



Quarta Turma

**RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA N. 29.213-SP
(2009/0059131-5)**

Relator: Ministro João Otávio de Noronha

Recorrente: Banco do Brasil S/A

Advogados: Ana Diva Teles Ramos Ehrich
 Patrícia Helena Lopes e outro(s)

Recorrido: Estado de São Paulo

Interessados: Brasilivros Editora e Distribuidora Ltda. e outro

Advogado: Flávia Mileo Ieno - síndico

EMENTA

Recurso ordinário em mandado de segurança. Processo de falência. Determinação de bloqueio de conta-corrente. Cumprimento parcial da ordem judicial pelo banco. Penhora na “boca do caixa” da instituição financeira. Ilegalidade. Terceiro à lide. Art. 14, inciso V e parágrafo único, do CPC. Responsabilidade civil. Necessidade de ajuizamento de ação autônoma.

1. O cumprimento parcial de ordem judicial para bloqueio de conta-corrente em processo falimentar não autoriza a penhora na “boca do caixa” da agência da instituição financeira responsável. Ofensa ao devido processo legal e às garantias a ele inerentes.

2. A apuração de responsabilidade civil de terceiro à lide pelo descumprimento de ordem judicial requer o ajuizamento de ação autônoma (CPC, art. 14, inciso V e parágrafo único).

3. Recurso ordinário provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, dar provimento ao recurso ordinário em mandado de segurança, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Luis Felipe Salomão, Raul Araújo e Maria Isabel Gallotti votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Aldir Passarinho Junior.

Dr(a). Ana Diva Teles Ramos Ehrich (Protestará por Juntada), pela parte
Recorrente: Banco do Brasil S/A

Brasília (DF), 18 de novembro de 2010 (data do julgamento).

Ministro João Otávio de Noronha, Presidente e Relator

DJe 25.11.2010

RELATÓRIO

O Sr. Ministro João Otávio de Noronha: Trata-se de recurso ordinário em mandado de segurança interposto por *Banco do Brasil S/A* com apoio nos arts. 105, II, alínea **b**, da Constituição Federal, e 539, II, alínea **a**, do Código de Processo Civil, contra acórdão da Segunda Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo assim ementado:

Mandado de segurança. Determinação de penhora de valor equivalente à soma dos valores pertencentes à massa falida, indevidamente disponibilizados pelo estabelecimento bancário. Alegação de violação de direito líquido e certo.

Inocorrência. Segurança denegada (e-STJ, fl. 388).

Sustenta o recorrente que os presentes autos versam sobre o cumprimento parcial de ordem judicial – bloqueio de conta-corrente da empresa *LCL Distribuidora de Livros Ltda.* – emanada de Juízo falimentar que foi interpretada equivocadamente pela gerência da agência destinatária, levando inicialmente ao bloqueio apenas do saldo do dia em que recebida. Diante disso, foi determinada a penhora de R\$ 611.875,04, relativa ao montante atualizado dos valores debitados na mencionada conta desde o momento do recebimento da ordem.

Esclarece, ainda, que tais débitos referem-se a transferências para pessoas físicas (em grande parte, para contas de funcionários da falida, no valor de R\$ 305.114,00), pagamentos de títulos de cobrança, emissão de cheques e pagamentos de concessionárias de serviços públicos, perfazendo o total de R\$ 555.884,99.

Diante disso, aduz o seguinte:

Não obstante a descrição dos fatos ocorridos e a constatação de que o Banco do Brasil S/A não tem responsabilidade nos débitos promovidos pelos sócios-

gerentes da empresa falida, o fato primordial, que é objeto inclusive do Mandado de Segurança, é que houve decisão judicial determinando a constrição de bens do Banco em flagrante desobediência aos incisos LIV e LV do art. 5º da Constituição Federal, os quais asseguram o contraditório e ampla defesa decorrentes do devido processo legal.

(...)

Da mesma forma houve violação do art. 472 do Código de Processo Civil, uma vez que o Banco do Brasil S/A é terceiro em relação ao processo de falência do qual fora emanada a ordem de constrição de seus bens.

(...)

O direito líquido e certo do banco reside, simplesmente, na violação constitucional e infraconstitucional flagrante na determinação de constrição de bem de terceiro à lide (e-STJ, fls. 439-440).

Argumenta que não dispôs dos bens da massa falida e que todos os débitos realizados na referida conta-corrente foram efetuados pelos próprios sócios-gerentes da empresa; que não lhe pode ser imputada exclusivamente a responsabilidade por tais débitos, a respeito dos quais nem sequer há comprovação de que não reverteram em favor da massa falida. Ressalta ainda que o Juízo de primeira instância, em desrespeito à liminar deferida pelo Tribunal *a quo*, autorizou o levantamento parcial do depósito judicial efetuado pelo banco.

Assim, assevera ser terceiro em relação ao processo de falência; portanto, apenas em ação autônoma – em observância ao contraditório e ao devido processo legal – é que seria possível apurar os verdadeiros responsáveis pelo ressarcimento da quantia debitada.

Ao final, pleiteia seja conferido efeito ativo ao *mandamus* e seja reformado o aresto recorrido para que se determine a anulação da ordem de penhora com a consequente devolução integral da quantia penhorada, inclusive do valor levantado equivocadamente pela massa falida.

Sem contrarrazões (e-STJ, fl. 509), o recurso ordinário foi admitido.

O Ministério Público Federal opinou pelo não provimento do recurso (e-STJ, fl. 520-524).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro João Otávio de Noronha (Relator): Trata-se de recurso ordinário em mandado de segurança interposto contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que denegou a segurança impetrada contra ato da Juíza de Direito da 8ª Vara Cível da comarca de São Paulo que, em processo falimentar, determinara a penhora “na boca do caixa” do banco ora recorrente da quantia de R\$ 611.875,04, relativa ao valor atualizado dos débitos ocorridos na citada conta desde o momento do recebimento da ordem judicial de bloqueio, visto que cumprida parcialmente.

O Tribunal de origem denegou a segurança nos seguintes termos:

Em 8 de abril de 2005, a magistrada oficiou ao Banco do Brasil S/A para que fosse efetuado o bloqueio da conta corrente 9.558-3, da agência 3.340-5, em nome da LCL Distribuidora de Livros Ltda. (fls. 71), tendo o estabelecimento bancário comunicado ao Juízo da quebra a existência de R\$89.009,96 (oitenta e nove mil e nove reais e noventa e seis centavos) (fls. 72-73). Todavia, a conta continuou a ser movimentada com lançamento de novos créditos e débitos, estes atingindo o valor apontado para a penhora.

(...)

A determinação, todavia, foi interpretada de forma diversa, e, ante o lançamento de créditos na conta corrente indicada, procedeu-se também o lançamento de débitos. Estes consistiram em lançamento dos cheques apresentados pela compensação em 18.04.2005 (R\$11.578,72), pagamento de títulos em cobrança (R\$236.087,73), pagamento de concessionárias de serviços públicos (R\$2.904,54) e transferências para contas de pessoas físicas (R\$305.314,00), valores que, atualizados, atingiram o montante reclamado pela síndica.

Ora, todos os créditos beneficiavam a massa falida e todos os débitos estavam sujeitos ao processo concursal, não se sabendo a que título foram efetuadas as transferências para as pessoas físicas, e quais os beneficiários dessas transferências.

Assim, a determinação de penhora do valor correspondentes aos valores indevidamente debitados nessas não ostenta ilegalidade, já que o estabelecimento bancário dispôs de bens pertencentes à massa falida, violando, isto sim, o direito dos credores que estão submetidos ao processo concursal.

Não há que se falar em obstáculo ao exercício de direito de defesa pois, a partir da comunicação para bloqueio, o estabelecimento bancário passou à condição de auxiliar do juízo da falência, submetido às suas determinações.

Ausente o direito líquido e certo, o mandado de segurança é de ser negado (e-STJ, fls. 390-391).

Em parecer, a Procuradoria-Geral da República (e-STJ, fls. 520-524), após observar que não fora demonstrado ser o acórdão atacado manifestamente ilegal, teratológico ou abusivo, manifestou-se contrariamente à pretensão do recorrente de serem os valores aqui discutidos buscados por meio de ação própria, e não nos autos da falência, por tratar-se de terceiro estranho ao processo falencial:

Convém ressaltar, por fim, que o próprio impetrante assumiu que a ordem judicial “foi equivocadamente interpretada como ordem de bloqueio do saldo do dia do protocolo do ofício judicial” (fl. 415) e, por outro lado, não seria o caso de levantamento dos valores por meio de ação própria, como pretende a impetração, tendo em vista que ao juízo é atribuída a competência para reprimir, nos próprios autos, qualquer ato atentatório à dignidade da justiça (artigo 125, inciso III, do CPC) (e-STJ, fl. 523).

Razão assiste ao recorrente.

Configura-se por demais violenta a penhora de valores na “boca do caixa” de instituição financeira (mera detentora da conta-corrente da empresa falida) por causa de cumprimento parcial de ordem do Juízo da falência, que determinou o bloqueio da conta, tendo o banco acatado a determinação, inicialmente, apenas em relação ao saldo do dia.

Ora, em razão da patente condição do banco – terceiro à lide –, seus bens não podem sofrer constrição judicial sem obediência ao devido processo legal, com as garantias a ele inerentes, isto é, a instauração do contraditório e a ampla defesa. Diante disso, o caminho adequado para se apurar a responsabilidade pelo descumprimento da ordem judicial, como bem anotado pelo representante do *parquet* estadual (e-STJ, fl. 340), passa pela autorização da Juíza de Direito ao síndico da massa falida para propor ação de responsabilidade civil contra o Banco do Brasil S/A, com o que será possível, respeitados o contraditório e a ampla defesa, não só apurar a questionada responsabilidade, mas também, não menos importante, saber quem efetuou os referidos débitos e qual a sua destinação, não se podendo descartar, inclusive, a possibilidade de que tais valores tenham revertido em favor da própria massa falida, como alega o recorrente.

Entendo que a condição de auxiliar do Juízo não permite que se prescindia do devido processo legal, sempre necessário para que ocorra agressão ao patrimônio de quem não integra a lide.

Releva notar que o art. 14 do Código de Processo Civil, que cuidava dos deveres das partes e dos seus procuradores, sofreu alterações pela Lei n. 10.358/2001 (*caput*, parágrafo único e o acréscimo do inciso V), em razão

das quais o seu alcance foi estendido a “todos aqueles que de qualquer forma participam do processo”. Criou-se a figura do responsável pelo descumprimento de ordem judicial e ficou estabelecido o dever de “cumprir com exatidão os provimentos mandamentais e não criar embaraços à efetivação de provimentos judiciais, de natureza antecipatória ou final”. Trata-se do *contempt of court* brasileiro, ou ato atentatório ao exercício da jurisdição, instituto de larga utilização no sistema da *common law*, introduzido em nosso ordenamento com adaptações e sem a força do originário.

Humberto Theodoro Júnior, com base no entendimento consagrado pela doutrina, leciona que o referido dispositivo autoriza o órgão judiciário, “sem prejuízo das sanções criminais, cíveis e processuais cabíveis, a aplicar ao responsável (parte, interveniente, ou quem, de qualquer forma, participe do processo) a multa de vinte por cento do valor da causa. O juiz arbitrará a pena nos próprios autos em que incorreu a infração e assinará prazo para seu pagamento. Para fixar-lhe o montante levará em conta ‘a gravidade da conduta’ do infrator”. A questão, ao menos de forma indireta, é enfrentada pelo ilustre professor em nota de rodapé (n. 24), quando, a propósito do crime de desobediência e da possibilidade da prisão civil, diz: “Ao juiz cível cabe somente a aplicação da multa disciplinar do parágrafo único do art. 14, do CPC ...” (“Curso de Direito Processual Civil”, vol. I, 44ª ed., 2006, p. 95).

De igual modo, Rodrigo Xavier Leonardo, em obra coordenada por Luiz Guilherme Marinoni e Fredie Didier Jr., aponta para a necessidade de a parte interessada intentar ação própria para pleitear a reparação de possíveis danos:

Ressalte-se, assim, que a multa estabelecida também não impede que, havendo danos causados pelo ato atentatório à parte, esta venha a pleitear sua reparação civil. Chama-se mais uma vez atenção para a ressalva expressa no parágrafo único do art. 14: “sem prejuízo das sanções (...) civis”.

O dispositivo, portanto, abre possibilidade para, diante dos danos causados pelo ato atentatório, a parte lesada propor ação para ressarcimento de danos em face do responsável, seja ele a outra parte, seja ele terceiro. (“A segunda etapa da reforma processual civil”. Malheiros Editores, 2001, p. 419)

Cito, por fim, a lição de Luiz Rodrigues Wambier, que, após discorrer sobre a inovação inserida no art. 14 do CPC pela Lei n. 10.358/2001 e afirmar que a principal consequência dessa mudança é a possibilidade de imposição de multa ao responsável pelo descumprimento ou pelo embaraço ao cumprimento dos provimentos jurisdicionais, enfoca especificamente a questão aqui tratada, ou seja, a necessidade de ação autônoma para o ressarcimento de prejuízos decorrentes do descumprimento, com exatidão, da ordem judicial, *in verbis*:

(...)

Diante de tais condutas, e de outras que se possam identificar com essas, todas capazes de obstar ou dificultar o cumprimento de ordens judiciais, a principal consequência da regra do art. 14, da forma como foi posta no Código de Processo Civil em 2001, é, sem dúvida, *a possibilidade de imposição de multa ao responsável pelo descumprimento ou pelo embaraço ao cumprimento dos provimentos jurisdicionais*. De fato, verificada a situação perniciosa à efetividade do processo, poderá o juiz aplicar multa de até vinte por cento do valor da causa. Esse percentual poderá variar, para mais ou para menos, dependendo da gravidade da conduta que tenha dado causa ao descumprimento ou criado o embaraço. Trata-se, sem dúvida, de poderosa técnica em favor da efetividade do processo.

(...)

Se a parte sofrer prejuízos em decorrência da conduta do responsável, deverá fazer uso de ação autônoma se de responsável-parte não se tratar (i.e., se o responsável não for parte no processo). Na hipótese contrária, isto é, se o responsável for parte no processo, pensamos que bastará requerimento ao juiz da causa, nos termos do art. 18 do CPC. Assim, se houver a caracterização da litigância de má-fé, poderá ter lugar a condenação em perdas e danos, nos termos dos art. 16 a 18 do CPC. (*In: Revista de Processo n. 119, jan/2005, p. 46 e 55*)

Ante o exposto, *dou provimento ao recurso ordinário* para reformar o acórdão recorrido, desconstituir a penhora realizada na “boca do caixa” do banco recorrente e, por conseguinte, determinar a devolução atualizada do valor objeto da constrição judicial aqui impugnada.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 599.513-PR (2003/0187576-9)

Relator: Ministro Aldir Passarinho Junior

Recorrente: Jair Longhi

Advogado: Frederico Korndorfer Neto e outro(s)

Recorrido: Carlinho Wolschick e outro

Advogado: Aldriano Ribeiro Negrão

EMENTA

Processual Civil. Arrematação. Embargos. Intimação por edital. Certidão do Oficial de Justiça atestando a não localização dos executados. Posterior diligência com resultado contrário. Decisão do Tribunal de Justiça que anula a alienação judicial por vício na intimação por infidelidade na situação antes retratada pelo oficial. Possibilidade. Súmula n. 7-STJ.

I. Conquanto goze a certidão do Oficial de Justiça de fé pública, a presunção de veracidade não é absoluta, de sorte que pode o Tribunal de Justiça, à luz de outros elementos fáticos concretos encontrados no processo, desconsiderar o resultado da diligência e, em consequência, anular a arrematação cuja intimação aos executados se deu pela via editalícia.

II. “A pretensão de simples reexame de prova não enseja Recurso Especial.” (Súmula n. 7-STJ)

III. Recurso especial não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas, decide a Quarta Turma, por unanimidade, não conhecer do recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros João Otávio de Noronha, Luis Felipe Salomão, Raul Araújo Filho e Maria Isabel Gallotti votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 02 de setembro de 2010 (data do julgamento).

Ministro Aldir Passarinho Junior, Relator

DJe 16.09.2010

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Aldir Passarinho Junior: Jair Longhi interpõe, pelas letras **a** e **c** do art. 105, III, da Constituição Federal, recurso especial contra acórdão do Tribunal de Alçada do Estado do Paraná, assim ementado (fl. 64):

Embargos à arrematação. Rejeição liminar por intempestivos (art. 739, I, CPC). Intimação pessoal não verificada à luz da negativa. Certidão. Suplementaridade da editalícia, com outros aspectos formais, atacada ao apelo. Elementos circunstanciais posteriores à arrematação, hábeis postergar fluência ao decêndio da ciência ao cumprimento material da imissão na posse. Acolhimento, portanto restrito à porção defensora à tempestividade. Demais questões aventadas não conhecidas. Provimento parcial.

Alega o recorrente que a decisão que permitiu, com grande liberalidade, que a intimação via edital não prevalece e que considerou possível ao executado vir ao processo e opor embargos à arrematação após a assinatura do auto, e isto somente quando intimado da imissão na posse, viola o art. 687, parágrafo 5º, do CPC, que admite a intimação por qualquer meio idôneo.

Diz que a certidão do Oficial de Justiça goza de presunção de veracidade, portanto deve ser aceita a sua certificação de que os executados não mais residem no endereço indicado, daí ser pertinente a intimação editalícia, que se seguiu. Se os executados, depois de dezoito meses, voltaram ao referido endereço, isso não significa que na época da certificação lá se achavam e que, por isso, a primeira certidão não teria validade.

No caso, salienta, o auto de arrematação foi assinado em 19.10.1998, enquanto os embargos à arrematação foram protocolizados em 26.04.2000, um ano e meio após.

Invoca dissídio jurisprudencial.

Sem contrarrazões (fl. 120).

O recurso especial foi admitido na instância de origem pelo despacho presidencial de fls. 122-123.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Aldir Passarinho Junior (Relator): Trata-se de recurso especial, aviado pelas letras **a** e **c** do autorizador constitucional, contra acórdão do Tribunal de Alçada do Estado do Paraná que considerou tempestivos os embargos à arrematação opostos pelos executados.

Quanto à divergência, ela não veio apresentada nos moldes exigidos processual e regimentalmente, faltando o confronto analítico entre as espécies e

anotando-se que a simples transcrição de ementa é insuficiente à caracterização do paradigma.

No tocante à letra **a**, é apontada ofensa ao art. 687, parágrafo 5º, do CPC, ao argumento de que é possível a intimação pela via editalícia, porquanto é meio idôneo previsto no regramento adjetivo.

Ocorre, porém, que a controvérsia descamba para a matéria de fato, pois o que entendeu o aresto objurgado, foi que há dúvida sobre a diligência anterior, quando o Oficial de Justiça certificara que os executados não mais residiam no endereço indicado, daí se procedendo à intimação pela via editalícia, porquanto por ocasião de nova intimação, posterior à arrematação, verificou-se que eles residiam efetivamente no dito endereço, tanto que a receberam pessoalmente. Em outras palavras, na compreensão do Tribunal de Justiça, a informação do Oficial de Justiça não correspondeu à realidade, não há certeza que os executados não mais habitavam no local, o que compromete o passo subsequente, que foi a intimação por edital.

Assim, não se cuida, exatamente, de afastar a validade da citação por edital, apenas que ela, como consabido, somente cabe se frustradas as tentativas de intimação pessoal, e, na conclusão da Corte estadual, não há certeza sobre a fidelidade da certidão do Oficial, ante os fatos verificados posteriormente.

Vale trazer à colação julgado da Egrégia 3ª Turma, de relatoria do eminente Ministro Castro Filho, assim ementado:

Recurso especial. Embargos à arrematação. Intimação editalícia. Anulação da praça. Intimação pessoal do devedor. Obrigatoriedade.

O fato de o devedor não haver sido encontrado em seu domicílio, por si só, não autoriza a dispensa de sua intimação pessoal, nos termos do § 5º do artigo 687 do Código de Processo Civil; se há suspeita de manobra procrastinatória, pode ser ele cientificado da hasta pública até com hora certa, já que se aplicam à intimação as mesmas regras da citação. O que não se pode admitir é sua intimação pela só publicação do edital de praça, tendo ele endereço certo, informado pelo exeqüente nos autos.

Recurso conhecido e provido.

(REsp n. 779.860-GO, unânime, DJU de 18.12.2006)

Nessas circunstâncias dos autos, a apreciação da matéria exige o revolvimento de matéria de fato, incompatível na instância especial, ao teor da Súmula n. 7 do STJ.

