havia desenvolvido estudos internos, antes de adotar tal atitude, já que a substituição dos índices era impossível.

O próprio perito, que fez a estimativa dos honorários (fls. 1.206-TA) esclareceu:

“Não foram respondidos os quesitos relacionados com a vantagem financeira resultante do alongamento dos prazos, tanto por desistência do autor, como porque os elementos anexados, por sua precariedade, inadmitiriam respostas concludentes, e ainda porque não há o imediatismo da redução matemática.”

Sustenta o primeiro Apelante que teria havido alteração nos objetivos do contrato e que as Rés não contestaram especificamente tal afirmativa, pelo que se presume a mesma verdadeira. A assertiva é incorreta, pois a contestação faz referência exatamente ao prolongamento do prazo, adotada pelo BNDES, sem ser em decorrência da atividade do primeiro Apelante, com o que implicitamente contrariou o argumento por ele usado.

O trabalho do primeiro Apelante foi especificamente no sentido de obter a mudança de inde-

xador e tal desiderato não foi alcançado, como resultou da prova e das afirmativas das partes. A dilatação dos prazos de amortização dos contratos foi medida de caráter geral, adotada pelo BNDES, sensível aos reclamos das firmas envolvidas, dado o abrupto aumento do IPC, nos meses de abril e maio de 1990.

Com essas considerações, nego provimento ao primeiro apelo.” (fls. 1.647/1.650).

O autor apresentou embargos declaratórios, apontando contradição quanto à rejeição da preliminar, ao argumento de que, mesmo sem pedido expresso, em face do disposto no art. 165 do Código de Processo Civil, a sentença deveria ter sido anulada de ofício. Assim, o fato de o autor ter manifestado “preferência pelo julgamento do mérito, inobstante a nulidade apontada, não significa que houvesse renunciado a um princípio que não lhe pertence” (fls. 1.658). Insistiu, por fim, no ônus da impugnação específica, e como os réus não teriam impugnado precisamente sobre a alteração nos objetivos do contrato, a mesma deveria ser presumida como verdadeira.

Observo que a nulidade da sentença, apontada na apelação do autor, decorreria do fato de a improcedência da ação ter tido fincas, na sua visão, na insuficiência de provas, por isso mesmo que o juiz deveria ter fundamentado, “objetivamente, o motivo pelo qual desconsi-

derou o laudo pericial. Todavia, não fez tal fundamentação” (fls. 1.548/TA).

Por outro lado, a sentença também seria nula, porque na inicial constara que a nova orientação, que alterava os objetivos contratuais, teria sido aceita pelas rés e cumprida pelo autor (fls. 1.548/TA), e que as rés não teriam impugnado esses fatos. Mesmo assim, a sentença não teria levado em conta esse fato.

Esses embargos foram rejeitados.

A uma, porque “a preliminar suscitada na apelação teve desistência expressa do apelante, que preferiu o exame do mérito” (fls. 1.664).

A duas, “no que concerne ao fato de não ter sido contestada a afirmativa de que houve alteração da cláusula contratual, tal asseveração foi afastada pelo acórdão, pois toda a argumentação das Embargadas ia de encontro com a tese do autor ao negar em que o prolongamento do prazo do débito fosse equivalente à mudança de indexador, no sentido de fazer jus a uma maior remuneração pelo advogado contratado” (fls. 1.665).

Novos embargos foram aviados sob os argumentos de que o acórdão “não se ocupou da questão sustentada, com fulcro no art. 22, § 2º, da Lei nº 8.906/94 (Estatuto da OAB)”, e de a “arguição de nulidade foi feita sob a expressa ressalva do art. 249, § 2º” (fls. 1.669), do Código de Processo Civil.

A rejeição deu-se pelas seguintes considerações:

“A alegação referente à nulidade da sentença já foi apreciada nos embargos anteriores. Se o embargante não ficou satisfeito com a decisão, tal não autoriza a interposição dos embargos. A invocação do art. 22, § 2º, do Estatuto da OAB foi feita à undécima hora, também não comportando os embargos.

O acórdão, que dirimiu os embargos declaratórios anteriores não contém obscuridade, como pretende o embargante. Quanto ao citado art. 22, é alegação nova, pelo que inadmissível a interposição de novos embargos.” (fls. 1.673/1.674).

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 ao art. 165, 458, II, e 535, I e II, do Código de Processo Civil, uma vez que o eg. Tribunal **a quo** teria “se abstraído do exame de questões relevantes”, que foram as apontadas nos declaratórios, como acima referiu-se.

Devidamente respondido, o recurso foi inadmitido na origem à consideração de que “o acórdão impugnado traz fundamentos ponderáveis para amparar sua decisão, fazendo incidir à espécie a disciplina legal pertinente” (fls. 1.717).

O seu seguimento foi desobstruído em face do provimento que dei ao agravo de instrumento para melhor exame.

Após sucessivos pedidos de vista, o processo retornou ao meu Ga-

binete em 27 de outubro do corrente ano de 1997 e foi indicado para pauta no dia 28 de novembro.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO CESAR ASFOR ROCHA (Relator): 1. Alega o recorrente violação aos arts. 165, 458, II, e 535, I e II, do Código de Processo Civil, uma vez que o eg. Tribunal **a quo** teria “se abstraído do exame de questões relevantes”, que foram as apontadas nos declaratórios, como acima referiu-se.

2. Analiso, primeiramente, as omissões sugeridas como existentes no segundo recurso de aclaramento.

Assim, relembro, os embargos foram aviados sob os argumentos de que o acórdão da apelação “não se ocupou da questão sustentada, com fulcro no art. 22, § 2º, da Lei nº 8.906/94 (Estatuto da OAB)”, e de que a “argüição de nulidade foi feita sob a expressa ressalva do art. 249, § 2º” (fls. 1.669), do Código de Processo Civil.