Ante o exposto, não conheço do recurso especial.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 874.443-RS (2006/0171245-0)

Relator: Ministro Aldir Passarinho Junior
Recorrente: E P P
Advogado: Fabio Milman
Recorrido: A L V - Espólio
Representado por: S E M V - inventariante e outros
Advogado: Maria Cristina Straatmann Ritter

EMENTA

Civil. Dissolução de sociedade de fato. Relação concubinária. Homem casado. Dissolução. Indenização por serviços prestados. Impossibilidade. Precedentes.

I. A jurisprudência do STJ firmou-se no sentido de que a relação concubinária, mantida simultaneamente a matrimônio, não gera, após seu encerramento, direito à indenização patrimonial ou direitos hereditários.

II. Recurso especial conhecido e desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas, decide a Quarta Turma, por unanimidade, conhecer do recurso especial, e negar-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros João Otávio de Noronha, Luis Felipe Salomão, Raul Araújo Filho e Maria Isabel Gallotti votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 24 de agosto de 2010 (data do julgamento).

Ministro Aldir Passarinho Junior, Relator

DJe 14.09.2010

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Aldir Passarinho Junior: - Aproveito o relatório do v. acórdão recorrido, *verbis* (fls. 386-vº-387):

Por irreparável, adoto o relatório da lavra da eminente Dra. Procuradora de Justiça, constante das fls. 353 a 356 dos autos, o qual abaixo transcrevo, naquilo que interessa:

Trata-se de recurso de apelação interposto por E. P. P., irresignado com a decisão proferida pelo juízo da 2ª Vara de Família da Comarca de *Canoas* (fls. 310-318) que, nos autos da ação de dissolução de sociedade de fato que propôs contra o espólio de A. L. V., julgou improcedente dita ação, em razão de ter havido apenas relacionamento amoroso entre a apelante e A., em determinado período, sem demonstração de que tenha havido comunhão de vida e interesses, estabilidade, fidelidade e publicidade da relação.

A apelante, em suas razões recursais (fls. 319-334), diz que a ação intentada, visa o reconhecimento da existência de sociedade de fato e, conseqüentemente, a declaração da dissolução dela, tendo como marco inicial o ano de 1971, confirmado em abril de 1974 com o nascimento do primeiro filho do casal, em 1978, com o nascimento do segundo filho, tendo perdurado até o dia da morte de A. L., ocorrida em 06 de junho de 2002.

Todavia, a sentença recorrida é *extra petita*, por ter julgado de forma diversa do que fora requerido na peça inicial, que se cingira ao reconhecimento de sociedade de fato, e não de união estável, ante o estado de casado do *de cujus*. Observa, assim, que o julgador, ao prolatar a sentença, seguiu o entendimento do representante do Ministério Público na origem, e examinou somente os requisitos da união estável, como se fora esse o móvel da ação. Daí o equívoco, na medida em que, desde o advento da Constituição Federal de 1988, obviamente que, em casos como o dos autos, não se poderia cogitar de união estável, mas apenas de sociedade de fato.

Assim, entende que deve ser acolhida a nulidade da referida sentença, nos termos do artigo 460, primeira parte, do CPC.

Com relação ao mérito, destaca que a apelada, ao contestar o feito, não se refere à sociedade de fato, mas tão somente à união estável.

Acrescenta, ademais, que o sistema jurídico brasileiro não permite que seja declarada judicialmente união estável, quando o varão mantém-se como casado, conforme o contido no artigo 226, § 3º, da CF.

Portanto, tendo a procuradora da parte adversa, tanto na contestação como em memoriais, rebatido somente a existência de união estável, não tendo se pronunciado a respeito da relação do direito obrigacional que advém de uma sociedade de fato, reconheceu, por si só, os fatos e o pedido elencado na inicial.

Assim, entende que a referida ação deva ser julgada procedente, pelos fatos admitidos na contestação, bem como pelos elementos constantes

nos autos, com o reconhecimento da sociedade de fato ocorrido entre a recorrente e o falecido, no período de 1971 até o falecimento, ocorrido em 2002, portanto, por mais de 30 (trinta) anos.

Ao final, requer o provimento do recurso, com o acolhimento da preliminar argüida. No mérito, que seja julgada procedente a presente demanda, com a inversão do ônus da sucumbência, bem como a manutenção do benefício da gratuidade da justiça.

A apelada, em suas contra-razões de fls. 337-347, pugna pelo desprovimento recursal.

O Ministério Público emitiu parecer, às fls. 353-367, opinando pelo acatamento da diligência requerida, pelo desacolhimento da preliminar de nulidade aventada pela apelante e, no mérito, pelo parcial provimento do recurso.

Foi proferido despacho, às fls. 372, pelo eminente desembargador José Carlos Teixeira Giorgis, em que acolheu a preliminar suscitada no parecer do Ministério público, determinando a conversão do julgamento em diligência, e determinou que fossem intimados a integrar a lide os herdeiros A. P. P. e F. L. P. P., reconhecidos como filhos na ação de investigação de paternidade movida contra o *de cujus*.

Às fls. 377-378, os herdeiros A. P. V. e F. L. P. V., vieram aos autos manifestar a vontade de integrar a presente ação, e requerer o cadastramento dos mesmos com os nomes corretos, conforme certidões de nascimento retificadas em anexo, bem como o cadastramento da procuradora, conforme instrumento particular de procuração em anexo.

Subiram-me os autos conclusos para julgamento.

Registre-se, por fim, que foi cumprido o comando estabelecido pelos artigos 549, 551 e 552, do CPC.

A Sétima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, por unanimidade, rejeitou a preliminar de nulidade da sentença e negou provimento à apelação da autora, em acórdão assim ementado (fl. 386):

Apelação cível. "Ação de dissolução de sociedade de fato". Nulidade da sentença incorrente. Prova que escancara relacionamento concubinário do *de cujus* com a autora, sem jamais ter havido o rompimento do casamento daquele. Hipótese de improvimento da ação. Preliminar rejeitada e recurso desprovido.

Opostos embargos declaratórios por E. P. P. às fls. 393-399, foram rejeitados às fls. 403-404.

Inconformada, a autora interpõe, pela letra c do art. 105, III, da Constituição Federal, recurso especial sustentando, em síntese, que as conclusões do acórdão

estão em confronto com a jurisprudência deste Superior Tribunal, representada pelo REsp n. 742.685-RJ (5ª Turma, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca) e pelo REsp n. 229.069-SP (4ª Turma, Rel. Min. Fernando Gonçalves), em que se reconheceu que nada obstante a constância de casamento do concubino, o relacionamento duradouro, do qual restou prole, assegura à concubina participação no patrimônio amealhado pelo extinto.

Contrarrrazões pelo espólio de A. L. V. às fls. 436-440, no sentido da inexistência do dissídio interpretativo, da ausência de prequestionamento e de prova do esforço comum na consolidação do patrimônio do *de cujus*, cuja revisão, de toda sorte, é inviável na espécie, nos termos da Súmula n. 7-STJ.

O recurso especial foi admitido na instância de origem pela decisão presidencial de fls. 444-445.

Parecer do douto Ministério Público Federal, da lavra do Dr. Fernando H. O. de Macedo, pelo provimento do especial (fls. 457-458).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Aldir Passarinho Junior (Relator): - Trata-se de ação de dissolução de sociedade de fato proposta pela ora recorrente em desfavor do espólio de A. L. V., que obteve juízo de improcedência em primeiro e segundo graus.

O acórdão estadual, de relatoria do e. Desembargador Ricardo Raupp Ruschel, traz a seguinte fundamentação (fls. 387-vº-389):

Ao início é de se ver que, cumprida a diligência pleiteada pelo MP, com a intimação e habilitação de A. e F. L., nada foi requerido, sendo desnecessária nova vista àquele Órgão, autorizado o julgamento do feito.

A preliminar aventada no recurso não merece acolhida, impondo-se reproduzir, porque imelhoráveis, os argumentos aduzidos pela Dra. Ida Sofia S. da Silveira, eminente Procuradora de Justiça, nestes termos:

Por primeiro, incumbe registrar, aqui, apesar dos longos anos decorridos desde a chegada da Constituição Federal de 1988, que tornou-se comum e rotineiro, nos pretórios, que as ações visando reconhecimento e dissolução de uniões estáveis, sejam rotuladas e nominadas, pelas partes, como ações de reconhecimento de sociedade de fato. Tão incontroversa,

pública e notória essa realidade, que torna-se suficiente uma vista d'olhos no repertório de jurisprudência desse Tribunal de Justiça, entre outros, para verificar que, pacientemente, magistrados de 1ª e 2ª instância, em prol da efetividade dos processos, não determinam, jamais, o aditamento das petições e, de acordo com o conteúdo dos feitos e dos petítórios, julgam e examinam a possibilidade de existência de união estável e das conseqüências daí advindas.

Nessa linha, com a devida vênia aos argumentos elencados pela parte apelante, veio a sua própria petição inicial, onde não escreveu uma palavra, sequer, acerca da convivência do casal em estado de adulterinidade ou de impedimento, pela convivência concomitante do varão com a mulher com que contraíra matrimônio. A única expressão utilizada, que poderia trazer alguma indagação, seria a palavra "concubinos", o que, também, tem sido absolutamente comum, em referência a conviventes estáveis, até mesmo pela praxe do jargão jurídico, desacostumado, ainda, às definições específicas trazidas pela nova legislação civil substantiva.

De resto, narrou a apelante que, da convivência com o falecido A., tiveram três filhos, e que a apelante, "como companheira fiel, sempre dedicou-se inteiramente à pessoa do réu, auxiliando-o com suas economias e suor do seu trabalho; prestou-lhe serviços úteis e rentáveis, dando-lhe toda assistência, tranqüilizando-o e assistindo em suas doenças e permanecendo com ele até sua morte, ocorrida aos 06.06.2002. Exclusivamente a ela cabiam as lides domésticas, sempre exercidas pessoalmente, sem contar com qualquer auxílio. Seu apoio ao réu, quer no aspecto econômico, moral e espiritual foi decisivo à aquisição do patrimônio, ora em exclusivo uso e gozo do espólio que auferia a integralidade dos frutos. Portanto, o auxílio da autora permitiu aquisição do patrimônio do falecido, no que pese restar em nome exclusivo do antigo companheiro." Culminou pedindo a meação de tais bens, reserva da metade dos bens do espólio no inventário, indenização por serviços prestados e meação da pensão previdenciária originada pelo falecimento do antigo companheiro.

Em tudo e por tudo, portanto, plenamente razoável o exame levado a efeito pela sentença, no sentido da verificação ou não, pela prova, da existência de união estável, nada afigurando-se tenha sido tal fundamentação tisonada pelo conhecimento de questões estranhas ao pedido inicial.

Outrossim, e isso foi olvidado pelo apelo, o magistrado de 1º grau, embora de forma sucinta, examinou, também, o pedido de reconhecimento de sociedade de fato, rechaçando-o conforme bem pode ser visto na parte final da sentença à fl. 317.

Ausente dos autos, portanto, a nulidade do ato sentencial esgrimida pela recorrente.

No mérito, entretanto, tenho que a sentença merece mantida, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Muito embora os elementos de convicção coligidos aos autos apontem para a existência de relacionamento amoroso entre a autora e o falecido, ao longo de mais de 30 anos, não há como reconhecer a união estável porque igualmente comprovado que o de cujus não havia deixado o leito nupcial.

Com efeito, escancarado nos autos que não houve a ruptura do casamento de A. L. e S., tendo o consórcio perdurado por mais sessenta anos. Consta, ao contrário, que o falecido coabitava com a esposa, situação reconhecida pela própria recorrente, em seu depoimento pessoal. Os bilhetes de fls. 176-177, não impugnados, bem demonstram as circunstâncias do relacionamento havido.

Ainda, há informações de que o falecido jamais pensou na hipótese da ruptura do seu casamento, como indica a testemunha O., quando refere: "...Pela personalidade de A., acha que isso nunca passou pela cabeça do mesmo..."

Ora, segundo dispõe o artigo 1.723 do Código Civil: "é reconhecida como entidade familiar a união estável entre homem e mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família" – norma que já era prevista no artigo 1º da Lei n. 9.278 de 1996.

Por conseguinte, para a configuração do instituto exige-se, como elementos objetivos, a diversidade de sexos e a convivência pública, contínua e duradoura, e ainda o elemento anímico, que vem a ser a intenção de constituir família.

Na hipótese em apreço o relacionamento simultâneo do varão com a esposa e a autora não permite inferir a *affectio maritalis*.

Mais, estabelece o diploma legal, no artigo 1.727, que "as relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar, constituem concubinato" – com o que se exige para a declaração da união estável a inexistência de impedimento para contrair casamento.

O nosso sistema é monogâmico, razão por que não se há de admitir o concurso entre entidades familiares.

Nesta linha, decisões desta Corte e do STJ:

União estável. Reconhecimento. Prova. Requisitos evidenciadores. Elemento anímico não preenchido. Relacionamentos paralelos. Embora preenchidos os requisitos objetivos do instituto, não restou comprovado o elemento anímico. A relação amorosa paralela do varão não permite inferir a *affectio maritalis*. E o reconhecimento pela autora da existência de outro enlace impossibilita até mesmo o decreto de união estável putativa. É que sendo o nosso sistema monogâmico não se há de admitir o concurso entre entidades familiares, sendo descabido até mesmo apontar-se a situação putativa. Também não se há falar em mera infidelidade, pois esta, em se tratando de

união livre, importa em indício da eventualidade do relacionamento. Apelo provido. (Apelação Cível n. 70008648768, Relator o Des. José Carlos Teixeira Giorgis, 7ª Câmara Cível, julgado em 02.06.2004).

A teor da jurisprudência desta Corte, a existência de impedimento para se casar por parte de um dos companheiros, como, por exemplo, na hipótese de a pessoa ser casada, mas não separada de fato ou judicialmente, obsta a constituição de união estável (REsp n. 684.407-RS, julgado pela 4ª Turma do STJ, em 03.05.2005, Relator o Ministro Jorge Scartezini).

Processual Civil. Recurso especial. Ação de reconhecimento e dissolução de sociedade de fato. Partilha de bens. Concubinato. Casamento. Pré e coexistência. Impedimento matrimonial. Prevalência. Os efeitos decorrentes do concubinato alicerçado em impedimento matrimonial não podem prevalecer frente aos do casamento pré e coexistente.

Ainda que não se desconheça o entendimento doutrinário contido no parecer da ilustre Procuradora de Justiça, entendo, como a sentença, que a requerente "já foi muito bem gratificada pelos serviços que eventualmente prestou ao extinto, porquanto tinha sua moradia e despesas custeadas por ele", além da casa que aquele adquiriu em nome desta, em Sapucaia do Sul, tendo presente, sempre, que a autora tinha plena ciência de que A. convivia com sua esposa, sendo ela, apenas, a concubina, não havendo substrato fático e jurídico para criar direitos e admitir indenizações, lastreadas, como se vê, em premissa equivocada.

Mesmo a existência de filhos reconhecidos judicialmente não autoriza qualquer indenização, eis que a estes ampara a lei com direito próprio.

Do exposto, rejeitada a preliminar, nego provimento ao recurso.

Na decisão dos aclaratórios opostos pela ora recorrente, E. P. P., esclareceu-se que (fl. 404):

Não merecem acolhida os presentes embargos.

Não há qualquer mácula de ordem processual-formal que paire sobre a decisão recorrida.

É de se salientar que o acórdão embargado decidiu as questões que lhe foram postas, dando-lhes a interpretação que entendeu conveniente, apresentando fundamentação para tanto, não tendo havido qualquer omissão, contradição ou obscuridade que desafie os presentes aclaratórios.

A propósito da diferença substancial entre os institutos da sociedade de fato e união estável, a questão restou superada quando do exame da preliminar suscitada na apelação, bastando ver o que refere o julgado ao adotar os fundamentos expendidos pela eminente Procuradora de Justiça, às fls. 388.

Ademais, ainda que se examinasse a questão sob a ótica da sociedade de fato, e não da união estável, melhor sorte não socorreria à embargante, porquanto

amplamente examinado na decisão a existência de prova que escancara o relacionamento concubinário mantido entre ela e o *de cujus*.

Não houve, portanto, nenhuma omissão no julgado, revelando-se a pretensão efetivo reexame da matéria, situação inadmissível pela via eleita.

Cabe esclarecer, por fim, que, se o acórdão incorreu em *error in iudicando*, não é em sede de embargos declaratórios que o mesmo poderá ser reapreciado, devendo a matéria ser devolvida à Superior Instância.

Assim, pelo exposto, rejeito os presentes embargos de declaração.

Tenho, assim, que a matéria foi suficientemente prequestionada, bem como que a divergência jurisprudencial com o REsp n. 229.069-SP acha-se demonstrada.

Inicialmente, necessário consignar que é incontroverso que E. P. P. e A. L. V. mantiveram relacionamento concubinário por 31 anos, a partir de 1971, até a morte do *de cujus*, em 2002, e que dele resultou o nascimento de dois filhos (fls. 313, 388-vº e 389).

Contudo, a jurisprudência atual desta Corte firmou que a relação concubinária simultânea com casamento em que permanece efetivamente a vida comum entre marido e mulher, não gera direito à indenização, por incompatibilidade do reconhecimento de uma união estável de um dos cônjuges em relação a terceira pessoa. Nesse sentido:

Direito Civil. Concubinato. Indenização decorrente de serviços domésticos. Impossibilidade. Inteligência do art. 1.727 do CC/2002. Incoerência com a lógica jurídica adotada pelo Código e pela CF/1988, que não reconhecem direito análogo no casamento ou união estável. Recurso especial conhecido e provido.

1. A união estável pressupõe ou ausência de impedimentos para o casamento ou, ao menos, separação de fato, para que assim ocorram os efeitos análogos aos do casamento, o que permite aos companheiros a salvaguarda de direitos patrimoniais, conforme definido em lei.

2. Inviável a concessão de indenização à concubina, que mantivera relacionamento com homem casado, uma vez que tal providência eleva o concubinato a nível de proteção mais sofisticado que o existente no casamento e na união estável, tendo em vista que nessas uniões não se há falar em indenização por serviços domésticos prestados, porque, verdadeiramente, de serviços domésticos não se cogita, senão de uma contribuição mútua para o bom funcionamento do lar, cujos benefícios ambos experimentam ainda na constância da união.

3. Na verdade, conceder a indigitada indenização consubstanciaria um atalho para se atingir os bens da família legítima, providência rechaçada por doutrina e jurisprudência.

4. Com efeito, por qualquer ângulo que se analise a questão, a concessão de indenizações nessas hipóteses testilha com a própria lógica jurídica adotada pelo Código Civil de 2002, protetiva do patrimônio familiar, dado que a família é a base da sociedade e recebe especial proteção do Estado (art. 226 da CF/1988), não podendo o Direito conter o germe da destruição da própria família.

5. Recurso especial conhecido e provido.

(4ª Turma, REsp n. 988.090-MS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, unânime, DJe de 22.02.2010)

Direito Civil. Família. Recurso especial. Concubinato. Casamento simultâneo. Ação de indenização. Serviços domésticos prestados.

- Se com o término do casamento não há possibilidade de se pleitear indenização por serviços domésticos prestados, tampouco quando se finda a união estável, muito menos com o cessar do concubinato haverá qualquer viabilidade de se postular tal direito, sob pena de se cometer grave discriminação frente ao casamento, que tem primazia constitucional de tratamento; ora, se o cônjuge no casamento nem o companheiro na união estável fazem jus à indenização, muito menos o concubino pode ser contemplado com tal direito, pois teria mais do que se casado fosse.

- A concessão da indenização por serviços domésticos prestados à concubina situaria o concubinato em posição jurídica mais vantajosa que o próprio casamento, o que é incompatível com as diretrizes constitucionais fixadas pelo art. 226 da CF/1988 e com o Direito de Família, tal como concebido.

- A relação de cumplicidade, consistente na troca afetiva e na mútua assistência havida entre os concubinos, ao longo do concubinato, em que auferem proveito de forma recíproca, cada qual a seu modo, seja por meio de auxílio moral, seja por meio de auxílio material, não admite que após o rompimento da relação, ou ainda, com a morte de um deles, a outra parte cogite pleitear indenização por serviços domésticos prestados, o que certamente caracterizaria locupletação ilícita.

- Não se pode mensurar o afeto, a intensidade do próprio sentimento, o desprendimento e a solidariedade na dedicação mútua que se visualiza entre casais. O amor não tem preço. Não há valor econômico em uma relação afetiva. Acaso houver necessidade de dimensionar-se a questão em termos econômicos, poder-se-á incorrer na convivência e até mesmo estímulo àquela conduta reprovável em que uma das partes serve-se sexualmente da outra e, portanto, recompensa-a com favores.

- Inviável o debate acerca dos efeitos patrimoniais do concubinato quando em choque com os do casamento pré e coexistente, porque definido aquele, expressamente, no art. 1.727 do CC/2002, como relação não eventual entre o homem e a mulher, impedidos de casar; a disposição legal tem o único objetivo

de colocar a salvo o casamento, instituto que deve ter primazia, ao lado da união estável, para fins de tutela do Direito.

Recurso especial do Espólio provido.

Recurso especial da concubina julgado prejudicado.

(3ª Turma, REsp n. 872.659-MG, Relatora Ministra Nancy Andrighi, unânime, DJe de 19.10.2009)

No caso dos autos, como desdome-se do excerto do voto-condutor supracitado, o *de cujus* A. L. V. manteve relacionamento amoroso com a autora durante trinta anos, enquanto era casado com S.E.M.V por sessenta anos, o que recai na hipótese dos precedentes elencados, a afastar o direito postulado, de indenização por serviços prestados.

Ante o exposto, conheço do recurso para negar-lhe provimento.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 907.655-ES (2006/0266107-8)

Relator: Ministro Luis Felipe Salomão

Recorrente: Luiz Fernando de Assis Arantes e outro

Advogado: Marcus Felipe Botelho Pereira e outro(s)

Recorrido: Unimed Espírito Santo Federação das Cooperativas de Trabalho Médico do Espírito Santo

Advogado: Luciana Dezan Bertollo

EMENTA

Plano de saúde. Recusa injustificada de proceder internação em UTI. Coma. Descumprimento de norma contratual a gerar dano moral indenizável. Recurso especial provido.

1. A recusa injustificada para a internação de associado de Plano de Saúde, em estado de coma, configura abuso de direito e descumprimento de norma contratual, capaz de gerar dano moral indenizável.

2. A angústia experimentada pelo esposo e filhos da paciente, em face do medo de óbito, o temor em não conseguir obter o numerário necessário às despesas de sua internação, acarretando a venda de bem imóvel familiar, caracterizam situações que vão além de mero aborrecimento e desconforto.

3. As cláusulas restritivas ao direito do consumidor devem ser interpretadas da forma mais benéfica a este, não sendo razoável a seguradora se recusar a prestar a cobertura solicitada, principalmente existindo o risco de morte.

4. Recurso especial provido.

ACÓRDÃO

A Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Raul Araújo, Maria Isabel Gallotti e Aldir Passarinho Junior votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro João Otávio de Noronha.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Luis Felipe Salomão.

Brasília (DF), 02 de dezembro de 2010 (data do julgamento).

Ministro Luis Felipe Salomão, Relator

DJe 09.12.2010

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Luis Felipe Salomão: 1. Luiz Fernando de Assis Arantes e sua esposa ajuizaram ação de indenização em face de *Unimed*, sustentando que a requerente, em 23.10.1996, após apresentar quadro convulsivo nas dependências do Hospital Praia da Costa, entrou em coma, necessitando de atendimento médico-hospitalar urgente.

Como os autores possuíam contrato de prestação de serviços médicos-hospitalares com a demandada, procedeu-se à transferência da paciente para o CTI do Hospital Santa Rita, sendo necessária sua internação naquela instituição de saúde. Contudo, mesmo com a apresentação dos documentos exigidos, a cobertura foi negada ao argumento de que o plano não assegurava

o direito reclamado, sendo-lhe informado que deveria transferir sua esposa a um hospital da rede pública de saúde, o que recusou-se a fazer, arcando com as despesas resultantes da internação.

O requerente afirma que a recusa decorreu do fato de a sua esposa ter-se submetido 48h (quarenta e oito horas) antes do mal-estar, a uma cirurgia estética que não estaria coberta pelo contrato.

Asseveram ter sido injusta a recusa da requerida, pois o mal sofrido pela requerente não teve relação de causa e efeito com a cirurgia e, assim, fazem jus à indenização material e moral pleiteada.

A ação foi julgada procedente, conforme sentença prolatada às fls. 412-417, que fixou os danos materiais em R\$ 17.087,09, e morais em R\$ 10.000,00.

Dela apelaram os autores (fls. 419-430), e a ré (461-481).

O TJES, em acórdão (fls. 601-624) proferido por maioria de votos, deu parcial provimento à apelação da *Unimed* para afastar a indenização pelo dano moral, prejudicado o exame da apelação dos autores, que postulavam a majoração da indenização pelo dano moral.

Embargos de declaração opostos (fls. 632-637) pelos autores, foram rejeitados (fls. 644-650).

Interpostos embargos infringentes (fls. 676-682), o TJES (fls. 693-705), novamente, por maioria, negou-lhes provimento conforme a seguinte ementa:

Embargos infringentes. Descumprimento contratual. Danos morais. Inocorrência. Ausência denexo causal. Embargos infringentes desprovidos.

O inadimplemento do contrato, por si só, pode acarretar danos materiais e indenização por perdas e danos, mas, em regra, não dá margem ao dano moral, que pressupõe ofensa anormal à personalidade. Embora a inobservância de cláusulas contratuais possa trazer desconforto ao outro contratante, e normalmente o traz, trata-se, em princípio, de desconforto a que todos podem estar sujeitos, pela própria vida em sociedade. Embargos infringentes desprovidos. Inexistência de nexode causalidade entre o coma da paciente/autora e a cirurgia estética realizada pela mesma. em conformidade com a perícia dos autos. (fl. 693).

Opostos embargos de declaração (fls. 712-719), foram rejeitados (fls. 743-752).

Inconformados, os autores interpõem recurso especial pela alínea **a** do permissivo constitucional, alegando violação aos artigos 6º, VI e 14,§ 1º do CDC e 159 do CC/1916.

Os recorrentes afirmam que, diversamente do que entendeu o acórdão impugnado, uma vez reconhecido e assente que o descumprimento contratual foi ilegal, impõe-se a indenização do dano moral.

Asseguram que, no caso concreto, o descumprimento contratual pela recorrida ultrapassou o simples desconforto, causando sérios transtornos aos autores, não só pela possibilidade de óbito da segunda requerente, como pela angústia causada ante a necessidade de buscar, de forma inesperada, meios para arcar com as despesas hospitalares da esposa.

Noticiam que este STJ possui precedentes considerando que gera dano moral indenizável a negativa de cobertura de internação de emergência, sendo que, ademais disso, o dano moral decorreu não só da negativa de internação mas, ainda, dos desdobramentos que lhe sucederam.

Contra-razões, fls. 783-801.

Recurso especial admitido às fls. 803-804.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Luis Felipe Salomão (Relator): 2. De início, cumpre assinalar o prequestionamento explícito dos preceitos insertos nos artigos 6º, VI e 14, § 1º do CDC e 159 do CC/1916, pelo acórdão de fls. 743-752, prolatado nos embargos de declaração opostos pelos recorrentes.

Consta expressamente do item III, de sua ementa que:

(...)

III - Embargos declaratórios improvidos. Ausência de qualquer ofensa aos artigos 6º, inc. VI e 14, par. 1º do CDC, bem como o art. 159 do CC/1916, vigente à época do ato (...).

Conforme relatado, o Tribunal de origem afastou, na hipótese vertente, a indenização por danos morais ao fundamento de que o mero descumprimento de cláusula contratual não gera direito a essa verba.

Firmou conclusão de que “embora a inobservância de cláusulas contratuais possa trazer desconforto ao outro contratante, e normalmente o traz, trata-se, em princípio, de desconforto a que todos podem estar sujeitos” (fl. 693).

3. São fatos incontroversos nos autos *a)* ocorrência do estado comatoso; *b)* recusa da recorrida em prestar o serviço de internação na UTI; *c)* ausência de relação entre o coma e a cirurgia estética realizada pela paciente; *d)* obrigação de a recorrida prestar a cobertura, ainda que o mal sofrido fosse decorrente da cirurgia estética, pois o que o plano não cobre é a própria cirurgia e não os males porventura dela advindos; *e)* carência financeira da família que ficou inadimplente frente aos seus credores e que, para honrar as despesas, teve que vender, às pressas, bem imóvel.

3.1. É bem verdade que esta Corte Superior possui entendimento no sentido de que o mero descumprimento de cláusula contratual, em princípio, não gera dano moral indenizável, mas observa que se há recusa infundada de cobertura pelo plano de saúde, é possível a condenação, “pois na própria descrição das circunstâncias que perfazem o ilícito material é possível observar as conseqüências bastante sérias de cunho psicológico que são resultado direto do procedimento culposo” (REsp n. 1.072.308-RS, Rel. Ministra Nancy Andriighi, Terceira Turma, julgado em 25.05.2010, DJe 10.06.2010).

Nessa mesma orientação:

Direito Civil e Consumidor. Recusa de clínica conveniada a plano de saúde em realizar exames radiológicos. Dano moral. Existência. Vítima menor. Irrelevância. Ofensa a direito da personalidade.

- A recusa indevida à cobertura médica pleiteada pelo segurado é causa de danos morais, pois agrava a situação de aflição psicológica e de angústia no espírito daquele. Precedentes - As crianças, mesmo da mais tenra idade, fazem jus à proteção irrestrita dos direitos da personalidade, entre os quais se inclui o direito à integridade mental, assegurada a indenização pelo dano moral decorrente de sua violação, nos termos dos arts. 5º, X, *in fine*, da CF e 12, *caput*, do CC/2002.

- Mesmo quando o prejuízo impingido ao menor decorre de uma relação de consumo, o CDC, em seu art. 6º, VI, assegura a efetiva reparação do dano, sem fazer qualquer distinção quanto à condição do consumidor, notadamente sua idade. Ao contrário, o art. 7º da Lei n. 8.078/1990 fixa o chamado diálogo de fontes, segundo o qual sempre que uma lei garantir algum direito para o consumidor, ela poderá se somar ao microsistema do CDC, incorporando-se na tutela especial e tendo a mesma preferência no trato da relação de consumo.

- Ainda que tenha uma percepção diferente do mundo e uma maneira peculiar de se expressar, a criança não permanece alheia à realidade que a cerca, estando igualmente sujeita a sentimentos como o medo, a aflição e a angústia.

- Na hipótese específica dos autos, não cabe dúvida de que a recorrente, então com apenas três anos de idade, foi submetida a elevada carga emocional. Mesmo

sem noção exata do que se passava, é certo que percebeu e compartilhou da agonia de sua mãe tentando, por diversas vezes, sem êxito, conseguir que sua filha fosse atendida por clínica credenciada ao seu plano de saúde, que reiteradas vezes se recusou a realizar os exames que ofereceriam um diagnóstico preciso da doença que acometia a criança.

Recurso especial provido.

(REsp n. 1.037.759-RJ, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 23.02.2010, DJe 05.03.2010).

Agravo regimental em recurso especial. Plano de saúde. Abusividade de cláusula. Recusa de atendimento. Dano moral. Caracterização.

Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp n. 1.059.909-SP, desta relatoria, Quarta Turma, julgado em 19.08.2010, DJe 02.09.2010).

Agravo regimental. Plano de saúde. Procedimento cirúrgico. Recusa da cobertura. Indenização por dano moral. Cabimento.

I - Em determinadas situações, a recusa à cobertura médica pode ensejar reparação a título de dano moral, por revelar comportamento abusivo por parte da operadora do plano de saúde que extrapola o simples descumprimento de cláusula contratual ou a esfera do mero aborrecimento, agravando a situação de aflição psicológica e de angústia no espírito do segurado, já combatido pela própria doença.

Precedentes.

(...)

(AgRg no Ag n. 884.832-RJ, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, julgado em 26.10.2010, DJe 09.11.2010).

3.2. Ficou comprovado nos autos a inexistência de nexo de causalidade entre o coma sofrido e a cirurgia estética realizada pela recorrente.

Da mesma forma, ficou estabelecido que, ainda que assim não fosse, caberia à recorrida cobrir a internação da UTI.

Primeiro, porque a recorrente arcou com a despesa relativa à cirurgia não coberta pelo plano.

Segundo, o estado comatoso não foi decorrência da cirurgia.

E terceiro, o plano excluía apenas as despesas com a cirurgia, não constando do contrato, como reconheceu a própria recorrida, a não-cobertura pelos possíveis desdobramentos oriundos de uma cirurgia dessa natureza.

O equívoco do Tribunal na valoração dos fatos fica ainda mais evidenciado quando se lê os fundamentos do voto-vencido, abaixo reproduzido parcialmente:

Para a caracterização do dano moral, há que se considerar a existência de um “ato” ou “fato” causado pelo agente e que tenha o condão de provocar no cidadão médio o rompimento de seu equilíbrio psicológico em função da exposição a uma situação vexatória, causando-lhe dor, sofrimento, angústia ou humilhação, sendo certo, conforme abalizada doutrina e firma jurisprudência, que meros aborrecimentos, transtornos comuns no dia-a-dia e situações desconfortáveis pelas quais as pessoas passam no cotidiano não são adequadas a ensejar reparação.

In casu, as agruras experimentadas pelo marido, filhos e demais familiares até o pronto restabelecimento da esposa tornaram muito mais tormentosas em razão da negativa de atendimento por parte da embargada, levando-os a buscar recursos financeiros de maneira inesperada para arcar com as despesas oriundas da internação.

Não se trata, pois, de um mero descumprimento contratual, sem qualquer conseqüência na esfera jurídica da outra parte na relação, motivado pelo entendimento de que os serviços médicos buscados pela 2ª embargantes não estaria coberto pelo contrato de prestação de serviços médico e hospitalares.

Ora, qualquer cidadão ao aderir a um plano de saúde, principalmente àqueles que prevêm completa assistência médica e hospitalar, busca principalmente obter tranqüilidade em momentos de emergência, embora ninguém deseje precisar dessa espécie de serviços.

(...)

Assim, não age no exercício regular de um direito a prestadora de serviço que nega a cobertura de procedimento emergencial indicado ao usuário, frustrando, pois, o objeto precípua do contrato avençado entre as partes, que é, exatamente, assegurar o tratamento médico e hospitalar quando o aderente deles necessite.

Além disso, as cláusulas restritivas ao direito do consumidor devem ser interpretadas da forma menos gravosa a este, não sendo razoável que o aderente a plano de saúde veja-se desamparado no momento em que mais precise da prestação do serviço, quando caracterizada situação de urgência médica.

(...)

Contudo, agindo exatamente ao contrário, de forma a sobrelevar tão-somente os seus interesses, a embargada permitiu que os ora embargantes chegassem à beira do desespero de terem inesperadamente, que buscar recursos para arcarem com as elevadas despesas com internação e outras, decorrente apenas em razão da sua equivocada interpretação contratual, conforme restara comprovado nestes autos.

Tanto é verdade que, em sua manifestação fls. 494-500, a embargada mostra-se resignada com a sua condenação apenas ao ressarcimento dos danos patrimoniais, como se demonstrasse ter ciência, o tempo todo, de que interpretara incorretamente o contrato celebrado.

(...)

É inquestionável que essa inesperada situação trouxe enorme desconforto, aborrecimento e angústia aos embargantes, emergindo evidente o seu ânimo abalado e lhe causando indubitosa dor interior, ensejadora de dano moral, merecedor de ressarcimento pecuniário. E ainda, repita-se, não me refiro aos momentos difíceis ocasionados pelo repentino estado de coma em que entrara a segunda embargante, demandando atendimento médico especializado em caráter de urgência, mas sim, àqueles posteriores à negativa por parte da embargada em autorizar a sua internação, sob o argumento de que o plano não lhe assegurava tal direito. (fls. 95-698).

3.3. Sendo assim, a recusa em autorizar a internação da UTI afigura-se injustificada e gera o direito à indenização por dano moral.

É de destacar, ainda, que o Código de Defesa do Consumidor estabelece normas de ordem pública e interesse social, consagrando, em seu artigo 4º, os princípios da boa-fé objetiva, equidade, assim como coíbe o abuso de direito que, no caso, restou configurado.

Efetivamente, a seguradora não poderia, absolutamente, se recusar a prestar a cobertura solicitada, principalmente existindo o risco da sua segurada morrer.

3.4. Ademais, a angústia experimentada pelo esposo e filhos da paciente, em face do medo de óbito, o temor em não conseguir obter o numerário necessário às despesas de sua internação, obrigando a alienação de imóvel familiar para fazer frente às despesas, caracterizam situações que vão além de mero aborrecimento e desconforto.

4. O descumprimento de norma contratual que não inflige dano moral é aquele que apenas causa desconforto ou aborrecimento superficial, como é exemplo a ocorrência de pequeno atraso na realização de uma cirurgia de rotina.

Tais transtornos psicológicos não configuram consequência moral indenizável, sendo mais uma reação aos incômodos naturais dos embates normais presentes no dia- a dia de um indivíduo.

Nesse passo, tem-se que nada obsta a que o inadimplemento de cláusula contratual possa vir causar dano moral passível de indenização, valendo, neste contexto, trazer à baila excerto de texto de André Gustavo Corrêa de Andrade

(“Dano Moral em caso de descumprimento de Obrigação Contratual”; disponibilizado no site eletrônico http://www.tj.rj.gov.br/institucional/dir_gerais/dgcon/pdf/artigos/direi_civil/dano_moral_em_caso_de_descumprimento_de_obrigacao_contratual.pdf, consultado dia 25/11/2010)) no qual faz citação de Ramón Daniel Pizarro: “Um fato ilícito não deixa de ser tal, nem modifica sua natureza, pela mera circunstância de produzir-se ‘dentro’ de uma obrigação preexistente que resulta descumprida ou ‘fora’ dela” (“Daño moral, Buenos Aires; Hammurabi. 2000).

5. Na hipótese vertente, o próprio acórdão reconheceu que a recorrida deveria ter prestado os serviços médicos a que se propôs no contrato, por estarem cobertos pelo plano de saúde.

Por sua vez, a recorrida também assentiu em que interpretara erroneamente o contrato celebrado.

O descumprimento do contrato, em face da urgência da situação, trouxe, portanto, conseqüências que ultrapassaram o simples desconforto e mal-estar, agravando sobremaneira o equilíbrio emocional e psicológico dos embargantes, já afetado em face do risco de morte decorrente do coma que acometeu a esposa-segurada.

6. Releva apontar que os recorrentes pleiteiam danos morais no quantum fixado pelo voto-vencido, que provia seu apelo para majora o valor de R\$ 10.000,00 para R\$ 15.000,00.

Este STJ tem fixado danos morais em valores substancialmente superiores nos casos em que pacientes que devem ser submetidos a tratamentos de urgência, têm sua assistência securitária injustamente negada.

Neste sentido os seguintes precedentes: AgRg no Ag n. 520.390-RJ, DJ 05.04.2004, considerou ser justa a compensação de R\$ 50.000,00 pelos danos morais oriundo da recusa de fornecer cobertura ao tratamento de câncer; Ag n. 661.853-SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, DJ 04.04.2005, fixou danos morais em R\$48.000,00.

Em face dos escólios mencionados e do pedido expresso dos recorrentes, é razoável que estes venham a ser compensados no valor de R\$15.000,00 (quinze mil reais) pelos danos morais sofridos.

7. Ante o exposto, dou provimento ao recurso especial para determinar à *Unimed-ES* ao pagamento da importância de R\$ 15.000,00 aos recorrentes, incidindo juros legais desde o evento danoso e correção monetária a contar desta data.

Custas processuais pela recorrida. Honorários advocatícios em 10% sobre o valor da condenação.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.139.330-RS (2009/0088381-8)

Relator: Ministro Raul Araújo

Recorrente: Brasil Telecom S/A

Advogado: João Paulo Ibanez Leal e outro(s)

Recorrido: Maria Isabel Bristott

Advogado: Pablo Pacheco dos Santos e outro(s)

EMENTA

Recurso especial. Processual Civil. Impugnação ao cumprimento de sentença. Contrato de participação financeira. Dobra acionária. Título executivo judicial. Fixação do critério de cálculo do VPA. Inviabilidade de alteração. Coisa julgada. Conversão da obrigação de fazer em perdas e danos. Quantia certa. Execução (CPC, art. 475-J). Intimação do devedor, por publicação na imprensa oficial. Descumprimento da obrigação no prazo. Aplicação da multa. Cabimento. Honorários advocatícios. Retenção de imposto de renda na fonte (Lei n. 8.541/1992, art. 46). Provimento parcial do recurso.

1. Em obediência à coisa julgada, entende-se descabida nova discussão, em sede de cumprimento de sentença, a respeito do critério de cálculo do valor patrimonial da ação (VPA), já fixado no título judicial exequendo.

2. Tendo em vista que: (i) no âmbito das ações em que se discute a subscrição acionária decorrente de contrato de participação financeira, a fixação do critério de cálculo do valor patrimonial tem, em última análise, o fim de obtenção do número de ações a que o acionista teria direito no momento do aporte financeiro, para, assim, verificar-se o

diferencial acionário a ser complementado; e (ii) no caso, há expressa previsão, no v. acórdão transitado em julgado, da quantidade de ações da Celular CRT Participações a serem subscritas, assim como do montante indenizatório devido à ora recorrida -, não há falar em espaço para aplicação do balancete mensal como critério de cálculo do VPA. Do contrário, a r. decisão transitada em julgado teria sua parte dispositiva totalmente esvaziada, pois o novo valor patrimonial alcançado na execução ensejaria um número de ações diverso do deferido na fase de conhecimento e, conseqüentemente, um montante indenizatório incompatível com o provimento jurisdicional alcançado pela parte vencedora da demanda. Isso, inevitavelmente, configuraria ofensa à coisa julgada material.