Observo que, sem nenhuma dúvida, é admissível a interposição de segundos embargos declaratórios, e até de outros mais, mas sempre para corrigir vícios acaso existentes no último acórdão proferido, e não em arestos mais anteriores. Estou com isso a dizer, que os segundos embargos só se prestam para apontar omissões do acórdão dos primeiros embargos, e não do acórdão da apelação. O momento próprio de se

tentar suprir as omissões deste, é quando forem apresentados os primeiros embargos. Não sendo as omissões do aresto da apelação argüidas logo nos primeiros, dá-se a preclusão, pelo que os segundos embargos não podem mais atacar supostos vícios do aresto da apelação.

Se não fosse assim, chegar-se-ia ao absurdo de, para cada uma omissão e para cada uma contradição que a parte julgasse existente no acórdão da apelação, se permitir que fosse interposto um recurso de embargos, o que resultaria na possibilidade de serem lançados, sucessivamente, tantos embargos quantos fossem as omissões e as contradições que a parte as tivesse como passíveis de correção.

Sendo assim, na hipótese, ao agitar os primeiros aclaratórios, o recorrente não apontou nenhuma omissão do aresto da apelação no que fosse atinente “ao art. 22, § 2º, da Lei nº 8.906/94 (Estatuto da OAB)”, nem referiu que a “argüição de nulidade foi feita sob a expressa ressalva do art. 249, § 2º” (fls. 1.669), do Código de Processo Civil.

Com efeito, esses novos alegados vícios, se existentes, não podiam mais ser corrigidos no leito dos segundos declaratórios, pela ocorrência da preclusão.

Por isso mesmo que, quanto a esses aspectos, não conheço do recurso especial.

3. Aprecio agora os vícios sugeridos nos primeiros embargos de esclarecimento, naqueles em que o recorrente apontou:

a) contradição quanto à rejeição da preliminar, ao argumento de que, mesmo sem pedido expresso, em face do disposto no art. 165 do Código de Processo Civil, a sentença deveria ter sido anulada de ofício. Assim, o fato de o autor ter manifestado “preferência pelo julgamento do mérito, inobstante a nulidade apontada, não significa que houvesse renunciado a um princípio que não lhe pertence” (fls. 1.658). Assim teria de ter sido apreciada a preliminar de nulidade da sentença, por falta de motivação da sentença;

b) omissão, pois a sentença também seria nula porque fora afirmado na inicial que a nova orientação, que alterava os objetivos contratuais, teria sido aceita pelas rés e cumprida pelo autor (fls. 1.548/TA), e que as rés não teriam impugnado esses fatos.

Debruçando-me sobre cada um desses tópicos, verifico que o primeiro deles foi rejeitado ao fundamento de que “a preliminar suscitada na apelação teve assistência expressa do apelante, que preferiu o exame do mérito” (fls. 1.664).

Dessa sorte, correta ou equivocadamente, ao dirimir a apelação, a apreciação da nulidade foi afastada ao argumento de que de sua análise o recorrente já teria desistido, e até então o art. 165 do Código de Processo Civil não havia sido colacionado.

Assim, não haveria pedido de nulidade a ser apreciado.

Ademais, o eg. Tribunal **a quo**, ao responder a esses embargos, ainda que de modo sucinto e de forma que não pode ser apontada como modelar — reconheça-se —, não teve como evidente a nulidade apontada, dessas a ser decretada de ofício, e, assim, a tendo por irrelevante, não considerou-a ocorrente.

Quanto ao segundo tópico levantado nos primeiros embargos. a eg. Corte local entendeu que “no que concerne ao fato de não ter sido contestada a afirmativa de que houve alteração da cláusula contratual, tal asseveração foi afastada pelo acórdão, pois toda a argumentação das Embargadas ia de encontro com a tese do autor ao negar em que o prolongamento do prazo do débito fosse equivalente à mudança de indexador, no sentido de fazer jus a uma maior remuneração pelo advogado contratado” (fls. 1.665).

Com efeito, ou bem ou mal a questão foi dirimida.

De mais a mais, apenas para reforço, anoto que não houve, em real verdade, nenhuma vulneração ao art. 302 do Código de Processo Civil.

Faço minhas as seguintes considerações expostas pelas recorridas:

“Além disso, de maneira alguma, houve ofensa à regra do art. 302 do CPC, que, ao contrário do que sugere o recorrente, não prevê uma presunção absoluta, mas apenas relativa e bastante frágil.

Se é certo que ao contestante toca o ônus de impugnar fato por

fato da inicial, não é menos certo que a presunção de veracidade do fato não diretamente impugnado é **juris tantum** e deixa de prevalecer quando ocorra qualquer uma das exceções contidas nos incisos do próprio art. 302.

Eis o que, a propósito, dispõe o referido art. 302, inciso III:

“... Presumem-se verdadeiros os fatos não impugnados, salvo:

.....
III — *se estiverem em contradição com a defesa, considerada em seu conjunto.*”

O referido inciso III, destarte, reverte totalmente a força de presunção que o **caput** atribui à falta de contestação especificada, fato por fato. Na verdade, tal presunção somente deverá ocorrer quanto “o fato impugnado” não provoque “contradição com a defesa em seu conjunto” (**Calmon de Passos**, Comentários ao Código de Processo Civil, 6ª ed., Rio: Forense, 1989, v. III, n. 207, pág. 333).

Sempre, pois, que “a presunção de verdade se chocar com a defesa, considerada em seu conjunto, não é de acolher-se” (**Pontes de Miranda**, Comentários ao Código de Processo Civil, 2ª ed., Rio, Forense, 1979, t. IV, pág. 186).