3. Em sede de execução definitiva, somente é cabível a incidência da multa prevista no *caput* do art. 475-J do CPC, quando cumulativamente presentes os seguintes requisitos essenciais: (1º) tratar-se de cumprimento de obrigação, prevista em título judicial, de pagar quantia certa ou, em caso de iliquidez do título, de quantia fixada em liquidação, sendo certo que a referida obrigação (líquida, certa e exigível) pode advir de decisão judicial que condene a parte, originariamente, a pagar determinado valor ou pode resultar da conversão em perdas e danos de condenação ao adimplemento de obrigação de outra natureza (fazer, não fazer ou dar); (2º) intimação do devedor, pessoalmente ou na pessoa de seu advogado, por publicação na imprensa oficial, deixando aquele transcorrer *in albis* o prazo de quinze dias, previsto no art. 475-J do CPC, para o adimplemento voluntário do valor constante da sentença condenatória ou de sua liquidação.

4. Na hipótese em exame, acham-se preenchidos os requisitos supramencionados, sendo, assim, devida a aplicação da multa prevista no art. 475-J do CPC.

5. É auto-aplicável o disposto no art. 46 da Lei n. 8.541/1992, de maneira que é cabível a retenção na fonte do imposto de renda pela pessoa física ou jurídica obrigada ao pagamento dos honorários advocatícios no momento em que o rendimento se torne disponível ao beneficiário. Precedente (“A exceção contida no inciso II do § 1º do art. 46 da Lei n. 8.541/1992 não ilide a auto-aplicação das

disposições contidas no *caput* do mesmo dispositivo, ou seja, que a retenção do imposto de renda na fonte cabe à pessoa física ou jurídica obrigada ao pagamento dos honorários advocatícios no momento em que o rendimento se torne disponível para o beneficiário”; REsp n. 687.437-RS, 2ª Turma, Relator o e. Ministro Franciulli Netto, DJ de 27.01.2006).

6. Recurso especial parcialmente provido, apenas para possibilitar a retenção, na fonte, do imposto de renda incidente sobre a verba honorária.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas, decide a Quarta Turma, por unanimidade, dar parcial provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Maria Isabel Gallotti, Aldir Passarinho Junior, João Otávio de Noronha e Luis Felipe Salomão votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 16 de novembro de 2010 (data do julgamento).

Ministro Raul Araújo, Relator

DJe 30.11.2010

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Raul Araújo Filho: Trata-se de recurso especial interposto pela *Brasil Telecom S/A*, com fundamento no art. 105, III, **a** e **c**, da CF/1988, contra acórdão do eg. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, assim ementado:

Agravo interno. Brasil Telecom. Pedido de cumprimento de sentença.

Argumentos já rechaçados quando do julgamento do agravo de instrumento. Diferencial acionário definido no comando judicial que transitou em julgado. Coisa julgada material que impede a rediscussão da matéria.

Aplicação da multa prevista no art. 475-J do CPC. Termo inicial.

A intimação da sentença que condena ao pagamento de quantia certa consuma-se pela sua publicação, dispensando a intimação pessoal da parte ou

de seu advogado para cumpri-la - art. 475-J do CPC. Cabe ao vencido cumprir, espontaneamente a obrigação, sob pena de incidência automática da multa de 10% sobre o valor da condenação. Nas ações de complementação de ações contra a Brasil Telecom, a execução é por quantia certa, sendo incidente as regras dos artigos 475-B e 475-J, ambos do CPC, redação da Lei n. 11.232/2005. Precedentes desta Corte e do STJ.

Dividendos. Excesso de execução não caracterizado. Termo inicial. O termo inicial é a data da integralização do capital.

Honorários advocatícios. Ausência de interesse recursal.

Multa pela má litigância. Afastamento.

Agravo interno desprovido. (fl. 249)

Em suas razões recursais, a ora recorrente sustenta, além da existência de divergência jurisprudencial, violação aos arts. 475-J do Código de Processo Civil, 170, § 1º, da Lei n. 6.404/1976 e 46 da Lei n. 8.541/1992, com base nos seguintes argumentos:

(I) o v. acórdão hostilizado incorreu em violação à coisa julgada, ao estabelecer que o VPA deveria ser apurado com base no balanço anterior à data da integralização, aprovado pela Assembléia Geral Ordinária, em desconformidade com o definido na decisão exequenda, a qual determinou a complementação acionária tendo como parâmetro o valor patrimonial da ação na data da integralização, sem fazer qualquer menção a respeito do critério de cálculo do VPA, transitando em julgado nesses termos. Requer, assim, seja utilizado o balancete do mês da integralização, na forma da jurisprudência mais recente do Superior Tribunal de Justiça, como critério de cálculo do valor patrimonial da ação;

(II) para a cobrança da multa prevista no art. 475-J do CPC é necessário que se trate de quantia certa ou já fixada em sede de liquidação, bem como haja a intimação do devedor para cumprimento espontâneo da obrigação. Nesse contexto, sustenta que “o não cumprimento da obrigação logo após a prolação da sentença condenatória, não configura a intenção do devedor em se esquivar do pagamento devido, mas sim, deve ser precedida da certeza da imutabilidade da decisão, assim como precisão de liquidez do valor devido, portanto, descabida a punição estipulada em multa do art. 475-J do Código de Processo Civil sem aferição do valor e outorgado o prazo legal de 15 dias para seu pagamento (...). Assim, imperiosa a reforma do acórdão recorrido, que não aplicou adequadamente a disposição legal em comento, que exige dois requisitos

- dívida líquida e intimação do devedor para que este pague o débito devido, no prazo de 15 dias - e, em não o fazendo, sofrer a penalidade da multa de 10% prevista no artigo 475-J do Código de Processo Civil” (fls. 270-295);

(III) é devida a retenção na fonte do imposto de renda incidente sobre a verba honorária, tendo em vista a responsabilidade da recorrente na condição de fonte pagadora.

Contrarrazões apresentadas às fls. 329-358.

Admitido o recurso na origem, subiram os autos.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Raul Araújo Filho (Relator): A irrisignação merece parcial acolhida, conforme a seguir será demonstrado.

I - CRITÉRIO DE CÁLCULO DO VPA:

No que se refere ao valor patrimonial da ação - VPA -, ressalte-se que deve ser respeitado o critério adotado pela sentença exequenda para sua aferição, independentemente de superveniente orientação jurisprudencial firmada nesta Corte de Justiça no sentido de sua apuração com base no balancete mensal. Por conseguinte, em obediência à coisa julgada, entende-se descabida nova discussão, em sede de cumprimento de sentença, a respeito da forma de cálculo do valor patrimonial da ação.

É claro que, se a decisão que transita em julgado não faz nenhuma menção ao critério a ser adotado para a apuração desse valor patrimonial, torna-se possível sua fixação na fase executiva, sem que isso ofenda os limites da *res iudicata*. Nesse sentido: AgRg no REsp n. 1.164.368-RS, Rel. Min. *Sidnei Beneti*, 3ª Turma, DJe de 1º.07.2010; AgRg no Ag n. 986.433-RS, Rel. Min. *Aldir Passarinho Junior*, 4ª Turma, DJe de 19.05.2008; AgRg no Ag n. 1.058.658-RS, Rel. Min. *Fernando Gonçalves*, 4ª Turma, DJe de 1º.12.2008.

No entanto, esta não é a hipótese dos autos.

Ao contrário, da análise da r. decisão que transitou em julgado, na fase de conhecimento (fls. 204-209), observa-se que houve expressa determinação da quantidade de ações da Celular CRT Participações S/A a serem subscritas,

e, com a conversão dessa obrigação de fazer em perdas e danos, nos termos do art. 461, § 1º, do Código de Processo Civil, foram também expressamente delineados os critérios de cálculo da respectiva indenização.

De fato, no v. acórdão exequendo, houve definição do diferencial acionário a que faria jus a ora recorrida, no âmbito da telefonia móvel, levando-se em consideração, para tanto, os critérios adotados na primeira demanda por ela ajuizada para a complementação das ações da Companhia Riograndense de Telecomunicações - CRT -, correspondente à telefonia fixa. Assim, naquela primeira demanda, obteve-se o valor patrimonial e o conseqüente número de ações a serem subscritas, o qual foi utilizado, nesta demanda, para a aferição do diferencial devido a título de dobra acionária, aplicando as instâncias ordinárias os efeitos positivos da coisa julgada. Nesse ponto, no entanto, a Brasil Telecom S/A não interpôs nenhum recurso, transitando em julgado, nesses termos, o v. acórdão ora executado, de maneira que, embora seja questionável a aplicação dos critérios de cálculo do VPA definidos em ação com pedido e causa de pedir diversos da presente, não é viável discutir-se aqui questões sobre as quais se operou a preclusão, estando o tema sob o inafastável manto da coisa julgada.

Cumpra transcrever o teor do r. *decisum* exequendo:

Contudo, necessário se faça uma breve resenha dos fatos que envolvem as partes nas duas ações:

Anteriormente, o autor ingressou com ação de complementação de obrigação contra a demandada, feito que tramitou perante a 2ª Vara Cível de Passo Fundo, autuada sob n. 02100605626. Em 26.12.2000 sobreveio sentença de improcedência do pedido (fls. 22-25). A autora interpôs recurso de apelação que mereceu desprovimento (fls. 44-52) e, contra esta decisão a requerida ingressou com recurso especial ao qual foi dado provimento, conforme cópia da decisão às fls. 65-67. Em decorrência do trânsito em julgado da decisão, a Brasil Telecom cumpriu a obrigação e indenizou a autora, conforme comprovante de pagamento (guia de fls. 80).

*Com a presente demanda, pretende a parte autora o recebimento de diferença de ações (44.140), da empresa Celular CRT Participações S/A, de responsabilidade da Brasil Telecom, incorporadora da Companhia CRT, responsável por todos os atos por esta praticados até a cisão, ocorrida em 1999, conforme se depreende da ata n. 115 da Assembléia Geral e do 'Protocolo e Justificação de Cisão Parcial', em seu item 6.1, *in verbis*:*

(...)

Assim que a responsabilidade pela eventual dobra de ações a menor é da sucessora da CRT, ora demandada, Brasil Telecom S.A. Esse é o entendimento consolidado no STJ e neste 5º Grupo Cível:

(...)

Desta feita, com a máxima vênia do ilustre prolator do decisum vergastado, tenho que não há impossibilidade jurídica, ao contrário, conforme referências acima, inclusive com transcrição de julgados desta Corte, o pedido tem merecido amplo conhecimento, *razão pela qual vai acolhido, consoante alternativa de pedido subsidiário, diante da impossibilidade da empresa demandada subscrever as ações de congêneres distinta, ao efeito de condenar a requerida a indenizar o valor correspondente ao número de ações relativa à dobra, nos termos acima mencionados.*

De consequência, são devidos os dividendos que a parte deixou de auferir sobre as ações que não lhe foram subscritas no momento próprio, tanto as ações da Brasil Telecom quanto às da Celular CRT.

Ante o exposto, dou provimento ao apelo, para desconstituir a sentença e forte no disposto no § 3º do art. 515 do CPC, *julgo procedente a demanda e condeno a ré a indenizar à parte autora o valor correspondente ao número de ações relativa a dobra acionária, nos termos do voto acima proferido, tomando-se a cotação da ação na data da cisão, corrigido monetariamente pelo IGP-M, até o efetivo pagamento, bem assim, condená-la ao pagamento dos dividendos referentes a Brasil Telecom corrigidos monetariamente pelo IGP-M até a data do pagamento realizado na ação de complementação, anteriormente proposta (23.11.2004 - guia de fl. 80) e aos dividendos da Celular CRT, corrigidos monetariamente pelo IGP-M desde o momento em que se tornaram devidos, e acrescidos de juros legais, a contar da citação.*

Via de consequência redimensiono os ônus de sucumbência. Arcará a requerida com o pagamento das custas processuais e honorários advocatícios ao procurador da autora, que vão arbitrados em R\$ 900,00, corrigidos pelo IGP-M a contar do trânsito em julgado da decisão, considerando a singeleza da demanda e a repetição de ações desta natureza, forte no disposto no art. 20, § 4º, do CPC.

É o voto. (fls. 204-209, grifo nosso)

Assim, não há falar em ausência, no título judicial exequendo, de fixação do número de ações devidas a título de dobra acionária, bem como da forma de cálculo do *quantum* indenizatório. Portanto, é incompatível com o sistema processual vigente e sobretudo com o princípio da segurança jurídica, alterar-se, em sede de cumprimento de sentença, a condenação fixada em decisão transitada em julgado.

Destarte - tendo em vista: *(i)* que, no âmbito das ações em que se discute a subscrição acionária decorrente de contrato de participação financeira, seja da telefonia fixa seja da móvel, a fixação do critério de cálculo do valor patrimonial tem, em última análise, o fim de obtenção do número de ações a que o acionista teria direito no momento do aporte financeiro, para, assim,

verificar-se o diferencial acionário a ser complementado (nesse sentido: “a quantidade das ações seria obtida por meio da divisão entre o capital investido e o valor patrimonial de cada ação (...). O valor patrimonial da ação, por sua vez, é obtido pela divisão do patrimônio líquido da sociedade pelo número de ações”, cf. trecho do voto proferido pelo saudoso Ministro *Hélio Quaglia Barbosa*, no REsp n. 975.834-RS, Segunda Seção, DJ de 26.11.2007); e (ii) que, no caso, há expressa previsão no v. acórdão transitado em julgado, aqui objeto de cumprimento de sentença (fls. 204-209), da quantidade de ações da Celular CRT Participações a serem subscritas, assim como do montante indenizatório devido à ora recorrida -, não há falar em espaço para aplicação do balancete mensal como critério de cálculo do VPA, porquanto a r. decisão transitada em julgado teria sua parte dispositiva totalmente esvaziada. Com efeito, o novo valor patrimonial alcançado na execução ensejaria um número de ações diverso do deferido na fase de conhecimento e, conseqüentemente, um montante indenizatório incompatível com o provimento jurisdicional alcançado pela parte vencedora da demanda, o que, inevitavelmente, ensejaria ofensa à *res iudicata*.

A propósito, confirmam-se:

Agravo regimental em recurso especial. Civil. Processual Civil. Empresa. Espécie de sociedade. Anônima. Subscrição de ações. Fase executória. Agravo de instrumento. Revisão do valor patrimonial da ação. Critério de apuração. Coisa julgada. Recurso inadmissível, a ensejar a aplicação da multa prevista no artigo 557, § 2º, do CPC. Agravo que se nega provimento.

1. Fixado o valor devido na complementação da subscrição de ações, em decisão com trânsito em julgado, quanto à matéria de mérito não cabe em fase de execução, apreciar eventual mudança na orientação jurisprudencial, ainda que julgada sob o rito dos recursos repetitivos, sob pena de ferir a garantia constitucional da segurança jurídica expressa na certeza da coisa julgada. Precedentes.

2. A interposição de agravo manifestamente inadmissível enseja aplicação da multa prevista no artigo 557 § 2º do Código de Processo Civil.

3. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no REsp n. 1.185.878-RS, Relator o eminente Ministro *Honildo Amaral de Mello Castro* - Desembargador convocado do TJ-AP, Quarta Turma, DJe de 24.05.2010)

Brasil Telecom. Cumprimento de sentença. Impugnação. Valor devido. Impossibilidade. Ofensa à coisa julgada. Agravo regimental a que se nega provimento. Aplicação da multa do artigo 557, § 2º do STJ.

1. Cumprimento de sentença. Impugnação. Impossibilidade. Coisa julgada: Este STJ já se manifestou diversas vezes em que não é possível alterar o critério

fixado na sentença de conhecimento, com trânsito em julgado, para o cálculo do valor patrimonial da ação, sob pena de ofensa ao instituto da coisa julgada.

2. Agravo regimental a que se nega provimento. (EDcl no Ag n. 953.968-RS, Relator o eminente Ministro *Luis Felipe Salomão*, Quarta Turma, DJe de 08.02.2010)

Com essas considerações, infere-se que o recurso especial não merece provimento neste ponto, devendo ser mantida a conclusão do v. aresto recorrido no sentido de que o diferencial acionário restou definido no comando judicial que transitou em julgado, sendo vedada nova discussão sobre a matéria na fase de cumprimento de sentença, sob pena de violação à coisa julgada material.

II - MULTA DO ART. 475-J DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL:

Por sua vez, o art. 475-J do Código de Processo Civil assim estabelece:

Art. 475-J. Caso o devedor, condenado ao pagamento de quantia certa ou já fixada em liquidação, não o efetue no prazo de quinze dias, o montante da condenação será acrescido de multa no percentual de dez por cento e, a requerimento do credor e observado o disposto no art. 614, inciso II, desta Lei, expedir-se-á mandado de penhora e avaliação.

§ 1º Do auto de penhora e de avaliação será de imediato intimado o executado, na pessoa de seu advogado (arts. 236 e 237), ou, na falta deste, o seu representante legal, ou pessoalmente, por mandado ou pelo correio, podendo oferecer impugnação, querendo, no prazo de quinze dias.

§ 2º Caso o oficial de justiça não possa proceder à avaliação, por depender de conhecimentos especializados, o juiz, de imediato, nomeará avaliador, assinando-lhe breve prazo para a entrega do laudo.

§ 3º O exequente poderá, em seu requerimento, indicar desde logo os bens a serem penhorados.

§ 4º Efetuado o pagamento parcial no prazo previsto no *caput* deste artigo, a multa de dez por cento incidirá sobre o restante.

§ 5º Não sendo requerida a execução no prazo de seis meses, o juiz mandará arquivar os autos, sem prejuízo de seu desarquivamento a pedido da parte. (grifo nosso)

Da análise do *caput* do art. 475-J do Estatuto Processual, depreende-se que para a incidência da multa ali prevista é necessário o preenchimento de requisitos essenciais e cumulativos, a seguir indicados.

1º requisito: Há de se tratar de cumprimento de obrigação, prevista em título judicial, de pagar quantia certa ou, em caso de iliquidez do título, de

quantia fixada em liquidação. Com efeito, “para que incida o caput do art. 475-J, é preciso que a dívida seja líquida; enquanto não for liquidado o valor da obrigação pecuniária devida, não se pode falar em inadimplemento, muito menos de multa sobre o montante que não se sabe qual é. Eis a razão do trecho do *caput*: condenado o devedor ao pagamento de quantia certa ou já fixada em liquidação” (DIDIER JR., Fredie, Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira. *Curso de Direito Processual Civil: Direito probatório, decisão judicial, cumprimento e liquidação da sentença e coisa julgada*, Vol. 2, 2ª ed., Bahia: Jus Podivm, 2008, p. 516).

O *caput* do art. 475-I do Estatuto Processual Civil estabelece que, nas condenações em que se determine obrigação por quantia certa, o cumprimento de sentença far-se-á por execução. Por sua vez, o citado art. 475-J, também em seu *caput*, dispõe acerca da forma como deve-se processar esse cumprimento, prevendo a possibilidade de aplicação de multa para os casos em que o devedor/executado não satisfizer, voluntariamente, no prazo de quinze dias, a obrigação constante do título executivo, devendo esta se referir a quantia certa ou já fixada em liquidação.

Sob esse prisma, leciona o ilustre doutrinador Araken de Assis:

O art. 475-J, *caput*, não estabelece qualquer procedimento especial para se realizar o depósito. Mas, como o prazo de espera flui a partir do momento em que o crédito se torna exigível, e a exigibilidade assenta na liquidez, presume-se que o executado conheça precisamente o valor da dívida, porque indicada no título ou resultante do provimento que julga a liquidação (...). O objetivo da multa pecuniária consiste em tornar vantajoso o cumprimento espontâneo e, na contrapartida, onerosa a execução para o devedor recalcitrante.

(in *Cumprimento de Sentença*. 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 222, grifo nosso)

Cabe salientar que a obrigação de que trata o referido dispositivo legal pode advir de decisão judicial que condene a parte, originariamente, a pagar determinado valor ou pode resultar da conversão em perdas e danos de condenação ao adimplemento de obrigação de outra natureza (fazer, não fazer ou entregar coisa, por exemplo). Basta que se trate de execução de obrigação líquida, certa e exigível.