O fato preponderante, para a lei, deve ser a defesa em seu conjunto e não a omissão quanto a

algun detalhe fático. **Calmon de Passos**, melhor elucidando a **mens legis**, consigna:

“A defesa considerada em seu conjunto, por conseguinte, deve entender-se com a posição tomada pelo réu em relação aos fatos do autor e às consequências jurídicas deles decorrentes. Se a posição jurídica assumida pelo réu é compatível com a presunção de verdade do fato não impugnado, o art. 302 incide. Se é incompatível a incidência não ocorre” (**ob. cit.**, pág. 334).

Além disso, ensina **Calmon de Passos** que o juiz deve cotejar o conjunto da defesa não apenas com o texto da resposta do réu, mas igualmente com o que “disseram as testemunhas ouvidas”. E conclui:

“A presunção da não-impugnação é por demais frágil para se sobrepor a qualquer outro meio de prova” (**ob. cit.**, nº 207, pág. 334).

Vê-se, pois que qualquer meio de prova serve para sobrepor-se à débil presunção que emerge da regra do art. 302 do CPC.” (fls. 1.708/1.710).

4. Observo, por fim, e por demais, já que o recurso fica desprovido pelos motivos acima apontados, que mesmo que se desse por acolhido o pleito do recorrente, não chegar-se-ia à alteração do resultado já ofer-

tado, uma vez que, quando muito, os esclarecimentos por ela postulados teriam o condão de pormenorizar os fundamentos de que se valem as instâncias ordinárias para chegarem ao resultado ora contestado, o que nada traria de útil para o recorrente.

É que, da forma como a questão foi destramada pelas instâncias ordinárias, restaram estabelecidos os contornos bastantemente necessários para a exata compreensão dos julgados, nada faltando para ser dito que pudesse impossibilitar ou mesmo dificultar o seu reexame, por isso mesmo que não se pode apontar nenhuma nulidade naqueles decisórios.

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

VOTO — VISTA

O SR. MINISTRO BARROS MONTEIRO: Objetiva o recorrente, via do presente apelo extremo, a declaração de nulidade dos VV. Acórdãos que confirmaram a sentença de improcedência da ação, sob a assertiva de vulneração dos arts. 165, 458, II, e 535, I e II, do Código de Processo Civil.

As decisões prolatadas pelo Eg. Tribunal de Alçada de Minas Gerais, todavia, não padecem dos vícios apontados, quer no julgamento das apelações interpostas, quer na apreciação dos dois declaratórios oferecidos. Bem diversa da ausência de motivação é a fundamentação sucinta, conforme, aliás, já teve

oportunidade de assentar este órgão fracionário do Tribunal (REsp nº 18.731-PR, relator Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira). Em verdade, os Acórdãos hostilizados contêm a necessária e suficiente motivação para o deslinde da causa, apenas não atendendo aos interesses do ora recorrente que, inconformado, utilizou dos embargos de declaração como meio para obter a reformulação do que restara decidido. Vem patenteado na espécie o escopo de alterar o **decisum**, finalidade para a qual, entretanto, não foram instituídos os embargos aclaratórios.

Três questões foram colocadas nos primeiros embargos de declaração, a saber: **a)** mesmo sem pedido expresse, cabia ao órgão julgador **ad quem** reconhecer a nulidade da sentença por falta de motivação; **b)** as rés deixaram de impugnar de modo específico fato alegado pelo autor, o que importou na presunção de veracidade desse mesmo fato; **c)** aplicação do disposto no art. 22, § 2º, da Lei nº 8.906/94, em face do trabalho desenvolvido pelo demandante, de que resultou vantagem às empresas reconhecida pelo diretor financeiro.

O Eg. Colegiado Estadual não se recusou a enfrentar as questões então aventadas. Bem ou mal, a turma julgadora, num primeiro passo, manteve a rejeição da preliminar de nulidade da sentença, aduzindo que a referida preliminar tivera a desistência expressa por parte do apelante, que preferira o exame de mérito (fls. 1.664). Mais não precisava ter assinalado para arredar a referida matéria prejudicial.

No segundo item, a Corte de origem foi incisiva ao refutar a alegação do apelante — ora recorrente. Consoante se pode facilmente depreender, o C. Tribunal de Alçada não fez mais do que fazer incidir na hipótese em tela a norma inserta no art. 302, inc. III, do Código de Processo Civil. Daí as palavras textuais do voto condutor do V. Acórdão prolatado nos primeiros declaratórios: “toda a argumentação das Embargadas ia de encontro com a tese do autor ao negar em que o prolongamento do prazo do débito fosse equivalente à mudança de indexador, no sentido de fazer jus a uma maior remuneração pelo advogado contratado” (fls. 1.665).

Ao examinar os primeiros embargos de declaração, a Eg. Câmara não se pronunciara acerca da regra inscrita no art. 22, § 2º, da Lei nº 8.906, de 04.07.94, mas acabou fazendo-o ao apreciar os segundos aclaratórios, em que asseverou tratar-se de alegação nova, feita à undécima hora. Por igual, nesse ponto não há falar em negativa de prestação jurisdicional, pois o Tribunal local se manifestou a respeito, sendo certo, ademais, que, conforme já registrado, a pretensão do então embargante era a de obter o rejuízo do feito, desde que, de toda a sorte, a remuneração pleiteada na demanda fora repelida **in totum**. Constituíam os embargos de declaração, assim, mais uma tentativa de reformar-se o que já ficara amplamente assentado.

Por derradeiro, o dissídio pretoriano não é passível de aperfeiçoar-

se no caso, uma vez que descumpridas as normas constantes dos arts. 541, parágrafo único, do CPC, e 255, § 2º, do RISTJ.

Do exposto, não conheço do recurso, acompanhando, destarte, os votos dos Exmos. Srs. Ministros Relator e Sálvio de Figueiredo Teixeira.

VOTO

O SR. MINISTRO SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA: Deixo de incursionar pelos últimos itens sobre os quais se manifestou o Ministro-Relator, mesmo porque não exa-

minei os autos e, como disse S. Exa., suas considerações constituem apenas acréscimo à sua argumentação.

Quanto ao mais, estou de acordo com S. Exa., pelo que senti do relatório, das sustentações e do memorial. A mim se afigura claro ter incorrido tanto violação aos artigos relativos aos embargos declaratórios, pela ausência de nulidade, notadamente em relação aos arts. 165 e 458, II do Código de Processo Civil, como também no que se refere ao art. 302, a cujo respeito o Relator trouxe considerações de ordem doutrinária adequadas ao sistema vigente.

RECURSO ESPECIAL Nº 129.208 — SP (Registro nº 97.0028463-8)

Relator: *O Sr. Ministro Fontes de Alencar*

Recorrente: *Banco América do Sul S/A*

Advogados: *Drs. Paulo Kuniyoshi e outros*

Recorrido: *José Cláudio Vieira*

Advogados: *Drs. Olívia Barcha Farina e outro*

EMENTA: Poupança. Correção monetária. Lei 8.024/90.

A instituição financeira depositária de poupança é parte ilegítima para estar no pólo passivo da ação em que o poupador busca diferença de correção monetária.

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-Re-

lator. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Sálvio de Figueiredo Teixeira, Barros Monteiro, Cesar Asfor Rocha e Ruy Rosado de Aguiar.

Brasília, 05 de agosto de 1997 (data do julgamento).

Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, Presidente. Ministro FONTES DE ALENCAR, Relator.

Publicado no DJ de 06-04-98.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO FONTES DE ALENCAR: Trata-se de ação promovida por José Cláudio Vieira contra Banco América do Sul objetivando complementação de correção monetária em caderneta de poupança.

A sentença de fls. 81/86 rejeitou a preliminar de ilegitimidade de parte passiva e condenou o réu

“ao pagamento das diferenças existentes entre a inflação de março, abril, maio, junho e julho de 1990, ... mais 13,34% da diferença de fevereiro e março de 1991...”

A Décima Primeira Câmara do Primeiro Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo negou provimento ao apelo da ré, estando o acórdão correspondente assim ementado:

“Poupança. Cobrança de diferença de rendimentos que deveriam ter sido calculados com base no IPC-IBGE de março de 1990 e

segs. Legitimidade do banco privado e descabimento da denunciação da lide. Inexistência de causa que justifique o inadimplemento contratual. Recurso improvido” (fl. 204).

Banco América do Sul S/A manifestou recurso especial com fulcro no art. 105, III, a e c, da Constituição Federal, alegando negativa de vigência dos arts. 5º, 6º, 7º e 9º, da Lei nº 8.024/90; e 1.277, do Código Civil, além de dissídio jurisprudencial (fls. 222/246).

VOTO

O SR. MINISTRO FONTES DE ALENCAR (Relator): A 2ª Seção desta Corte ao julgar o REsp 40.516-5, relatado pelo Ministro Cláudio Santos, majoritariamente, considerou como parte ilegítima o estabelecimento bancário em que o depositante originariamente mantinha a conta ante o bloqueio dos cruzados novos e a transferência da titularidade dos ativos financeiros para o Banco Central.

Transcrevo a ementa do acórdão correspondente:

“Ação de cobrança. Caderneta de poupança. Ilegitimidade passiva *ad causam*. Lei 8.024/90.

Em decorrência da transferência de titularidade dos ativos financeiros para o Banco Central, imposta pela Lei nº 8.024/90, desapareceu o objeto do contrato de depósito por força do ato de império, não se podendo exigir do de-

positário a atribuição de ressarcir qualquer prejuízo do depositante.

Assim não pode figurar no pólo passivo da relação processual o agente financeiro depositário dos valores cuja diferença se postula.

Recurso conhecido e provido.”

A respeito do tema e na mesma linha do da 2ª Seção, há ror de precedentes desta 4ª Turma.

É certo, pois, que o banco depositário é parte ilegítima para figurar

no pólo passivo da relação processual, quando o depositante busca, em ação de cobrança, diferença de correção monetária em caso como o dos autos.

Posto isso, conhecendo do recurso pela alínea c do permissor constitucional, lhe dou provimento para, ante a ilegitimidade de parte do demandado, ora recorrente, declarar extinto o processo. Condene o autor em custas e honorários advocatícios fixados em R\$ 120,00 (cento e vinte reais).

RECURSO ESPECIAL Nº 151.875 — MS

(Registro nº 97.0073783-7)

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

Recorrentes: *Jatyr Mastriani de Godoy e outro*

Recorrido: *Banco Bandeirantes S/A*

Advogados: *Renato Chagas Correa da Silva e outros, e Afeife Mohamad Hajj e outros*

EMENTA: Ação de depósito. Penhor mercantil.

A tradição simbólica do bem, nos termos do art. 274 do CCom., somente pode acontecer entre o credor e o devedor pignoratício, não em relação a terceiro. Precedente.

Recurso conhecido e provido para extinguir a ação de depósito.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos vo-

tos 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 Sálvio de Figueiredo Tei-

xeira e Barros Monteiro. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Bueno de Souza, e, ocasionalmente, o Sr. Ministro Cesar Asfor Rocha.

Brasília, 10 de fevereiro de 1998 (data do julgamento).

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

Publicado no DJ de 06-04-98.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO RUY ROSADO DE AGUIAR: O Banco Bandeirantes S/A moveu ação de depósito contra Jatyr Mastriani de Godoy e outro, com base em penhor cédular instituído em garantia de dívida assumida pela empresa da qual os réus são sócios, mediante a emissão de cédula de crédito comercial.