É certo que o cumprimento de sentença condenatória em que se determine obrigação de fazer ou não fazer ou de entregar coisa está sujeito às regras dos arts. 461 e 461-A do CPC. No entanto, uma vez convertidas essas obrigações em perdas e danos (tutela substitutiva), por requerimento do

credor ou por impossibilidade da tutela específica ou de obtenção do resultado prático esperado, a execução passa a ser regulada pelo disposto nos arts. 475-J e seguintes do Estatuto Processual Civil, desde que a indenização se relacione a quantia certa ou determinada em liquidação.

Nessa linha de entendimento, convém citar a seguinte lição doutrinária, *in litteris*:

A conversão da obrigação de fazer ou não fazer em perdas e danos exigirá, necessariamente a instauração de um incidente cognitivo durante a fase de execução do julgado. É nesse incidente cognitivo que deverão ser apuradas as questões relativas à superveniência e relatividade da impossibilidade de realização do objeto obrigacional, bem como será aferida, a partir das circunstâncias concretas, a existência de culpa (lato sensu) do devedor. É também nesse incidente que deverá ser apurado o valor relativo à conversão da prestação em perdas e danos.

(...)

Concluindo-se pela responsabilidade do devedor/executado e apurado o valor da indenização a ser paga, seguir-se-á o procedimento de efetivação das decisões que impõem obrigação de pagar quantia (art. 475-J e seguintes, CPC).

(DIDIER JR., Fredie, Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira. *Curso de Direito Processual Civil: Direito probatório, decisão judicial, cumprimento e liquidação da sentença e coisa julgada*, Vol. 2, 2ª ed., Bahia: Jus Podivm, 2008, p. 389, grifo nosso)

Nesse ínterim, convertida a obrigação de fazer em perdas e danos (CPC, art. 461, § 1º), o cumprimento de sentença deve ser processado por execução, nos moldes dos arts. 475-J e seguintes do Código de Processo Civil, desde que seja conhecido o *an debeatur* e o *quantum debeatur*.

2º requisito: Após a intimação do devedor, pessoalmente ou na pessoa de seu advogado, por publicação na imprensa oficial, aquele deixar transcorrer *in albis* o prazo de quinze dias, previsto no art. 475-J do CPC, para o adimplemento voluntário do valor constante da sentença condenatória ou de sua liquidação.

A respeito do tema, a eg. Corte Especial deste Pretório possui orientação jurisprudencial consagrada no sentido de que, para o cumprimento voluntário do julgado, deve o devedor ser intimado, por meio de seu advogado, sendo-lhe disponibilizado, a partir daí, o prazo de quinze dias para efetuar o pagamento do montante condenatório, sob pena de incidência da multa do art. 475-J do CPC.

Com efeito, “concedida a oportunidade para o adimplemento voluntário do crédito exequendo, o não pagamento no prazo de quinze dias importará

na incidência de multa no percentual de dez por cento sobre o montante da condenação (art. 475-J do CPC), compreendendo-se o termo inicial do referido prazo o primeiro dia útil seguinte à data da publicação de intimação do devedor na pessoa de seu advogado, na Imprensa Oficial (...). O cumprimento da sentença não se efetiva de forma automática, ou seja, logo após o trânsito em julgado da decisão. De acordo com o art. 475-J combinado com os arts. 475-B e 614, II, todos do CPC, cabe ao credor o exercício de atos para o regular cumprimento da decisão condenatória, especialmente requerer ao juízo que dê ciência ao devedor sobre o montante apurado, consoante memória de cálculo discriminada e atualizada. Na hipótese em que o trânsito em julgado da sentença condenatória com força de executiva (sentença executiva) ocorrer em sede de instância recursal (STF, STJ, TJ e TRF), após a baixa dos autos à Comarca de origem e a aposição do 'cumpra-se' pelo juiz de primeiro grau, o devedor haverá de ser intimado na pessoa do seu advogado, por publicação na imprensa oficial, para efetuar o pagamento no prazo de quinze dias, a partir de quando, caso não o efetue, passará a incidir sobre o montante da condenação, a multa de 10% (dez por cento) prevista no art. 475-J, *caput*, do Código de Processo Civil" (REsp n. 940.274-MS, Corte Especial, Relator para acórdão o eminente Ministro *João Otávio de Noronha*, DJe de 31.05.2010).

3º requisito: Tratar-se de execução de condenação transitada em julgado, como ocorre na espécie.

É que a respeito de execução provisória, doutrina e jurisprudência têm-se dividido em duas correntes principais. Uma, repelindo a incidência do referido dispositivo em caso de execução provisória, considerando necessária a existência de decisão judicial transitada em julgado (cf. FREDIE DIDIER JUNIOR, HUMBERTO THEODORO JÚNIOR e CARLOS ALBERTO ALVARO OLIVEIRA) e outra, entendendo plenamente devida sua utilização para os casos de descumprimento de sentença sujeita a recurso ao qual não foi atribuído efeito suspensivo, ou seja, execução de caráter provisório (cf. ARAKEN DE ASSIS, ATHOS GUSMÃO CARNEIRO, ALEXANDRE FREITAS CÂMARA, CASSIO SCARPINELLA BUENO e RODRIGO BARIONI).

No entanto, deixa-se aqui de examinar, com profundidade, essa questão, sobretudo porque, como dito, na hipótese dos autos, o deslinde da controvérsia independe dessa avaliação, pois cuida-se de execução definitiva, o que, a rigor, e desde que cumpridos os dois outros requisitos anteriores, possibilita a incidência da referida multa. Ademais, a c. Corte Especial deste Tribunal está analisando o

mérito do tema, no REsp n. 1.059.478-RS, de relatoria do eminente Ministro *Luis Felipe Salomão*, que concluiu pela viabilidade de cominação da multa do art. 475-J às execuções provisórias, no que foi acompanhado pelo e. Ministro *Felix Fischer*. Abriu divergência o e. Ministro *Aldir Passarinho Junior*, salientando que essa cominação somente pode advir do trânsito em julgado da sentença. Nesse ponto do julgamento do feito houve o pedido de vista da e. Ministra *Nancy Andrigbi*, ficando suspenso.

De qualquer sorte, afastada, no caso em comento, a polêmica discussão doutrinária e jurisprudencial sobre esse **terceiro requisito** - por se tratar a hipótese de execução de condenação transitada em julgado, sobre a qual não há nenhuma divergência quanto à aplicação da multa do art. 475-J do CPC -, tem-se que, nos presentes autos, deve ser verificada a efetiva observância dos outros dois pressupostos.

No caso *sub judice*, a ora recorrida - *Maria Isabel Bristott* - ajuizou contra a Brasil Telecom S/A ação ordinária, objetivando a complementação do diferencial acionário relativo à dobra de ações resultante da cisão parcial da CRT. Julgado procedente o pedido veiculado na inicial e verificada a impossibilidade de cumprimento da decisão, converteu-se a obrigação de fazer (subscrição de ações) em perdas e danos, nos termos do art. 461, § 1º, do CPC, estipulando-se, expressamente, o critério de cálculo do *quantum* indenizatório.

Após o trânsito em julgado e o retorno dos autos ao Juízo de origem, a parte exequente apresentou o pedido de cumprimento de sentença, devidamente instruído com memória discriminada e atualizada do cálculo, na forma dos arts. 475-B e 475-J do Estatuto Processual (fls. 197-203). Devidamente intimada, apresentou emenda ao pedido executivo. A seguir, o Juízo da 3ª Vara Cível do Foro Central da Comarca de Porto Alegre, intimou a executada, em nome de seu advogado, por publicação na imprensa oficial, para pagamento do montante do débito, sob pena de aplicação da multa prevista no art. 475-J, conforme salienta a própria recorrente em suas petições recursais (fls. 2-50 e 291-295). No entanto, ultrapassado o prazo de quinze dias, contado a partir dessa intimação, a Brasil Telecom S/A não adimpliu voluntariamente o débito, o que ensejou a aplicação da multa supracitada (fls. 211-220 e 248-260).

Com isso, conclui-se que foram preenchidos os requisitos necessários à aplicação do disposto no art. 475-J do CPC, como se explica na sequência. Trata-se de condenação ao pagamento de quantia certa, na medida em que, no v. acórdão exequendo, conforme anteriormente delineado, houve expressa

consignação do diferencial acionário devido em favor da ora recorrida, a título de dobra acionária, bem como da forma de cálculo da indenização, tendo por base a cotação da ação na data da cisão (fls. 204-209). Assim, a execução está embasada em título judicial líquido, certo e exigível, dependendo de simples cálculo aritmético, na forma do art. 475-B do Código de Processo Civil, para o seu cumprimento. No mais, a parte executada foi devidamente intimada, por meio de seu advogado, por despacho publicado na imprensa oficial - sendo despicienda sua intimação pessoal -, para cumprimento voluntário da condenação. Todavia, no lapso temporal previsto em lei, não adimpliu a obrigação inserta no título judicial.

Portanto, entende-se viável o processamento da execução na forma do art. 475-J e seguintes do Código de Processo Civil, com a imposição da multa nele prevista. Deve, assim, ser mantido o v. aresto recorrido, ainda que por outros fundamentos, já que nele, conquanto existente nos autos a intimação do devedor, na pessoa de seu advogado, por nota de expediente, concluiu-se por sua desnecessidade, tal como da intimação pessoal.

III - RETENÇÃO DO IMPOSTO DE RENDA, NA FONTE, INCIDENTE SOBRE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS:

Por fim, assiste razão à recorrente nesse tópico.

Esta eg. Corte de Justiça orienta-se no sentido da auto-aplicabilidade do disposto no art. 46 da Lei n. 8.541/1992. Desse modo, é cabível a retenção do imposto de renda pela pessoa física ou jurídica obrigada ao pagamento dos honorários advocatícios no momento em que o rendimento se torne disponível ao beneficiário.

Efetivamente, “prevalece neste Sodalício o entendimento de ser auto-aplicável o disposto no art. 46 da Lei n. 8.541/1992, que reza que ‘o imposto sobre a renda incidente sobre os rendimentos pagos em cumprimento de decisão judicial será retido na fonte pela pessoa física ou jurídica obrigada ao pagamento, no momento em que, por qualquer forma, o rendimento se torne disponível para o beneficiário’. A exceção contida no inciso II do § 1º do art. 46 da Lei n. 8.541/1992 não ilide a auto-aplicação das disposições contidas no *caput* do mesmo dispositivo, ou seja, que a retenção do imposto de renda na fonte cabe à pessoa física ou jurídica obrigada ao pagamento dos honorários advocatícios no momento em que o rendimento se torne disponível para o beneficiário” (REsp n. 687.437-RS, 2ª Turma, Relator o saudoso Ministro *Franciulli Netto*, DJ de 27.01.2006).

Julgando demandas similares à dos presentes autos, em que figura como parte a Brasil Telecom S/A, podem ser mencionados os seguintes precedentes das Turmas que compõem a eg. Segunda Seção deste Tribunal: AgRg no REsp n. 1.115.496-RS, Relator o Ministro *Massami Uyeda*, Terceira Turma, DJe de 1º.07.2010; AgRg no REsp n. 1.138.863-RS, Relator o Ministro *Luis Felipe Salomão*, Quarta Turma, DJe de 04.06.2010; AgRg no Ag n. 1.063.512-RS, Relator o Ministro *João Otávio de Noronha*, Quarta Turma, DJe de 15.06.2009; AgRg no Ag n. 999.711-RS, Relator o Ministro *Aldir Passarinho Junior*, Quarta Turma, DJe de 03.11.2008.

Diante do exposto, dá-se parcial provimento ao recurso especial, apenas para possibilitar a retenção do imposto de renda sobre os honorários advocatícios, nos termos da fundamentação.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.147.713-PB (2009/0129208-0)

Relatora: Ministra Maria Isabel Gallotti

Recorrente: Luzia Estêvão Fernandes

Advogado: Bruno de Andrade Lage - Defensor Público da União

Recorrido: Caixa Econômica Federal - CEF

Advogado: Carlos Alberto de Castro e Silva e outro(s)

EMENTA

Recurso especial. Sistema Financeiro da Habitação. Decreto-Lei n. 70/1966. Ação de anulação de execução extrajudicial. Intimação pessoal para purgação da mora. Intimação editalícia data leilões. Ausência de irregularidades. Avaliação do imóvel.

1. O acórdão recorrido, com base na análise dos documentos constantes dos autos, considerou que foi promovida a intimação pessoal para a purgação da mora e também a intimação por meio de

editado para o primeiro e o segundo leilão após a recorrente haver se recusado a assinar a intimação a ela dirigida. Rever esta conclusão encontra obstáculo na Súmula n. 7.

2. O rito da execução extrajudicial disciplinada pelo Decreto-Lei n. 70/66, reiteradamente proclamado compatível com a Constituição de 1988 pelo STF, não prevê etapa formal de avaliação do imóvel, ao contrário do que sucede em execuções promovidas em juízo. Embora o procedimento seja mais abreviado do que o das execuções judiciais, a posse do imóvel somente será transferida para o adquirente mediante ação de imissão de posse perante o Poder Judiciário, a qual, após a contestação, assumirá o rito ordinário, ensejando o mais pleno contraditório, inclusive acerca da publicidade dada à execução e do valor da alienação (Decreto-Lei n. 70/1966, art. 37, § 2º). Igualmente é possível o controle de legalidade do procedimento, durante o seu próprio curso, pelos meios processuais adequados, ou, após o seu desfecho, mediante a propositura de ação de anulação da execução extrajudicial, no âmbito da qual pode ser requerida antecipação de tutela ou ajuizada medida cautelar incidental.

3. Hipótese em que não se alega, na ação anulatória, a transferência da propriedade por valor irrisório ou mesmo inferior ao de mercado, outro motivo a evidenciar a falta de relevância da alegação, deduzida apenas em grau de apelação, de nulidade por ausência de prévia formalidade de avaliação do imóvel no procedimento de execução extrajudicial.

4. Recurso especial conhecido em parte, e nessa parte, desprovido.

ACÓRDÃO

A Turma, por unanimidade, conheceu em parte do recurso especial, e nessa parte, negou-lhe provimento, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Aldir Passarinho Junior, João Otávio de Noronha, Luis Felipe Salomão e Raul Araújo votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília (DF), 23 de novembro de 2010 (data do julgamento).

Ministra Maria Isabel Gallotti, Relatora

DJe 15.12.2010

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Maria Isabel Gallotti: Trata-se de recurso especial interposto contra acórdão proferido pela 2ª Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, assim ementado:

SFH. Ação de anulação de execução extrajudicial. Ocorrência da notificação. Regularidade do procedimento estabelecido no DL n. 70/1966.

1. A execução extrajudicial levada a efeito pela instituição credora rege-se pelo Decreto-Lei n. 70/1966 que estabelece expressamente, nos seus arts. 31, parágrafo 1º e 32, a forma de notificação do mutuário sobre os atos executórios.

2. Procedeu corretamente a instituição financeira, haja vista que tentou promover à notificação pessoal dos mutuários, através do Cartório de Títulos e Documentos, dando-lhes oportunidade de purgar a mora, no prazo de 20 dias, conforme se verifica dos documentos juntados às fls. 80 e 84. Todavia, restou frustrada tal notificação, haja vista que a autora se recusou a assinar.

3. Não logrando êxito em relação à notificação pessoal, a instituição financeira promoveu a notificação por edital intimando os mutuários e informando-os da realização do leilão (fls. 85 a 93), conforme estabelece o art. 32 do DL n. 70/1966. Dessa feita, agiu regularmente a CEF.

4. Verifica-se, assim, a validade da execução extrajudicial promovida pela instituição financeira, por esta ter observado corretamente o procedimento previsto no DL n. 70/1966.

5. Apelação improvida.

Em suas razões, a recorrente alega violação aos arts. 31, § 2º, e 32, § 1º, do Decreto-Lei n. 70/1966, argumentando não haverem sido esgotados os meios para sua intimação pessoal antes de realizada a intimação por edital, além de divergência jurisprudencial em relação à necessidade de prévia avaliação do bem a ser leiloado, nos casos de execução extrajudicial de imóveis adquiridos pelo Sistema Financeiro da Habitação.

Requer, ao final, a nulidade do processo de execução extrajudicial movido pela Caixa Econômica Federal (fls. 206-207).

A recorrida, nas contrarrazões de fls. 224-331, aduz, em suma, que a tese da recorrente implica o reexame do contexto fático-probatório dos autos e que não foi obedecido o comando legal contido no art. 255, do RISTJ, a respeito do necessário cotejo analítico. Afirma a CEF que ficou assentado no acórdão recorrido o cumprimento das formalidades prescritas no Decreto-Lei

n. 70/1966, estabelecendo de procedimento especial, com o qual manifesta concordância o mutuário quando da assinatura do contrato, levado a efeito por terceiro devidamente credenciado pelo Bacen, o agente fiduciário.

Argumenta, ainda, que esse procedimento tem como finalidade manter o fluxo de retorno dos recursos emprestados no âmbito do Sistema Financeiro da Habitação e que, embora possibilite a execução extrajudicial do contrato, a imissão de posse depende de decisão em processo perante o Poder Judiciário no âmbito do qual será possível amplo contraditório. Alega que o contrato foi executado após anos de mora e que os recorrentes continuam a morar no imóvel sem nada pagar.

O recurso foi admitido à fl. 234.

VOTO

A Sra. Ministra Maria Isabel Gallotti (Relatora): Primeiramente, vejo que não existem irregularidades no tocante à notificação da recorrente para o leilão do imóvel objeto da demanda. A respeito do tema, o acórdão recorrido assim delimitou a controvérsia:

1. A apelante alega que não foi notificada pessoalmente acerca da adjudicação, e que por isso a execução restaria nula.

2. A execução extrajudicial levada a efeito pela instituição credora rege-se pelo Decreto-Lei n. 70/1966 que estabelece expressamente, nos seus arts. 31, parágrafo 1º e 32, a forma de notificação do mutuário dos atos executórios:

Art. 31.

(...)

1º Recebida a solicitação da execução da dívida, o agente fiduciário, nos dez dias subseqüentes, promoverá a notificação do devedor, por intermédio de Cartório de Títulos e Documentos, concedendo-lhe o prazo de vinte dias para a purgação da mora.

Art. 32 - Não acudindo o devedor à purgação do débito, o agente fiduciário estará de pleno direito autorizado a publicar editais e efetuar, no decurso dos 15 (quinze) dias imediatos, o primeiro público leilão do imóvel hipotecado.

3. Assim, *procedeu corretamente a instituição financeira, haja vista que promoveu à notificação pessoal da mutuária, dando-lhe oportunidade de purgar a mora, no prazo de 20 dias, conforme se verifica do documento juntado às fls. 80 e 84.*

4. Ressalte-se que a CEF promoveu, ainda, a notificação por edital intimando a apelante e informando-a da realização do primeiro e do segundo leilão (fls. 85 a 93). Dessa feita, agiu regularmente a CEF.

5. Não há como conceber a anulação da execução extrajudicial do referido imóvel já que a instituição credora a promoveu de forma adequada. Inexiste qualquer vício a ensejar a ineficácia do referido procedimento. (...)

7. Assim, *procedeu corretamente a instituição financeira, haja vista que tentou promover à notificação pessoal da mutuária, através do Cartório de Títulos e Documentos, dando-lhe oportunidade de purgar a mora, no prazo de 20 dias, conforme se verifica dos documentos juntados às fls. 80 e 84. Todavia, a mesma se negou a assinar.*

8. Nesse passo, *as alegações de que a execução extrajudicial deve ser anulada por descumprimento dos procedimentos previstos no DL n. 70/1966, não restaram comprovadas.* (...)

(grifei)

Dessa forma, observo que o posicionamento do Tribunal de origem encontra-se inteiramente de acordo com o entendimento desta Corte, segundo o qual “nos termos estabelecidos pelo parágrafo primeiro do art. 31 do DL n. 70/1966, a notificação pessoal do devedor, por intermédio do Cartório de Títulos e documentos, é a forma normal de cientificação do devedor na execução extrajudicial do imóvel hipotecado. Todavia, frustrada essa forma de notificação, é cabível a notificação por edital, nos termos do parágrafo segundo do mesmo artigo, inclusive para a realização do leilão.” (EAg n. 1.140.124-SP, Corte Especial, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, DJe 21.06.2010).

No caso em exame, o acórdão recorrido, com base na análise dos documentos constantes dos autos, considerou que foi promovida a intimação pessoal para a purgação da mora e também a intimação por meio de edital para o primeiro e o segundo leilão após a recorrente haver se recusado a assinar a intimação a ela dirigida.

Logo, é clara a incidência do Verbete Sumular n. 83-STJ, em relação a esse tópico.