Julgada procedente a ação, os réus apelaram argumentando que o contrato de depósito é de natureza real; sem a efetiva transmissão da posse, o contrato de depósito não se aperfeiçoa.

A eg. 1ª Turma Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul, por votação majoritária, negou provimento ao recurso.

Opostos embargos infringentes, a eg. 2ª Seção Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul, também por maioria de votos, os rejeitou, em acórdão assim ementado:

“Embargos infringentes — Ação de depósito — Penhor mercantil — Entrega simbólica — Admissibilidade — Aplicação do art. 274 do Código Comercial — Aceitação do encargo pelo depositário — Pedido precedente — Recurso improvido.

Na hipótese de penhor mercantil é admissível a entrega simbólica dos objetos dados em garantia.

Presume-se a tradição dos bens dados em garantia quando há aceitação expressa do encargo pelo depositário.” (Fl. 179).

Irresignados, os réus ingressaram com recurso especial pela alínea a, alegando afronta aos artigos 901 do CPC e 1.280 do CC. Sustentam: a) — para que se possa exigir a devolução da coisa é imprescindível tenha havido a sua entrega à custódia temporária do depositário, para posterior devolução ao depositante; b) — admissível, na hipótese do penhor mercantil, a entrega simbólica dos bens dados em garantia, conforme a regra do art. 274 do Código Comercial, isso somente ocorre quando a tradição simbólica se der entre o credor e o devedor pignoratício, não podendo este ser substituído por terceiro; d) — na hipótese de depósito irregular de coisas fungíveis, mesmo nos casos de penhor mercantil, é incabível a ação de depósito objetivando sua restituição, porquanto aplicáveis as regras do mútuo. Embora não fundamente o recurso na alínea c, sustenta dissídio jurisprudencial com julgados deste eg. STJ.

Nas contra-razões, alega o banco, entre outras teses, a falta de prequestionamento. Ademais, a jurisprudência dominante entende que a tradição pode ser simbólica, inobstante demonstrada nos autos a efetiva tradição.

Inadmitido o recurso especial na origem, manifestou-se o Agravo de Instrumento nº 150.761/MS (autos apensos), que provi para melhor exame.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO RUY ROSADO DE AGUIAR (Relator): Esta 4ª Turma já examinou causa onde a mesma questão foi submetida à sua apreciação, tendo então decidido que a tradição simbólica no penhor mercantil, a teor do art. 274 do CComercial, apenas é admitida quando estão na relação o credor e o devedor pignoratício, não quando o depositário for um terceiro, como ocorre na espécie, pois a devedora é uma empresa e os depositários são pessoas físicas. Consta da ementa do REsp 11.507/PR:

“Direito privado. Penhor mercantil. Terceiro. Depósito. Tradição da coisa. Simulação. Prisão civil. Defesa da cidadania. Recurso desacolhido.

I — A tradição simbólica é admitida no penhor mercantil, por expressa disposição legal (Código Comercial, art. 274), mas apenas entre o credor e o devedor

pignoratício, não sendo autorizado em relação a terceiro. Quanto a este, sem efetiva tradição não há falar-se em depósito e depositário infiel, pena de premiar-se a simulação como fonte geradora de obrigação legítima.

II — As hipóteses constitucionais de prisão civil devem merecer do intérprete exegese restritiva, para que não se esgarcem também nesse campo os direitos da cidadania.” (REsp 11.507-PR, 4ª Turma, rel. em. Min. Sálvio de Figueiredo, DJ 22/06/92)

Assim, à falta de um contrato de depósito, que é de natureza real, inadmissível a utilização da ação de depósito no caso de inadimplemento da obrigação.

Ainda acrescento que, em se tratando de depósito de mercadorias destinadas à comercialização da devedora, ao qual se aplicam as regras do mútuo, esta mesma 4ª Turma tem julgado imprópria a ação de depósito:

“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 a alienação pela compradora-depositária no exercício de seu ramo normal de mercancia, aplicam-se ao de-

pósito as regras do mútuo, sendo incabível a ação de depósito.

Recurso especial conhecido pela alínea c, mas não improvido.” (REsp 11.799-SP, 4ª Turma, rel. em. Min. Athos Carneiro, DJ 30/11/92)

Posto isso, conheço do recurso, pela alínea a, e lhe dou provimento para julgar a autora carecedora da ação e extinguir o processo, com inversão dos ônus da sucumbência.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL Nº 151.943 — GO

(Registro nº 97.0074165-6)

Relator: *O Sr. Ministro Sálvio de Figueiredo*

Recorrente: *Orgalino Jaime Guimarães*

Recorrido: *Banco Real S/A*

Advogados: *Drs. Mauro Lázaro Gonzaga Jayme e outro, e Péricles Emrich Campos e outro*

EMENTA: *Recurso especial. Assistência judiciária. Indeferimento de plano. Possibilidade. Fundadas razões. Lei 1.060/50, arts. 4º e 5º. Precedente. Recurso desacolhido.*

— Pelo sistema legal vigente, faz jus a parte aos benefícios da assistência judiciária, mediante simples afirmação, na própria petição, de que não está em condições de pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo próprio ou de sua família (Lei n. 1.060/50, art. 4º), ressalvado ao juiz, no entanto, indeferir a pretensão se tiver fundadas razões para isso (art. 5º).

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 Ministros Barros Monteiro, Cesar Asfor Rocha, Ruy Rosado de Aguiar e Bueno de Souza.

Brasília, 12 de maio de 1998 (data do julgamento).

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

Publicado no DJ de 29-06-98.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO SÁLVIO DE FIGUEIREDO: Nos autos da execu-

ção aforada pelo recorrido, apresentou o recorrente requerimento de assistência judiciária, tendo a Juíza de primeiro grau indeferido, de plano, o pedido, ao argumento de que, diante das circunstâncias da causa, não restou provada a alegada carência de recursos.