Do mesmo modo, em relação à suposta ausência de avaliação do imóvel leiloadado, observo que melhor sorte não assiste à recorrente. O Tribunal de origem firmou entendimento, à fl. 190, no sentido de que a recorrida se utilizou de “prerrogativa conferida pela própria norma jurídica (DL n. 70/1966) e também pelo instrumento contratual firmado com a mutuária, não havendo qualquer ilegalidade no referido ato executório”, motivos pelos quais não

existiriam “elementos capazes de ensejar a anulação do leilão do imóvel em apreço, haja vista que não restou comprovada nenhuma irregularidade por parte da instituição financeira ao proceder tal execução”.

Segundo enfatizado pelo acórdão recorrido, foi seguido a risca o procedimento estabelecido pelo Decreto-Lei n. 70/1966, cujos arts. 31 e 32 não fazem menção à formalidade de avaliação do imóvel, ao contrário do que sucede em execuções judiciais, donde a inaplicabilidade, ao caso em exame, de precedentes jurisprudenciais relativos à execução da Lei n. 5.741/1971 e art. 680 e seguintes do CPC.

É certo que a jurisprudência da 4ª Turma registra precedente, da relatoria do eminente Ministro *Barros Monteiro* (REsp n. 480.475-RS), invocado como paradigma no recurso especial, segundo o qual tanto na execução judicial prevista na Lei n. 5.741/1971, quando na execução hipotecária extrajudicial instituída pelo Decreto-Lei n. 70/1966, a prévia avaliação do imóvel a ser alienado constitui uma exigência para a garantia do mutuário e de terceiros eventualmente interessados.

Observo que o voto condutor do mencionado acórdão baseou-se em doutrina relacionada a execuções processadas em juízo, considerando que “a avaliação se impõe por ser uma das fases do processo de execução, intermediária entre a penhora e a arrematação, cuja finalidade é a fixação de uma estimativa precisa para converter em dinheiro o objeto da penhora” (...)

Conforme ressaltado, todavia, pelo voto vencido do Ministro *Aldir Passarinho Junior* no mencionado REsp n. 480.475-RS, “o Decreto-Lei n. 70 dá um rito próprio à execução e é uma opção do agente financeiro. Dessa forma estaríamos criando uma exigência que não é da lei. Muito embora louvável a cautela, não existe na lei essa obrigação; nem haveria, inclusive, como se disciplinar essa avaliação, porque, como o processo é feito extrajudicialmente, não se teria como proceder a uma perícia judicial e não se sabe o que poderia substituí-la (...)”. Ademais, na linha do exposto no voto também vencido do Ministro *Fernando Gonçalves*, “no caso do Decreto-Lei n. 70 o valor da execução é o do saldo devedor.”

Acrescento que o rito da execução extrajudicial disciplinado pelo Decreto-Lei n. 70/1966 já foi reiteradamente proclamado compatível com a Constituição de 1988 pelo Supremo Tribunal e também pelo STJ. Embora o procedimento seja mais abreviado do que o das execuções judiciais, a posse do imóvel somente

será transferida para o adquirente mediante ação de imissão de posse perante o Poder Judiciário, a qual, após a contestação, assumirá o rito ordinário, ensejando o mais pleno contraditório, inclusive acerca da publicidade dada à execução e do valor da alienação (Decreto-Lei n. 70/1966, art. 37, § 2º). Igualmente é possível o controle de legalidade do procedimento, durante o seu próprio curso, pelos meios processuais adequados, ou, após o seu desfecho, mediante a propositura de ação de anulação da execução extrajudicial, no âmbito da qual pode ser requerida antecipação de tutela ou ajuizada medida cautelar incidental.

A pretensão de inserir, no rito da execução extrajudicial, a disciplina própria das execuções procedidas em juízo (aplicação de regras do CPC), sem a possibilidade de imprimir-lhe a eficácia prática de, ao final, chegar ao desapossamento do bem com sua entrega ao adquirente, consequência esta inerente apenas à execução judicial, além de todos os expedientes de controle concomitantes e posteriores, por meio do uso das vias processuais cabíveis, acabaria por retirar qualquer utilidade e sentido do rito do Decreto-Lei n. 70/1966, procedimento instituído com a finalidade de favorecer o fluxo de retorno dos recursos emprestados no âmbito do Sistema Financeiro da Habitação. Reitero que a execução extrajudicial do Decreto-Lei n. 70/1966 é opção contratual tida por recebida pela CF de 1988, na linha da pacífica jurisprudência do STF e do STJ.

Assinalo, ainda, que a recorrente não alegou, na inicial, como causa de nulidade da execução extrajudicial, a falta de avaliação e nem muito menos tenha a arrematação sido realizada por valor ínfimo ou mesmo inferior ao de mercado (e-STJ 3-15). A alegação de que não havia sido documentada nos autos do “presente processo judicial” (ação de anulação de leilão) a avaliação do imóvel somente surgiu na apelação, mas também nesta não se alegou prejuízo resultante do valor pelo qual foi transferida a propriedade do bem. Assim, nenhum prejuízo se alega haver sofrido a recorrente em decorrência da suposta falta de avaliação do bem (e-STJ 169-170).

Dessa forma, a tese defendida pela recorrente requer o reexame de elementos fático-probatórios colhidos ao longo da demanda, circunstância que acarreta o óbice intransponível das Súmulas n. 5 e 7-STJ.

Em face do exposto, conheço em parte do recurso especial, e nessa parte, nego-lhe provimento.

RECURSO ESPECIAL N. 1.193.886-SP (2010/0085554-5)

Relator: Ministro Luis Felipe Salomão

Recorrente: Jorge Delmanto Bouchabki e outros

Advogado: Daniela de Oliveira Tourinho e outro(s)

Recorrido: Paulo José da Costa Júnior

Advogado: Sérgio Luiz Vilella de Toledo e outro(s)

EMENTA

Responsabilidade civil. Dano moral. Obra jurídico-informativa que faz ilações sobre a autoria de crime de repercussão nacional. Assertivas adstritas ao âmbito das cogitações. Prudência do autor evidenciada. Indenização indevida.

1. Com exceção das hipóteses de responsabilidade objetiva previstas no sistema de responsabilidade civil, não se concebe o dever de indenização se ausente o dolo, a culpa ou o abuso de direito.

2. No caso, as “conclusões” a que chegou o réu, no âmbito de obra jurídica intitulada “Crimes Famosos”, acerca do “Crime da Rua Cuba”, encontram-se no âmbito das incertezas razoáveis, das ilações plausíveis, as quais, aliás, podem estimular o estudo e a formação acadêmica do profissional do direito - a quem, principalmente, era dirigida a obra. O recorrido não se descuroou, antes de proclamar as assertivas ora acoimadas por ofensivas pelos recorrentes, de ressaltar que se tratava de “conclusão possível”, de inclinação à “versão por muitos abraçada”, de “cenário, por muitos vislumbrado”, no qual não haveria imperfeição lógica.

3. É evidente que não se permite a leviandade por parte de quem informa e a publicação absolutamente inverídica que possa atingir a honra de qualquer pessoa, porém não é menos certo, por outro lado, que da atividade informativa não são exigidas verdades absolutas, provadas previamente em sede de investigações no âmbito administrativo, policial ou judicial. Exige-se, em realidade, uma diligência séria que vai além de meros rumores, mas que não atinge, todavia, o rigor judicial ou pericial, mesmo porque os meios de informação não possuem aparato técnico ou coercitivo para tal desiderato.

4. Ademais, ressalte-se que a educação e o ensino são regidos pelo princípio da “liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber” (art. 205, inciso II, da CF/1988 e art. 3º, inciso II, da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional - Lei n. 9.394/1996), positivamente esta que protege e garante a máxima, por todos conhecida, de que os espaços acadêmicos - e, por consequência, a literatura a estes direcionada - são ambientes propícios à liberdade de expressão e genuinamente vocacionados a pesquisas e conjecturas.

5. Recurso especial improvido.

ACÓRDÃO

A Turma, por maioria, negou provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Votou vencida a Sra. Ministra Maria Isabel Gallotti.

Os Srs. Ministros Raul Araújo, Aldir Passarinho Junior e João Otávio de Noronha votaram com o Sr. Ministro Relator.

Dr(a). Samuel Mac Dowell de Figueiredo, pela parte recorrente: Jorge Delmanto Bouchabki

Brasília (DF), 09 de novembro de 2010 (data do julgamento).

Ministro Luis Felipe Salomão, Relator

DJe 07.02.2011

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Luis Felipe Salomão: 1. Jorge Delmanto Bouchabki, Marcelo Delmanto Bouchabki e Graziela Delmanto Bouchabki ajuizaram ação de reparação por danos morais em face de Paulo José da Costa Júnior.

Noticiaram na inicial que, em 24 de dezembro de 1988, Jorge Toufic Bouchabki e Maria Cecília Delmanto Bouchabki, pai e mãe dos autores, foram encontrados mortos em seu quarto, episódio este amplamente noticiado pela imprensa como o “Crime da Rua Cuba”. O primeiro requerente - Jorge Delmanto Bouchabki - foi denunciado pelo Ministério Público do Estado de São Paulo como autor do crime, sendo que, em 10.12.1990, o Juízo da 5ª Vara do

Júri proferiu decisão de impronúncia, nos termos da lei processual penal. Depois de passados dez anos do crime, o Ministério Público Estadual buscou, uma vez mais, a reabertura do processo criminal, pretensão esta indeferida, notadamente - segundo alegaram os autores - em razão de extinção da punibilidade pela ocorrência da prescrição.

Após catorze anos dos fatos, o réu da presente ação publicou livro intitulado “Crimes Famosos”, coletânea de comentários acerca de diversos casos criminais, dentre os quais o chamado “Crime da Rua Cuba”, a respeito do qual foram dedicadas cerca de 70 páginas. Após discorrer sobre as circunstâncias do crime e de reproduzir trechos da denúncia e da decisão final, o réu, em capítulo que intitula de “conclusão”, afirmou: “Maria Cecília foi morta pelo marido. E este teria sido assassinado pelo filho” (Jorge Delmanto Bouchabki, primeiro autor).

No mesmo sentido foi a entrevista do réu concedida em programas de rádio e televisão, nos quais teria afirmado a conclusão “...de que, juntando tudo, quem matou Cecília foi o marido, e o filho veio a matar o pai” (fl. 08).

Nesse passo, afirmam os autores que as declarações do réu, proferidas no livro e na entrevista, são caluniosas, não só ao primeiro autor, Jorge Delmanto Bouchabki, mas também atingindo os irmãos, pois afirma que o pai morto matou a mãe dos autores, Cecília Delmanto Bouchabki, razão pela qual requereram a condenação do réu em indenização por danos morais.

O Juízo de Direito da 16ª Vara Cível do Foro Central da Comarca de São Paulo-SP julgou improcedentes os pedidos autorais (fls. 747-753), entendimento este, em essência, mantido em grau de apelação, nos termos do acórdão assim ementado:

Indenização por Danos Morais. Ausência dos requisitos necessários à sua concessão. Preliminares rejeitadas. Honorários Advocatícios. Valor fixado que se mostra exorbitante, ensejando redução. Recurso parcialmente provido. (fl. 870)

Opostos embargos de declaração, foram eles rejeitados (fls. 900-906).

Sobreveio, assim, recurso especial fundado na alínea a do permissivo constitucional, no qual se alega ofensa ao art. 535, incisos I e II, do Código de Processo Civil, arts. 159, 1.525 e 1.526 do Código Civil de 1916 (correspondentes aos arts. 186, 927, 935 e 943 do Código Civil de 2002).

Em síntese, insurgem-se os recorrentes contra o acórdão por entenderem que a decisão, além de ser omissa, “concedeu autorização a quem quiser -

advogados renomados, como é o caso do recorrido, ou qualquer outra pessoa - a escreverem, publicarem, dizerem, alardearem em televisão, por toda a eternidade, que Jorge e os pais dos recorrentes são **assassinos**, sem que este e os demais sucessores de seus pais tenham direito a nada; sem que a sentença de impronúncia, confirmada pelo próprio Tribunal *a quo*, há catorze anos, possa produzir qualquer efeito jurídico” (fl. 952).

Assim, requerem os recorrentes a condenação do réu ao pagamento de indenização a) ao primeiro recorrente, Jorge Delmanto Bouchabki, pelos danos morais decorrentes da afirmação ofensiva de que teria matado o pai e b) aos três recorrentes, Jorge, Marcelo e Graziela, pelos danos morais decorrentes da afirmação ofensiva de que o pai morto teria matado sua mãe.

Contra-arrazoado (fls. 989-991), o especial foi inadmitido, ascendendo os autos a esta Corte por força de decisão proferida no Ag n. 862.458-SP.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Luis Felipe Salomão (Relator): 2. Afasto, de saída, a alegada ofensa ao art. 535 do CPC, porquanto o acórdão recorrido dirimiu as questões pertinentes ao litígio, afigurando-se dispensável que venha a examinar, uma a uma, as alegações e fundamentos expendidos pelas partes. Basta ao órgão julgador que decline as razões jurídicas que embasaram a decisão, não sendo exigível que se reporte de modo específico a determinados preceitos legais.

3. No mérito, o cerne da discussão gira em torno da eventual responsabilidade do ora recorrido - renomado criminalista e antigo professor da Faculdade de Direito do Largo do São Francisco - em indenizar os recorrentes por declarações proferidas em livro intitulado “Crimes Famosos”, precisamente em capítulo dedicado ao chamado “Crime da Rua Cuba”, no qual o autor da obra pronunciou conclusões acerca da autoria e das razões do crime, ocorrido no ano de 1988.

A causa de pedir também é fundada em entrevista concedida pelo recorrido a programa de televisão e rádio, no qual repete, em essência, o que já havia sido dito na obra escrita.

Na obra em comento, depois de iniciar o capítulo dedicado ao “Crime da Rua Cuba”, noticiando a estreita amizade que guardava com Dante Delmanto,

pai de Maria Cecília Delmanto Bouchabki, uma das vítimas do crime, o autor descreve os fatos que circundaram os acontecimentos daquela noite de 24 de dezembro de 1988 - segundo o apurado em inquérito policial e pelo Ministério Público Estadual -, transcrevendo *ipsis literis* a sentença que impronunciou Jorge Delmanto Bouchabki - primeiro autor da presente ação de indenização. Em seguida, passa ao subtítulo nomeado de “conclusão”, nos seguintes termos:

Até hoje, porém, não se chegou à conclusão definitiva e absoluta de quem foi o autor dos homicídios, apesar das exaustivas investigações realizadas. Note-se que houve até duas exumações dos cadáveres.

Atrevi-me a extrair, de todo o contexto, uma conclusão que me parece possível.

Parto do pressuposto de que os Delmanto não iriam auxiliar o sobrinho, se ele houvesse assassinado a irmã. Mesmo porque sobrinho é parente em terceiro grau e irmã o é em segundo grau. Recuso-me a aceitar que, se Jorginho tivesse assassinado a mãe, fosse ser auxiliado pelos tios.

Os fâmulos da casa foram excluídos da autoria do crime, pelas investigações minuciosas a que foram submetidos. Não tinham razões nem motivos para praticar o delito.

Quem teria matado Maria Cecília, se nenhum estranho penetrou na casa?

Só restava então como possível homicida o marido, com o qual Maria Cecília discurtira, na noite do crime, por causa do filho. Ao que parece, ela chegou a ser agredida pelo esposo.

As razões do assassinato da jovem permanecem nas sombras misteriosas e densas da dúvida. Ciúme? Desentendimentos pela educação do filho? Razões inúmeras percorrem a imaginação fértil de quem se põe a pensar.

Cheguei a exteriorizar meu ponto de vista a um dos juízes que instruiu o feito, no foro de Pinheiros, meu antigo discípulo nas Arcadas do Largo do São Francisco. E ele viu na minha versão graus de possibilidade.

Vai daí, inclino-me a aceitar versão por muitos abraçada, de que Maria Cecília foi morta pelo marido. E este teria sido assassinado pelo filho.

Aí se concebe então o auxílio que teria sido prestado ao sobrinho, por ter assassinado o pai.

Não posso admitir que tenham sido prestados auxílios materiais e espirituais a um sobrinho, que tivesse tirado a vida da mãe, que compunha a ilustre família Delmanto. Mas o sobrinho, que tira a vida de um cunhado, é coisa diversa. Principalmente se for em defesa da própria mãe.

Eis o cenário, por muitos vislumbrado, no qual não vejo imperfeição lógica, para o crime da rua Cuba: Jorginho matou o pai, após este ter assassinado a esposa. Uma solução que talvez possa ser acoimada de pirandelliana. De fato, *così è, se vi pare*.

4. Para a caracterização de ato ilícito, é imprescindível ofensa a normas de conduta preexistentes, de sorte não haver ilícito se inexistente procedimento contrário ao direito.

Não por acaso o art. 188, I, do atual Código Civil (que corresponde parcialmente ao art. 160 do CC/1916), proclama não constituir ato ilícito “os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido”.

Porém - não é menos verdade -, o exercício de qualquer direito deve-se adstringir ao âmbito da proporcionalidade, de sorte que aquele que, conquanto exercendo um direito reconhecido, atinge injustamente bem jurídico de outrem, causando-lhe mal desnecessário, comete abuso de direito, indenizável o dano também em resposta aos excessos do causador.

SILVIO RODRIGUES considera que:

o abuso de direito ocorre quando o agente, atuando dentro das prerrogativas que o ordenamento jurídico lhe concede, deixa de considerar a finalidade social do direito subjetivo, e, ao utilizá-lo desconsideradamente, causa dano a outrem. Aquele que exorbita no exercício do seu direito, causando prejuízo a outrem, pratica ato ilícito, ficando obrigado a reparar. Ele não viola os limites objetivos da lei, mas, embora os obedeça, desvia-se dos fins sociais a que esta se destina, do espírito que a norteia (*Direito Civil*. São Paulo: Saraiva, 1975, p. 49).

Portanto, com exceção das hipóteses de responsabilidade objetiva previstas no sistema de responsabilidade civil, não se concebe o dever de indenização se ausente o dolo, a culpa ou o abuso de direito.

Precisamente no que concerne aos ilícitos atentatórios contra a honra, mostra-se lapidar o magistério de RUI STOCO, que, dissertando acerca do elemento subjetivo de condutas desse jaez - por parte da doutrina chamado de *dolo específico* -, aduz que “há de emergir clara a intensão de beneficiar-se ofendendo, de enaltecer-se diminuindo ou ridicularizando o outro, ou de ofender, seja por mera emulação, retorsão, vingança, rancor ou maldade” (Tratado de Responsabilidade Civil. 6ª ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2004, p. 781).

5. Nesse passo, no caso posto em julgamento, a despeito do esforço argumentativo dos recorrentes, afigura-se acertada a decisão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

5.1. Primeiramente, não se extrai dos excertos transcritos na inicial, retirados da obra “Crimes Famosos”, qualquer intuito específico de denegrir

a imagem ou a honra do recorrido Jorge Delmanto Bouchabki, tampouco da memória do seu falecido pai.

Em realidade, as conclusões exaradas pelo autor da obra estão adstritas ao âmbito das suposições, cogitações e versões acerca do “Crime da Rua Cuba”.

Essa é a única solução a partir da leitura contextual do capítulo da obra que ensejou a presente demanda, notadamente dos seguintes trechos que destaco:

“Até hoje, porém, não se chegou à conclusão definitiva e absoluta de quem foi o autor dos homicídios”; “Atrevi-me a extrair, de todo o contexto, uma conclusão que me parece possível”; “Só restava então como possível homicida o marido, com o qual Maria Cecília discutira, na noite do crime”; “Vai daí, inclino-me a aceitar versão por muitos abraçada, de que Maria Cecília foi morta pelo marido. E este teria sido assassinado pelo filho”; “Eis o cenário, por muitos vislumbrado, no qual não vejo imperfeição lógica, para o crime da rua Cuba: Jorginho matou o pai, após este ter assassinado a esposa. Uma solução que talvez possa ser acoimada de pirandelliana. De fato, **cosi è, se vi pare**”. (sem grifo no original)

Daí já se percebe que as “conclusões” do recorrido acerca do crime, cujas investigações policiais envolveram como principal suspeito o primeiro autor, Jorge Delmanto Bouchabki, não possuem, de veras, a pretensão de imputar autoria certa e inquestionável a quem quer que seja, mas apenas de fazer ilações sobre versões possíveis e “abraçadas por muitos” acerca de crime que, como sói acontecer no caso de clamor público, acabou por permear a generalidade dos noticiários da época e, como agora se percebe, também da doutrina criminal.

Com efeito, muito embora as frases em relação às quais os recorrentes chamam a atenção possam causar estranheza ao julgador, quando analisadas isoladamente (por exemplo “Maria Cecília foi morta pelo marido. E este teria sido assassinado pelo filho” ou “Jorginho matou o pai, após este ter assassinado a esposa”), a bem da verdade, as teses voltadas à responsabilidade civil do recorrido não sobrevivem depois da análise contextual das declarações pretensamente ofensivas.