À apelação, o Tribunal de Justiça de Goiás negou provimento, ementando:

“Apelação cível. Assistência judiciária. Indeferimento. Impossibilidade.

I — Não se concede o benefício se nos autos houver elementos incompatíveis com o pedido formulado.

II — O benefício da assistência judiciária somente deve ser concedido a quem comprove insuficiência de recurso”.

Irresignado, manifestou o apelante recurso especial alegando, além de dissídio, violação dos artigos 2º e 4º da Lei n. 1.060/50. Sustenta, em resumo, que a simples declaração da parte é suficiente para que seja declarado o direito à assistência judiciária.

Sem contra-razões, foi o recurso admitido.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO SÁLVIO DE FIGUEIREDO (Relator): 1. Cinge-se a controvérsia em decidir se pode ou não o julgador, em havendo ele-

mentos nos autos, indeferir de plano o pedido de assistência judiciária, independentemente de haver declaração da parte afirmando ser juridicamente pobre.

Mas não se discute, no caso posto a exame, ressalve-se, se as razões do indeferimento são fundadas ou não, seja porque delas não tratou o acórdão recorrido, seja porque seu exame não prescindiria do revolvimento dos fatos da causa, procedimento defeso no âmbito desta Corte, a teor do Enunciado n. 7 de sua súmula.

2. Em que pese não comungar do entendimento da Turma julgadora no sentido de que “o benefício da assistência judiciária somente deve ser concedido a quem comprove insuficiência de recurso”, uma vez que, nos termos do artigo 4º da Lei n. 1.060/50, a assistência judiciária é concedida mediante simples afirmação da parte, nada impede, por outro lado, conforme dispõe o art. 5º dessa mesma lei, que o juiz, havendo fundadas razões, possa indeferir de plano o pedido de gratuidade.

A propósito, a questão sobre a qual se converte já foi objeto de julgamento por esta 4ª Turma, como se vê do RMS n. 8.858-RJ (DJ 6.4.98), de minha relatoria, assim ementado, no que interessa:

“I — Pelo sistema legal vigente, faz jus a parte aos benefícios da assistência judiciária, mediante simples afirmação, na própria petição, de que não está em condições de pagar as custas do pro-

cesso e os honorários de advogado, sem prejuízo próprio ou de sua família (Lei n. 1.060/50, art. 4º), ressalvado ao juiz, no entanto, indeferir a pretensão se tiver fundadas razões para isso (art. 5º).

.....”

Na oportunidade, afirmei que a lei garante ao cidadão o benefício da assistência judiciária desde que se afirme necessitado por simples declaração nos autos, até que se prove, consistentemente, não existir a alegada hipossuficiência financeira, segundo se deduz dos arts. 4º e 5º da Lei 1.060/50, do seguinte teor, com a redação que lhe deu a Lei n. 7.510/86:

“Art. 4º A parte gozará dos benefícios da assistência judiciária, mediante simples afirmação, na própria petição inicial, de que não está em condições de pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo

próprio do sustento ou de sua família.

§ 1º Presume-se pobre, até prova em contrário, quem afirmar essa condição nos termos desta lei, sob pena do pagamento de até o décuplo das custas judiciais”.

.....
“Art. 5º O juiz, se não tiver fundadas razões para indeferir o pedido, deverá julgá-lo de plano, motivando ou não o deferimento dentro do prazo de setenta e duas horas”.

Em conclusão, faz jus a parte aos benefícios da assistência judiciária, mediante simples afirmação, na própria petição, de que não está em condições de pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo próprio ou de sua família, ressalvado ao juiz, no entanto, indeferir a pretensão se tiver fundadas razões.

Com estas considerações, não conheço do recurso.

RECURSO ESPECIAL Nº 159.637 — SP

(Registro nº 97.0091836-0)

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

Recorrentes: *Vitor Sabino Avelino — espólio e outros*

Recorrida: *Companhia Brasileira de Trens Urbanos — CBTU*

Advogados: *Roberto Dias Vianna de Lima e outros, e José Luiz Bicudo Pereira e outros*

EMENTA: *Responsabilidade civil*. Morte de filho maior. Indenização. Tempo limite.

O pensionamento por morte, devido aos pais de filho maior que colaborava para o sustento da casa, estende-se até quando a vítima completaria 65 anos de idade, diminuído o valor da pensão de metade a partir do 25º aniversário. Precedentes.

Recurso conhecido pela divergência 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 do recurso e dar-lhe provimento parcial, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Bueno de Souza, Sálvio de Figueiredo Teixeira, Barros Monteiro e Cesar Asfor Rocha.

Brasília, 12 de maio de 1998 (data do julgamento).

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

Publicado no DJ de 03-08-98.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO RUY ROSADO DE AGUIAR: Em ação de indenização promovida por Vitor Sabino Avelino e sua mulher contra a Companhia Brasileira de Trens Urbanos — CBTU, por acidente ferroviário do qual resultou a morte do filho dos autores, a sentença julgou parcialmente procedente o pedido, conde-

nando a ré a pagar aos demandantes, “a importância correspondente a vinte salários mínimos, em valores vigentes à época do efetivo pagamento, acrescido dos juros de mora desde a citação, custas e honorários de advogado”.

As partes apelaram e a eg. 9ª Câmara do 1º Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo negou provimento ao recurso da ré e deu provimento parcial ao dos autores, em acórdão assim ementado:

“Responsabilidade civil — Acidente ferroviário — Morte de passageiro — Indenização por danos materiais e morais — Dependência econômica de pais pobres a filhos solteiros, limitada, porém, à idade de vinte e cinco anos destes, quando se presume que se casariam.