5.2. Por outro lado, em relação ao dolo com o qual teria agido o recorrido ao conceder entrevista sobre o livro, também não colhe êxito a irresignação, porquanto, a despeito da degravação das falas constante da inicial, não se pode, com segurança, extrair da palavra escrita, limitada que é por natureza, a aparente intenção do emissor das declarações orais.

Para melhor compreensão, transcrevo os fundamentos da sentença, no que concerne à entrevista veiculada no “Programa Jô Soares”, transmitido pela Rede Globo de Televisão e pela Rádio CBN:

A entrevista teve início com a apresentação do paciente, definido como um dos grandes advogados criminalistas do País. Em seguida, foram feitas referências aos seus livros editados e a particularidade de seu passado e de sua mocidade. E no desenrolar dela, após referências a um criminoso denominado Meneghetti e ao crime envolvendo PC Farias, o apresentador indagou-lhe sobre o crime da Rua Cuba.

O paciente, então, fez uma breve referência a sua amizade com o Advogado Dante Delmanto e, instado, fez um apanhado muito rápido do fato em si, para concluir que Jorge Toufic Bouchabki foi o autor da morte da esposa, Cecília, e que Jorge Delmanto Bouchabki, foi o autor da morte do primeiro.

(...)

Ninguém ofende por nada, sem razão e sem motivo, mormente quando sabe das conseqüências jurídicas decorrentes da conduta dessa natureza. Além disso, quem quer ofender não elogia. E o paciente, no curso da entrevista, não só esclareceu que Jorge Bouchabki havia sido absolvido, o que para o leigo dá a exata idéia de irresponsabilidade penal pelo ato imputado, como chegou a elogiá-lo, atribuindo a ele a característica de retidão moral.

(...)

Não bastasse isso, e como argumento principal, o fato objetivo é que o exame imparcial e sem conteúdo emocional da entrevista não dá ensejo a dúvida sobre a absoluta falta de intenção do paciente em ofender quem quer que fosse. Evidencia, sim, uma conclusão pessoal de um técnico, interessado no estudo do caso, de resto comentado por todos, juristas e leigos, e já inscrito nos anais da história judiciária, sem qualquer conotação com afirmações maldosas, direcionadas intencionalmente a ferir os querelantes e familiares.

No exame da fita não se pode sequer cogitar que o paciente, ainda que em momento infinitamente pequeno, estivesse imbuído, impregnado mesmo, da intenção menor de caluniar os querelantes ou ofender a memória de seu pai. Limitou-se a externar, porque instado, sua conclusão acerca dos crimes, após uma anterior análise técnica (no livro) dos dados, fatos e elementos circunstanciais dos homicídios, interpretando o fato em si em ensaio direcionado aos que lidam com o direito. (fls. 752-753)

Nesse particular, aliás, a sensibilidade do julgador, quando analisou o *habeas corpus* mencionado na sentença, deixou claro que:

No caso concreto, após o exame atento da gravação do áudio e captura de imagens da fita de vídeo ... e após tê-la assistido reiteradas vezes, e, ainda, sem descuidar que a avaliação de um delito contra a honra tem muito de subjetivo, não é possível qualificar de dolosa a conduta do paciente (e-STJ-fls 751).

Assim, pelo óbice da Súmula n. 7, a conclusão a que chegou o acórdão acerca da ausência de dolo, o qual, a sua vez, confirmou a sentença de improcedência, não se desfaz nessa instância superior.

5.3. Afastado o dolo do recorrido em imputar fato desabonador ao recorrente Jorge Delmanto e à memória de seu falecido pai, passa-se a analisar a ocorrência de abuso de direito ou culpa, caracterizada esta pela clássica tríade da negligência, imprudência ou imperícia.

Nessa linha de argumentação, na relatoria do REsp n. 680.794-PR, afirmei entendimento acerca da liberdade de informação, que foi sufragado por esta e. Quarta Turma.

Afirmou-se naquela ocasião - com as adequações exigidas diante das diferenças de situações - que a liberdade de informação assume um caráter dúplice. Vale dizer, é direito de informação tanto o direito de informar quanto o de ser informado, e, por força desse traço biunívoco, a informação veiculada pelos meios de comunicação deve ser verdadeira, pois a imprensa possui a profícua missão - como bem assinalado por Darcy Arruda Miranda - de “difundir conhecimento, disseminar cultura, iluminar as consciências, canalizar as aspirações e os anseios populares, enfim, orientar a opinião pública no sentido do bem e da verdade” (*Comentários à lei de imprensa*. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995, p. 69).

Nada obstante, se, por um lado, não se permitem a leviandade por parte de quem informa e a publicação de informações absolutamente inverídicas que possam atingir a honra de pessoas, não é menos certo, por outro ângulo, que da atividade informativa não são exigidas verdades absolutas, provadas previamente em sede de investigações no âmbito administrativo, policial ou judicial.

Exige-se, em realidade, uma diligência séria que vai além de meros rumores, mas que não atinge, todavia, o rigor judicial ou pericial, mesmo porque os meios de informação não possuem aparato técnico ou coercitivo para tal desiderato.

Nessa mesma linha, a eminente Ministra Nancy Andrighi, na relatoria do REsp n. 984.803-ES, lançou voto elucidativo acerca dos limites e deveres investigatórios da imprensa:

Embora se deva exigir da mídia um mínimo de diligência investigativa, isso não significa que sua cognição deva ser plena e exauriente à semelhança daquilo que ocorre em juízo. A elaboração de reportagens pode durar horas ou meses, dependendo de sua complexidade, mas não se pode exigir que a

mídia só divulgue fatos após ter certeza plena de sua veracidade. Isso se dá, em primeiro lugar, porque a recorrente, como qualquer outro particular, não detém poderes estatais para empreender tal cognição. Ademais, impor tal exigência à imprensa significaria engessá-la e condená-la a morte. O processo de divulgação de informações satisfaz verdadeiro interesse público, devendo ser célere e eficaz, razão pela qual não se coaduna com rigorismos próprios de um procedimento judicial (REsp n. 984.803-ES, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 26.05.2009).

Afirma-se, com segurança, que o dever de veracidade ao qual estão vinculados os órgãos de imprensa não deve consubstanciar-se dogma absoluto, ou condição peremptoriamente necessária à liberdade de imprensa, mas um compromisso ético com a informação verossímil, o que pode, eventualmente, abarcar informações não tão precisas.

Com efeito, a questão resolve-se mesmo a partir da imposição de uma prudente diligência por parte de quem noticia fatos potencialmente ofensivos a outrem, prudência esta a ser extraída objetivamente da conduta realizada.

5.4. No caso concreto, a bem da verdade, as “conclusões” a que chegou o recorrido acerca do “Crime da Rua Cuba” encontram-se no âmbito das incertezas, das ilações plausíveis, as quais, aliás, podem estimular o estudo e a formação acadêmica do profissional do direito - a quem, principalmente, era dirigida a obra.

O recorrido não se descuroou, antes de proclamar as assertivas ora acoimadas por ofensivas pelos recorrentes, de ressaltar que se tratava de “conclusão possível”, de inclinação à “versão por muitos abraçada”, de “cenário, por muitos vislumbrado”, no qual não haveria imperfeição lógica, enfim, de uma “conclusão pirandelliana”, como alusão ao dramaturgo Luigi Pirandello e à sua clássica obra “Assim é, se lhe parece” (*così è, se vi pare*), circunstância que sinaliza o intuito do autor da obra em flertar mesmo com as certezas e incertezas que emergiam dos fatos e, sobretudo, apoiadas na visão de cada observador.

Não houve, portanto, culpa ou abuso de direito, quando interpretada a moldura fática apresentada pelo Tribunal de origem.

6. Ressalte-se, por fim, que a educação e o ensino são regidos pelo princípio da “liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber” (art. 205, inciso II, da CF/1988 e art. 3º, inciso II, da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional - Lei n. 9.394/1996), positivação esta que protege e garante a máxima, por todos conhecida, de que os espaços acadêmicos - e,

por consequência, a literatura a estes direcionada - são ambientes propícios à liberdade de expressão e genuinamente vocacionados a pesquisas e conjecturas.

7. De resto - e apenas com escopo informativo -, em consulta à 2ª edição do livro “Crimes Famosos”, particularmente no fecho do capítulo dedicado ao “Crime da Rua Cuba”, verifica-se não mais haver alusão à eventual autoria do delito, antes cogitada como sendo do primeiro recorrente e do seu falecido pai.

Constam, como substitutivo, relatos acerca da retirada da antiga conclusão - ressaltando o autor tratar-se de “conclusão pirandelliana” - e dos diversos processos movidos pelo primeiro recorrente contra o recorrido, inclusive de natureza criminal.

Quanto a estes últimos, as queixas-crimes foram trancadas, com decisão confirmatória deste e. Superior Tribunal (*v.g.* REsp n. 709.835-SP, relator Min. José Arnaldo da Fonseca).

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

É como voto.

VOTO VENCIDO

A Sra. Ministra Maria Isabel Gallotti: Sr. Presidente, com a devida vênia, se a questão se limitasse à publicação de um livro vocacionado ao estudo do Direito, concordaria com o voto do Relator, principalmente porque foi esclarecido que nesse livro foi citada a sentença de impronúncia. Seria, então, relevante a alegação de liberdade de manifestação e crítica acadêmica.

No caso em exame, penso que excedeu aos limites do ensino jurídico a entrevista concedida em um programa de televisão, que não é destinado ao público estudioso do Direito, mas à população em geral, em que o recorrido manifesta a sua opinião, embora esclarecendo que houve a sentença de impronúncia, afirmando que, em sua opinião, o ora autor/recorrente foi, ao que tudo indica, o responsável pela morte do pai, após este haver assassinado a mãe.

Creio que se isso não for reconhecido como ofensivo à honra sequer para efeitos de reparação civil, não haveria para o autor nenhuma possibilidade de se resguardar desse tipo de afirmação, que não será mais possível apreciar, no âmbito do Poder Judiciário, uma vez que ele já respondeu a esta acusação, foi impronunciado por falta de provas, e, depois, tentando o Ministério Público reabrir a questão, não foi possível, em face da prescrição. É, ao meu sentir, uma assertiva muito ofensiva, e causadora de dano moral, a divulgação, num

programa de televisão de notório renome, em canal aberto, que a versão mais condizente com os fatos apurados nas investigações é que ele teria matado o próprio pai, após o pai haver matado a mãe.

Penso que a circunstância de o autor ser um reconhecido penalista, antes agrava, no caso, a seriedade e o efeito moral da sua opinião manifestada num meio de comunicação de ampla divulgação de que, apesar de impreciso, foi ele o autor, ao que tudo indica, o mais provável assassino de seu pai, e penso que também é altamente lesivo à memória do pai dos três recorrentes a afirmação, na mesma entrevista, de que, ao que tudo indica, foi a mãe/esposa assassinada pelo pai/marido.

Para que se configure a responsabilidade civil não é necessário que haja dolo de ofender a honra. Basta a afirmação, feita e divulgada publicamente, de forma consciente, com conteúdo lesivo à honra objetiva ou subjetiva da vítima. A prevalecer a tese da ausência de responsabilidade sequer civil, a pessoa, numa situação dessa, acusada de ter matado o pai, depois de responder a processo criminal, fica sujeita a ter, perpetuamente, não só estampado num livro dedicado ao ensino do Direito, mas também, por meio da divulgação desse livro em televisão, esse veredicto, de que foi impreciso por falta de prova, mas que expoentes da ciência jurídica consideram que, na verdade, foi ele quem matou o pai, depois de o pai haver matado a mãe. Penso que isso ultrapassa os limites do direito de expressão e, com a devida vênia, considero presente o dever de indenizar civilmente o ofendido.

Portanto, com a máxima vênia do voto do Relator, dou provimento ao recurso especial.

VOTO

O Sr. Ministro Aldir Passarinho Junior: Sr. Presidente, realmente, a posição manifestada pela eminente Ministra Maria Isabel Gallotti é muito ponderável. Apenas, a dificuldade que eu teria nesse caso seria ultrapassar a fronteira da Súmula n. 7, porque para se chegar a uma conclusão diversa, não tenho como somente, objetivamente, identificar. Em relação ao conteúdo do livro, sem dúvida nenhuma que a conclusão do Sr. Ministro Luis Felipe Salomão se enquadra no meu pensamento.

A questão da entrevista na televisão é mais séria. Realmente, não é necessário ir-se à televisão para a difusão do pensamento jurídico. A minha dificuldade é quanto a parte da televisão, que é em que realmente se poderia

assinalar a possibilidade, ante as ponderações da Sra. Ministra Isabel Gallotti, de ter realmente havido essa extrapolação. Todavia, não se tem como extrair dos elementos dos autos uma conclusão de que a entrevista teria desbordado do aspecto acadêmico, sem que se revolva a matéria de fato, se aprecie a mídia. Admito que se possa dar uma entrevista sobre algum tema tormentoso que esteja em debate na sociedade, foi um crime realmente bárbaro e houve acusação em relação ao filho do casal, e agora essa versão de que, morta a mãe, o filho teria assassinado o próprio pai.

Tenho a dificuldade aqui, no caso, de, somente pelo que está posto no acórdão, chegar a uma conclusão diferente, em relação ao caráter da entrevista dada ao programa de televisão. Daí porque acompanho o voto do eminente Relator em relação ao primeiro tema, por considerar que efetivamente o caráter da obra é acadêmico. Em relação à entrevista, eu efetivamente não chego a tanto, porque em muito me impressionam as razões e os fundamentos apresentados pela eminente Ministra Isabel Gallotti.

Mas, para que houvesse uma convicção maior a respeito, teria de examinar o próprio conteúdo, contexto da entrevista, a forma como foi dada, já que sendo possível discutir um crime em um programa de televisão, gostaria de saber realmente se houve um contexto mais sensacionalista ou não e, efetivamente, teria de examinar a mídia, não apenas a transcrição. A forma de se fazer a entrevista, o tom de se dirigir ao entrevistado, o tom que o entrevistado usa, todo o contexto realmente tem que ser enfrentado. É inviável se fazer isso no Superior Tribunal de Justiça, ante o óbice da Súmula n. 7.

Acompanho o voto do Sr. Ministro Relator, com essas ressalvas, negando provimento ao recurso especial.

VOTO-VOGAL

O Sr. Ministro Raul Araújo: Sr. Presidente, gostaria de justificar meu voto e o faço em atenção ao eminente Dr. Samuel Mac Dowell de Figueiredo, a quem também cumprimento pela brilhante sustentação que produziu, e, em razão das fundamentações densas do voto da eminente Ministra Isabel Gallotti. Entendo que a entrevista não foi acerca daquele crime, quer dizer, o promovido não foi ao programa para falar sobre esse fato, mas, sim, sobre seu livro, sua obra e sobre sua vida.

No meio da entrevista, o entrevistador pôde indagar sobre crimes de ação penal pública incondicionada que não foram solucionados, terminaram sem uma

solução acerca da identificação dos responsáveis por sua ocorrência, sendo assim fatos de interesse público que me parece legitimam os estudiosos da ciência penal, do Direito Penal, a prosseguirem nessa discussão, em tese, a respeito da ocorrência desses lamentáveis fatos, desde que, naturalmente, o façam sem exageros, sem essas roupagens que preocuparam o eminente Ministro Aldir Passarinho Junior quando se referiu ao conteúdo midiático.

Entendo que aqui não houve qualquer exagero ou que, pelo menos, nada disso foi percebido pelo eminente Ministro Relator, como também não foi percebido nas instâncias ordinárias. Por essa razão, acompanhei S. Exa. e agora justifico meu voto nesses termos.

RECURSO ESPECIAL N. 1.215.189-RJ (2009/0148899-4)

Relator: Ministro Raul Araújo

Recorrente: A G de O M

Advogado: Luiz Fernando Pinto Palhares e outro(s)

Recorrido: M P D

Advogado: Clovis Murillo Sahione de Araujo e outro(s)

EMENTA

Recurso especial. Processual Civil. Civil. Direito de família. Investigação de paternidade. Anulação de registro civil. Coisa julgada. Extinção de processo anterior sem resolução de mérito (CPC, art. 267, VI). Carência de ação. Possibilidade de ajuizamento de nova ação (CPC, art. 268). Vícios anteriores sanados. Multa do art. 538, parágrafo único do CPC. Afastamento. Recurso parcialmente provido.

1. Nas hipóteses de extinção do processo sem resolução do mérito, por carência de ação (CPC, art. 267, VI), não há coisa julgada material, mas apenas coisa julgada formal - a qual, em regra, inviabiliza somente a discussão da controvérsia no mesmo processo, não em outro. Suprido o vício detectado na demanda anterior, é possível o ajuizamento de nova ação, observado o disposto no art. 268 do CPC.

2. No caso dos autos, a nova ação ajuizada pela ora recorrida - ação de investigação de paternidade c.c. anulação de registro civil - vem escoimada dos vícios identificados na demanda anterior, na medida em que estão configurados o interesse processual, em seu binômio necessidade-utilidade ou necessidade-adequação, e a possibilidade jurídica do pedido.

3. É possível a cumulação, no âmbito de uma mesma ação, dos pedidos de investigação de paternidade e de anulação ou retificação do registro de nascimento, tendo em vista que a modificação do registro é consequência lógica da eventual procedência do pedido investigatório.

4. Não se deve perder de vista que a pretensão deduzida na investigação fundamenta-se no direito personalíssimo, indisponível e imprescritível de conhecimento do estado biológico de filiação, consubstanciado no princípio constitucional da dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III), encontrando apoio na busca da verdade real. Destarte, máxime em ações de estado, não se apresenta aconselhável privilegiar a coisa julgada formal em detrimento do direito à identidade genética, consagrado na Constituição Federal como direito fundamental, relacionado à personalidade.

5. Descabe, assim, na espécie, recusar o ajuizamento da nova ação (CPC, art. 268), quando há apenas coisa julgada formal decorrente da extinção do processo anterior e a ação posteriormente proposta atende aos pressupostos jurídicos e legais necessários ao seu processamento.

6. Os embargos de declaração, no caso, foram opostos pelo ora recorrente com o intuito de prequestionar a matéria inserta no art. 471 do Estatuto Processual Civil. Tal o desiderato dos embargos, não há por que inquiná-los de protelatórios, devendo ser afastada a multa aplicada pela eg. Corte local em sede de declaratórios (Súmula n. 98-STJ).

7. Recurso especial parcialmente provido, apenas para afastar a multa aplicada no julgamento dos embargos de declaração.



ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas, decide a Quarta Turma, por unanimidade, dar parcial provimento ao recurso

especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Maria Isabel Gallotti e Luis Felipe Salomão votaram com o Sr. Ministro Relator. Não participou do julgamento o Sr. Ministro Aldir Passarinho Junior. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro João Otávio de Noronha. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Luis Felipe Salomão. Sustentou oralmente o Dr. Luiz Fernando Pinto Palhares, pela parte recorrente.

Brasília (DF), 02 de dezembro de 2010 (data do julgamento).

Ministro Raul Araújo, Relator

DJe 1º.02.2011

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Raul Araújo: Trata-se de recurso especial interposto por A. G. DE O. M., com fundamento no art. 105, III, **a e c**, da Constituição Federal, contra acórdão, proferido pelo c. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, assim ementado:

Agravo de instrumento. Investigação de paternidade c.c. anulação de registro civil. Possibilidade de cumulação. Coisa julgada material. Inexistência.

É firme o entendimento jurisprudencial no sentido da possibilidade de cumular ação de investigação de paternidade com anulação de registro civil, bem como pode ser provada nos autos da investigatória a falsidade de registro com o seu cancelamento.

Não há coisa julgada material quando a sentença proferida, embora transitada em julgada, não apreciou o mérito.

Recurso desprovido, nos termos do voto do Desembargador Relator. (fl. 284)

Os embargos de declaração opostos foram rejeitados, com aplicação da multa prevista no art. 538, parágrafo único, do Código de Processo Civil.

Em suas razões recursais, o ora recorrente alegou que o v. aresto recorrido incorreu em divergência jurisprudencial e em violação aos arts. 268, 468, 471, 535 e 538, parágrafo único, do Estatuto Processual Civil, sustentando, em síntese, que:

(I) a extinção do processo sem resolução do mérito, por carência de ação (CPC, art. 267, VI), obsta o autor de intentar nova ação, ante o óbice da coisa julgada material e a impossibilidade de o julgador analisar novamente questões

já decididas. Para tanto, colacionou nos autos os seguintes precedentes do Superior Tribunal de Justiça: REsp n. 103.584-SP, REsp n. 191.934-SP e REsp n. 228.924-RS;

(II) “não se discute nos autos a possibilidade teórica” de cumulação dos pedidos de investigação de paternidade e de anulação de registro civil, “mas apenas se é possível a repetição *ipsis litteris* de ação anteriormente proposta e da qual o autor foi julgado carecedor da mesma por acórdão transitado em julgado. Mesmo como argumento não procede, d.v., porque a circunstância de algumas decisões posteriores contrárias à decisão que constituiu a coisa julgada representa apenas a volatividade da jurisprudência que, no próprio Tribunal onde proferidas, também encontra julgados com o mesmo entendimento proclamado na decisão do eg. 6º Grupo de Câmaras Cíveis” (fl. 298);

(III) deve ser afastada a multa imposta no julgamento dos embargos declaratórios, porquanto estes foram apresentados com a finalidade de prequestionar o art. 471 do CPC, o que descaracteriza eventual intuito protelatório e permite a aplicação da Súmula n. 98-STJ.