O fato de a vítima estar viajando em escada da composição não implica a existência de sua culpa exclusiva, se é fato notório e provado nos autos que as composições transportam excesso de passageiros e não oferecem um mínimo de conforto.

Dependência econômica aos filhos solteiros que se presume em

VOTO

se tratando de pais pobres, notadamente quando todos vivem de baixo do mesmo teto, devendo, porém, a indenização correspondente ser limitada a quando a vítima completasse vinte e cinco anos de idade, época em que é presumível que se casaria.

Dano moral que não deve ser amesquinhado, a pretexto de que os beneficiários são pessoas modestas, cumprindo que leve em conta mais as condições financeiras do responsável e bem assim o maior grau de afetividade com a vítima." (Fl. 268).

Os autores ingressaram com recurso especial pela alínea c, insurgindo-se contra a limitação do pensionamento à idade em que a vítima completaria 25 anos, ao argumento de que o v. aresto recorrido teria dissentido da jurisprudência deste eg. STJ que estende tal pensão à data em que o falecido completaria 65 anos. Comprova dissídio com os REsp's nºs 1.723-RJ; 30.800-RJ e 20.509-1-SP. Sustentam, ainda, que a partir da Constituição de 1988 (art. 229), não há pretender limitar qualquer indenização à idade presumível do casamento da vítima.

A ré interpôs recurso especial adesivo.

Com as contra-razões, o Tribunal de origem inadmitiu o recurso adesivo e admitiu o principal, subindo os autos a este eg. STJ. O agravo interposto contra o indeferimento do adesivo foi improvido.

É o relatório.

O SR. MINISTRO RUY ROSADO DE AGUIAR (Relator): 1. Discute-se sobre o tempo a considerar para o pensionamento dos pais de vítima fatal, como indenização pelo dano patrimonial: se até os 25 anos, quando presumidamente a vítima constituiria nova família e se dedicaria à sua assistência, e não mais aos pais; se até os 65 anos, considerando que os filhos continuam a prestar auxílio aos pais durante o tempo de sua sobrevivência; se até os 65 anos, mas com redução da pensão a partir de 25 anos.

A divergência ficou bem evidenciada, razão pela qual conheço do recurso.

2. Nesta eg. 4ª Turma, o tema tem sido recorrentemente enfrentado, com diversidade de soluções, explicável pela peculiaridade da questão, que lida com hipóteses e presunções.

Atualmente, estão consolidadas as seguintes posições:

2.1. tratando-se de perda de filho menor, de tenra idade, ainda não trabalhando nem colaborando para o sustento da família, defere-se indenização a título de *dano moral*, em quantia fixa, preferentemente, ou na forma de pensão mensal, mas nesse caso até quando a vítima completaria 25 anos de idade (REsp's nºs 85.205/RJ, 4ª Turma, rel. em. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ 26/05/97; 49.542-RJ, 4ª Turma, rel. em. Min. Cesar Asfor Rocha, DJ 27/10/97; 57.539-MG, 3ª Turma, rel.

em. Min. Nilson Naves, DJ 22/04/97; 106.326/PR, 4ª Turma, de minha relatoria, DJ 1/05/97 e 68.512/RJ, 4ª Turma, rel. em. Min. Sálvio de Figueiredo).

2.2 sendo o filho maior, que já trabalhava e auxiliava a família nas despesas domésticas, concede-se:

a) indenização por *dano moral*, fixada em quantia única, sobre um valor equivalente a salários mínimos, 100, 200, 300, conforme as circunstâncias: (REsp's 58.538-SP; 49.542-RJ; 85.205-RJ e 106.326-PR), e mais

b) indenização pelo *dano patrimonial*, em forma de pensão mensal calculada sobre a contribuição média da vítima aos pais, e isso pelo período que vai desde a data do acidente até quando a vítima completaria 65 anos de idade:

“1. Para o efeito de cálculo da pensão, a esperança de vida da vítima há de ser fixada em 65 anos. (REsp nº 97.667-SP, 3ª Turma, rel. em. Min. Waldemar Zveiter, DJ 14/04/97)

2. O limite temporal do pensionamento, para reparação do dano material, deve se estender até a data em que a vítima completaria 65 anos.

Recurso conhecido e provido.” (REsp nº 58.538-SP, 4ª Turma, de minha relatoria, DJ 07/08/95)

“3. Responsabilidade civil. Indenização. Morte de filho.

Pensão aos pais. Tempo de duração.

O tempo de duração do pensionamento da mãe, que era dependente de filho com 23 anos, vítima de acidente de trânsito, se estende até quando ele completaria 65 anos de idade. Essa é a data que tem sido escolhida, quando não deferido o pensionamento pelo tempo médio de sobrevivência, calculado pelas tabelas previdenciárias.

Recurso conhecido em parte e provido.” (REsp nº 111.928-PB, 4ª Turma, de minha relatoria, DJ 28/04/97)

“4. Civil. Indenização. Morte de filho. Dependência econômica dos pais. Pensionamento até a data em que a vítima completaria 65 anos. Precedentes. Recurso desprovido.

Comprovada a culpa do preposto da ré e a dependência econômica dos pais em relação ao filho falecido no acidente, que contava 27 (vinte e sete) anos de idade, a indenização, sob a forma de pensão, deve ter como limite temporal a data em que a vítima completaria 65 anos de idade.” (REsp nº 76.238/PR, 4ª Turma, rel. em. Min. Sálvio de Figueiredo, DJ 16/12/96)

c) porém, para a indenização pelo dano patrimonial, de acordo com o mais recente posicionamento da Turma, a partir do voto

proferido pelo em. Min. Cesar Asfor Rocha no REsp 68.512/RJ, julgado em 7.10.97, da relatoria do em. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, continua-se levando em conta o limite provável de sobrevida de 65 anos de idade da vítima, mas a pensão aos pais deve ser reduzida a partir de quando o filho atingiria a idade de 25 anos:

“Sendo assim, não tenho, **data venia**, como correto presumir-se que a vítima continuaria por toda a sua existência com a mesma disponibilidade para ajudar materialmente a seus pais, por mais dedicada e zelosa que ela fosse para com eles, pois que, pela ordem natural dos fatos da vida, é lícito inferir que ela se casaria, como é razoável supor que tal ocorreria ao completar 25 (vinte e cinco) anos, a partir de quando teria que suportar novos encargos, que da constituição de uma nova família são indisputavelmente decorrentes.

Por isso mesmo é que tenho por sensata a compreensão que, a partir da data em que a vítima viesse a completar 25 (vinte e cinco) anos de idade, a pensão já arbitrada deve ser reduzida em 50% (cinquenta por cento) do valor daquela que já foi fixada até aquele dia.

Diante de tais pressupostos, conheço do recurso e lhe dou parcial provimento, para o fim de fixar, pelas peculiaridades

da espécie, a pensão mensal em 50% (cinquenta por cento) do valor do salário mínimo até a data em que a vítima viesse a completar 25 (vinte e cinco) anos de idade, percentual esse, aliás, que já foi consignado pelo v. aresto recorrido, e, a partir de então, em 25% (vinte e cinco por cento) do salário mínimo, até quando a vítima viesse completar 65 (sessenta e cinco) anos de idade, ou, se antes, os pais falecerem.” (Voto-Vista do em. Min. Cesar Asfor Rocha).

Naquela ocasião, assim votei:

“Sr. Presidente, quando esse tema era examinado o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, entendia-se que o limite da indenização deveria ir até a data em que a vítima alcançaria os 25 anos, na presunção de que, a partir dali, casando-se, constituindo nova família e assumindo novos encargos, o filho deixaria normalmente de prestar contínua assistência aos pais.

Neste Tribunal, deparei-me com orientação em sentido diferente, onde vingava a idéia de que o período de pensionamento deveria estender-se até os 65 anos, ou até a data estabelecida de acordo com as tabelas de sobrevida da Previdência Social, presumindo-se que a colaboração do filho à família persistiria até o término da sua vida.

Tenho para mim que a primeira orientação está mais de acor-

do com os fatos. O normal é que os filhos, uma vez criados e estabelecidos com família, passem a dedicar a sua atenção para o sustento dessa família, colaborando, eventualmente, para o auxílio dos pais.

Sendo assim, mais razoável a posição intermédia agora proposta pelo Eminentíssimo Ministro Cesar Asfor Rocha que, mantendo em parte a orientação do Tribunal, sem quebrar os precedentes até aqui prevalentes, propõe uma redução não do tempo, mas do quantitativo da pensão, o que — se não é o ideal — está mais de acordo com a realidade dos fatos.

Por isso, estou revendo a posição para, pedindo vênias aos Eminentíssimos Colegas, acompanhar S. Exa., com a sensação de que, nesse campo, jamais chegaremos a critérios plenamente satisfatórios, pois estamos julgando sobre hipóteses variáveis e formulando juízos fundados em presunções.” (Voto-Vogal, REsp. 68.512-RJ).

O em. Min. Sálvio de Figueiredo, relator daquele recurso, aderiu a essa orientação:

“Em face do posicionamento predominante nesta Turma e na 2ª Seção, que veio a formar-se neste Tribunal quanto ao limite temporal da indenização em casos como o presente, acabei por ajustar-me à maioria, até porque insatisfatória igualmente a outra solução. A propósito, assinalo que

os integrantes da Seção desde então têm se preocupado com o tema, sem encontrar a solução ideal, tanto assim que uma comissão foi indicada para formular sugestões e a tentativa de simulação se frustrou, em face dos muitos aspectos a considerar.

Nesta oportunidade, o Ministro Cesar Asfor Rocha, com o aval do Ministro Ruy Rosado de Aguiar, propõe um critério intermediário, que, à míngua de um melhor, se me afigura também mais razoável.

Destarte, considerando tal circunstância e os objetivos por ela procurados, também a acolho, na busca de uma solução que melhor atenda à boa prestação jurisdicional, reformulo meu voto para, conhecendo do recurso e dando-lhe parcial provimento, para que a pensão arbitrada (no caso, 50% dos ganhos da vítima) tenha por limite a idade de 25 (vinte e cinco) anos, data do presumido casamento, sendo reduzida, após, pela metade desse valor, até a data em que, por presunção, a vítima atingiria os 65 (sessenta e cinco) anos de idade, mantendo-se o acórdão quanto ao mais.”

3. No caso dos autos, para definir a pensão, há de se considerar que a vítima contava 25 anos de idade e ganhava, em janeiro de 1990, o salário de NCz\$ 2.096,10 (dois mil e noventa e seis cruzados novos e dez centavos), sendo que o mínimo da época era de NCz\$ 1.283,95 (hum mil, duzentos e oitenta e três cru-

zados novos e noventa e cinco centavos). Aproximadamente 1/3 dessa quantia a vítima despendia para a sua própria manutenção, pelo que a indenização devida, durante o período ora deferido, há de corresponder a um salário mínimo mensal, diminuída essa pensão por metade, desde a data em que a vítima completaria 25 até os seus 65 anos de idade.

4. Posto isso, conheço do recurso, pela divergência, que ficou bem demonstrada com precedentes deste Tribunal, e lhe dou parcial provimento, para estender o pensionamento até a data em que a vítima alcançaria 65 anos, diminuída porém de metade a partir do 25º aniversário, de acordo com o acima definido.

É o voto.