Requeru, ao final, o provimento do recurso especial, extinguindo-se o processo, sem resolução de mérito, com fundamento no art. 267, V, do Código de Processo Civil, bem como afastando-se a multa aplicada nos embargos de declaração.

Em um primeiro momento, o c. Tribunal de Justiça estadual estabeleceu a retenção do recurso especial, nos termos do art. 542, § 3º, do CPC. No entanto, por meio da análise da PET n. 6.626-RJ, o eminente Ministro Fernando Gonçalves, Relator do feito em questão, determinou seu imediato processamento.

Encaminhados os autos a esta Corte de Justiça, na forma de agravo de instrumento, foram, oportunamente, atribuídos a este Relator, em virtude da aposentadoria do e. Ministro Fernando Gonçalves.

Instado a se manifestar, o d. órgão do Ministério Público Federal, no parecer de fls. 345-352, opinou pelo afastamento do óbice da Súmula n. 7-STJ e o conseqüente “provimento do agravo, com a determinação de seguimento do apelo especial”.

Após o retorno dos autos, considerando a relevância da questão controversa, converteu-se o agravo de instrumento em recurso especial (fl. 354), os quais foram conclusos a este Relator, em 11 de novembro de 2010.

A seguir, no dia 17 do mesmo mês, o ora recorrente apresentou, perante este Tribunal Superior, a MC n. 17.447-RJ, requerendo a atribuição de efeito suspensivo ao presente recurso especial, tendo em vista que o d. Juiz da 2ª Vara Cível do Foro Regional de Leopoldina-RJ designou o dia 1º de fevereiro de 2011, às 15:30h, para a realização da audiência de instrução e julgamento, no âmbito da ação de investigação de paternidade c.c. anulação de registro de nascimento. Salientou que eventual provimento do apelo especial, com o reconhecimento da coisa julgada, por certo, obstaculizará o processamento daquela ação e, assim, esvaziará o direito da autora.

Considerando o caráter de urgência da demanda, determinou-se a intimação do d. Ministério Público Federal, para manifestar-se acerca do mérito da controvérsia, facultando-lhe a possibilidade de aplicação do disposto no parágrafo único do art. 64 do RISTJ (fls. 361-362).

No parecer de fls. 364-374, ressaltou o *Parquet*, preliminarmente, a necessidade de correção da petição de recurso especial, por estar “incompleta, eis que inicia-se à fl. 298 e termina às e-STJ fl. 315”. No mérito, opinou pelo provimento do recurso, a fim de que “seja reconhecida a existência de coisa julgada na espécie, impedindo o trâmite da nova demanda proposta pela ora recorrida sem a correção da eiva que levou ao primevo julgamento de extinção do feito sem resolução do mérito e, ainda, para que seja afastada a multa imposta ao recorrente em sede de embargos de declaração (CPC, artigo 538, parágrafo)”.
Autos conclusos em 26 de novembro de 2010.
É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Raul Araújo (Relator): De início, cumpre esclarecer que não prospera a preliminar suscitada pelo d. Ministério Público Federal de incompletude da petição de recurso especial, na medida em que efetivamente consta dos autos seu inteiro teor.

Com efeito, a referida petição inicia-se às fls. 298-315 (volume 2), tendo continuidade e término às fls. 15-17 (volume 1). Isso ocorreu porque nos autos físicos houve juntada em separado dessa peça recursal e, por conseguinte, no momento da formação do processo eletrônico, o setor competente deste Tribunal, para não destoar do que constava do processo físico, teve que proceder à dupla indexação da petição do apelo especial. No entanto, tal fato não impede ou impossibilita a leitura da petição supracitada em sua integralidade.

Afastado, assim, o mencionado vício e preenchidos os requisitos de admissibilidade recursal, inclusive pelo afastamento de eventual aplicação da Súmula n. 7-STJ, por se tratar de nítida questão de direito, cabível o exame do mérito do recurso especial.

No que tange à alegada ofensa ao art. 535 do CPC, cumpre ressaltar que o recorrente fez apenas menção genérica de sua vulneração, apresentando uma fundamentação deficiente que impede a exata compreensão da controvérsia. Incide, na hipótese, a Súmula n. 284-STF. Nesse sentido, salienta o e. Ministro *Sidnei Beneti*, que “a ausência de demonstração de como ocorreu a ofensa ao art. 535, do CPC é deficiência, com sede na própria fundamentação da insurgência recursal, que impede a abertura da instância especial, a teor do Enunciado n. 284 da Súmula do Supremo Tribunal Federal, aplicável por analogia, também ao Recurso Especial” (AgRg no Ag n. 1.162.073-MG, 3ª Turma, DJe de 12.05.2010).

No mais, o deslinde da controvérsia demanda a análise das seguintes questões: (I) a extinção do processo sem resolução de mérito, por carência de ação (CPC, art. 267, VI), configura coisa julgada material ou formal; (II) tal desiderato inviabiliza o ajuizamento de nova ação, nos termos do art. 268 do CPC; (III) o fundamento de extinção do feito, por falta de interesse processual e impossibilidade jurídica do pedido - consubstanciado na inviabilidade de cumulação, em uma mesma ação, dos pedidos de investigação de paternidade e de anulação de registro de nascimento - seria capaz de desautorizar a propositura de nova demanda; (IV) é viável a referida cumulação de pedidos no âmbito de uma mesma ação.

Relativamente à primeira questão, cumpre salientar que a extinção do processo sem exame de mérito (CPC, art. 267) tem o condão de produzir, em regra, coisa julgada formal, ao passo que as decisões que resolvem o mérito da demanda (CPC, art. 269) resultam em coisa julgada material. Assim, se o feito transita em julgado, com base em decisão que aplicou alguma das hipóteses de extinção previstas no mencionado art. 267 do Diploma Processual, torna-se inviável qualquer discussão da controvérsia no âmbito do mesmo processo, mas não em outro. Nesse caso, a imutabilidade do julgado opera-se de forma endoprocessual.

Acerca da temática, “a doutrina costuma conceituar as chamadas sentenças definitivas como sendo aquelas por meio das quais se põe fim ao processo com resolução de mérito, aplicando uma das hipóteses do art. 269 do CPC, ao

passo que as chamadas sentenças terminativas são aquelas que põem fim ao processo sem exame de mérito, aplicando um dos casos do art. 267 do CPC. Trata-se de lição bastante tradicional cujo objetivo principal é o de afirmar que sentenças definitivas, por resolverem o mérito da demanda, têm aptidão para ficar acobertadas pela coisa julgada material, enquanto as terminativas, por não versarem sobre o objeto litigioso do processo, não têm, submetendo-se apenas à coisa julgada formal (...). A coisa julgada formal é a imutabilidade da decisão judicial dentro do processo em que foi proferida, porquanto não possa mais ser impugnada por recurso - seja pelo esgotamento das vias recursais, seja pelo decurso do prazo do recurso cabível. Trata-se de fenômeno endoprocessual, decorrente da irrecorribilidade da decisão judicial. Revela-se, em verdade, como uma espécie de preclusão (...), constituindo-se na perda do poder de impugnar a decisão no processo em que foi proferida. Seria a preclusão máxima dentro de um processo jurisdicional. Também chamada de 'trânsito em julgado' (...). A coisa julgada material é a indiscutibilidade da decisão judicial no processo em que foi produzida e em qualquer outro. Imutabilidade que se opera dentro e fora do processo. A decisão judicial (em seu dispositivo) cristaliza-se, tornando-se inalterável. Trata-se de fenômeno com eficácia endo/extraprocessual." (in DIDIER JÚNIOR, Fredie, Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira. **Curso de Direito Processual Civil: Direito probatório, decisão judicial, cumprimento e liquidação da sentença e coisa julgada**, Vol. 2, 2ª ed., Salvador: *Jus Podivm*, 2008, pp. 310-311 e 553).

Destarte, a decisão transitada em julgado, fundada na extinção do processo sem resolução de mérito (CPC, art. 267), está sob o manto da coisa julgada formal e não material, o que, em tese, possibilita o ajuizamento de nova ação, nos termos do art. 268 do Estatuto Processual, *in verbis*:

Art. 268. Salvo o disposto no art. 267, V, a extinção do processo não obsta a que o autor intente de novo a ação. A petição inicial, todavia, não será despachada sem a prova do pagamento ou do depósito das custas e dos honorários de advogado.

Parágrafo único. Se o autor der causa, por três vezes, à extinção do processo pelo fundamento previsto no n. III do artigo anterior, não poderá intentar nova ação contra o réu com o mesmo objeto, ficando-lhe ressalvada, entretanto, a possibilidade de alegar em defesa o seu direito.

Contudo, essa regra não é absoluta, porquanto, além da exceção explicitamente prevista no referido art. 268 - no sentido de não ser possível

intentar nova ação nos casos de extinção do feito sem resolução de mérito com base no inciso V do art. 267 (acolhimento de perempção, litispendência ou coisa julgada) -, existe também construção jurisprudencial e doutrinária que delineia ser necessário observar, em cada caso concreto, a possibilidade de novo ajuizamento da ação anteriormente extinta, ainda que sem resolução de mérito. Afirma-se, para tanto, que há hipóteses em que a extinção do feito enseja análise, embora superficial, do mérito da controvérsia, de maneira que a propositura de nova demanda entre as mesmas partes, fundada no mesmo pedido e causa de pedir - como mera repetição da ação anteriormente ajuizada - poderia frustrar o propósito da própria jurisdição, bem assim do instituto da coisa julgada, ainda que formal. Entende-se, portanto, que, nessas hipóteses, apenas se for sanado o vício que inviabilizou a ação anterior é que poderia ser aplicado o disposto no art. 268 do CPC.

É o que ocorre, por exemplo, nos casos de extinção do processo sem resolução de mérito, por carência de ação (CPC, art. 267, VI). De fato, reconhecida em ação anterior a ilegitimidade passiva *ad causam* somente pode ser proposta nova ação, com o mesmo pedido e causa de pedir, se, nesta, constar no polo passivo parte legitimada ou se for superada a ilegitimidade anterior do réu. Do mesmo modo, se for reconhecida a inviabilidade da demanda por ausência de interesse de agir ou por impossibilidade jurídica do pedido, somente será viável o ajuizamento de nova demanda, com base no art. 268 do CPC, se a parte autora sanar os defeitos que ensejaram a propositura da ação anterior, então extinta, ou se restar suprimida a causa que ensejou a dita impossibilidade do pedido ou a falta de interesse processual, ou seja, se, no ordenamento jurídico, por alteração legislativa ou jurisprudencial, tornou-se possível a pretensão que se quer postular em juízo ou, de alguma forma, passou a se caracterizar o interesse do autor na tutela jurisdicional pleiteada.

Com efeito, “a extinção do processo com fundamento em impossibilidade jurídica do pedido não obsta a que o autor venha posteriormente a renová-lo em juízo, nos moldes preconizados pelo art. 268, CPC, sendo de assinalar-se, a título de justificativa, que uma determinada pretensão pode, em certo momento, não encontrar respaldo no ordenamento jurídico e o mesmo não se verificar após o transcurso de certo tempo, em virtude de alterações legislativas ou da própria evolução do entendimento jurisprudencial” (REsp n. 25.297-SP, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, Quarta Turma, DJ de 20.03.1995).

Sob esse prisma, é salutar a lição do ilustre doutrinador Fredie Didier Junior, *in litteris*:

A extinção do processo sem julgamento do mérito não obsta, como regra, a que o autor intente de novo a demanda, desde que seja possível sanar a falha que ensejou o juízo de inadmissibilidade e que se comprove o pagamento das custas processuais e dos honorários de advogado (art. 268 do CPC). A decisão não fica imutável pela coisa julgada material, porquanto não tenha examinado o mérito da causa. São as hipóteses que configuram as chamadas sentenças terminativas ou sentenças processuais.

(...)

Diz-se, com bastante frequência, que as sentenças terminativas, por não versarem sobre o mérito da causa, não impedem a renovação da demanda (art. 268 do CPC). Compreenda-se por renovação da demanda, para evitar desentendimentos, a sua repositura nos mesmos termos em que apresentada primeiramente.

(...)

A doutrina e a jurisprudência vislumbram, porém, no próprio art. 267 do CPC (que cuida da extinção do processo sem exame do mérito), outras hipóteses, além daquelas previstas expressamente, em que não será permitida a renovação da demanda. Há uma tendência de interpretação extensiva do art. 268 do CPC.

Não se admitirá a repositura por impossibilidade material, nas hipóteses de sentença fundada no inciso IX do art. 267, tendo em vista o falecimento do autor e a intransmissibilidade do direito pleiteado. Do mesmo modo, não se admite a renovação da causa quando a sentença se tiver baseado no inciso X do mesmo artigo, que cuida da hipótese de extinção em razão da confusão, que é a causa de extinção da própria relação jurídica obrigacional discutida (art. 381 do CC/2002).

(...)

No entanto, parece indiscutível que decisões terminativas fundadas em abandono (de ambas as partes ou só do autor, incisos I e III) e desistência (inciso VIII) não implicam qualquer vedação à repositura.

(...)

Sobram as hipóteses de extinção por inadmissibilidade previstas no art. 267 do CPC: a) indeferimento da petição inicial, juízo de inadmissibilidade liminar (I); b) falta de pressupostos processuais (IV); c) carência de ação (VI); d) existência de pressupostos negativos (V e VII). Todas elas levam a uma decisão terminativa, que, uma vez transitada em julgado, impede a renovação da demanda sem que se tenham consertado os defeitos identificados. O legislador previu isso expressamente no art. 268; a jurisprudência ampliou a vedação para as demais hipóteses. E a razão disso é bem clara: o juízo de inadmissibilidade consiste na aplicação da sanção de invalidade do procedimento; é uma decisão constitutiva negativa, que resolve definitivamente a questão da admissibilidade do procedimento; como sanção que é, tem de ser respeitada e cumprida; não teria sentido qualquer interpretação que permitisse

à parte “escapar” à sanção, renovando a demanda com os mesmos defeitos já identificados.

O Juízo de admissibilidade é decisão, tanto quanto o juízo de mérito: possuem, certamente, objeto distinto, mas isso não autoriza a conclusão de que aquele merece tratamento menos rigoroso. O magistrado faz dois juízos: um sobre o processo e outro sobre a relação jurídica discutida, sendo que o primeiro é preliminar ao segundo. *A imutabilidade somente pode recair sobre aquilo que foi decidido - obviamente, na extinção do processo sem exame do mérito, não há preclusão sobre a questão de mérito, que não foi apreciada; mas pode haver preclusão quanto à admissibilidade do processo, que foi apreciada. Não há a resolução de mérito, mas há resolução do processo; há decisão, que estabelece um preceito, que precisa ser respeitado. É certo, então, que não se pode retirar do juízo de admissibilidade do processo aptidão de impedir a renovação da demanda, chama-se ou não essa vedação de coisa julgada.* (in DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento**, Vol. 1, 9ª ed., Salvador: Jus Podivm, 2008, pp. 524-527, grifo nosso)

O ilustre professor Humberto Theodoro Júnior, em parecer trazido aos autos do REsp n. 191.934-SP, também examinou o tema:

Efeitos da extinção do processo por falta de condição de ação.

É comum afirmar-se que a extinção do processo por falta de condição de ação (CPC, art. 267, n. VI) não faz coisa julgada, porque a lei prevê que, em tal caso, não há óbice “a que o autor intente de novo a ação” (CPC, art. 268).

Acontece que o art. 268 engloba todas as hipóteses de extinção de processo sem julgamento de mérito e diante da variedade das previsões do art. 267, haverá o intérprete de analisar, caso a caso, para aferir em que situação e em que termos poderá se dar o novo ajuizamento da ação frustrada.

(...)

A situação será, ainda mais evidente, quando se tratar das condições de legitimidade ad causam e de possibilidade jurídica do pedido (CPC, art. 267, VI), já que ao tratar delas a sentença extintiva terá penetrado, embora vestibularmente, no terreno do mérito.

Na verdade, o juiz somente pode se pronunciar sobre qualquer das condições da ação fazendo alguma espécie de análise sobre o direito material subjetivo invocado pela parte para pretender a tutela jurisdicional.

Para Calmon de Passos, v.g., não há qualquer distinção entre a impossibilidade da tutela em abstrato e a pretendida no caso concreto. Com efeito, se se vê na própria inicial que falta um requisito para configurar o direito, em tese, argüido pelo autor, afirma-se que há impossibilidade jurídica do pedido deduzido em juízo.

Mas, se é na instrução que se apura que o autor jamais reuniu o mesmo requisito, o caso será de improcedência do pedido. Qual a diferença de substância entre as duas sentenças? Responde Calmon de Passos: “Nenhuma, rigorosamente nenhuma” (Rev. de Direito Processual Civil, São Paulo, Saraiva, 1964, vol. 4, p. 61).

A legitimidade de parte, por sua vez, somente pode ser apurada mediante investigação da relação de direito material controvertida, pelo que recusar a legitimidade ao litigante para demandar a satisfação de determinado direito subjetivo equívale a negar-lhe a respectiva titularidade. Não há, então, maior e mais substancial diversidade de efeitos entre o julgamento que qualifica o autor como carecedor da ação e aquele que decreta a improcedência do seu pedido.

(...)

Por isso, Adroaldo Furtado Fabrício não vê distinção substancial relevante entre a “carência de ação” e a “improcedência do pedido”, já que *a propositura de uma nova ação entre as mesmas partes, ainda que se tratasse da extinção por falta de condição da ação, somente seria justificada pela superação da deficiência registrada no primeiro processo. Mas, já aí não haveria repetição da mesma ação, e, sim, propositura de outra ação, visto que os elementos desta não seriam exatamente os mesmos da precedente. Objetiva ou subjetivamente, a lide trazida a juízo não se confundiria com a que fora objeto do processo extinto.*

(...)

Dizer que, diante da regra genérica do art. 268 do CPC, o autor está sempre livre para forçar o juiz, em novo processo, a reapreciar as razões da sentença que pôs fim ao processo anterior por falta de condição de ação, não parece a Ronaldo Cunha Campos “posição assentada em regra técnica convincente ou em razão sólida de política legislativa”. A seu douto juízo “inadequado é ter como nenhuma uma decisão válida, por vezes submetida a dois graus de jurisdição (CPC, art. 161, § 1º; 296; 267; 514)”.

(...)

Em suma: para que se configure o direito de a parte, em novo processo, deduzir novamente a pretensão que foi objeto, entre as mesmas partes, do processo anterior é necessário que a falta de condição de ação tenha sido superada concretamente. (grifo nosso)

Com espeque nessa orientação doutrinária, a eg. Corte Especial do STJ firmou jurisprudência no sentido de que, embora não se possa falar em coisa julgada material nas hipóteses de extinção do processo sem resolução de mérito, por carência de ação, mas em coisa julgada formal - a qual, em regra, impossibilita apenas a discussão da controvérsia no mesmo processo, não em outro -, não se pode deixar de considerar que não é devido ajuizar nova ação (CPC, art. 268), sem que seja suprido o vício detectado na demanda anterior,

sob pena de subverter-se o sentido maior da preclusão consumativa e, assim, sujeitar o julgador a rediscutir questão já decidida, em flagrante ofensa ao disposto nos arts. 471 e 473 do Diploma Processual Civil.

Convém transcrever a ementa do referido precedente:

Processo Civil. Ação civil pública. Extinção. Ilegitimidade passiva. Repetição da ação. Preliminar de coisa julgada. Regularização da falta de condição da ação. Necessidade. Exegese do art. 268, CPC. Embargos de divergência conhecidos mas desacolhidos.

I - A coisa julgada material somente se dá quando apreciado e decidido o mérito da causa.

II - A extinção do processo sem julgamento de mérito, por falta de legitimidade *ad causam*, não é passível de formar coisa julgada material, mas sim coisa julgada formal, que impede a discussão da questão no mesmo processo e não em outro. Isso quer dizer que não se pode excluir, *prima facie*, a possibilidade de o autor repropor a ação, contanto que sane a falta da condição anteriormente ausente.

III - Tendo sido o processo extinto por falta de legitimidade do réu, não se permite ao autor repetir a petição inicial sem indicar a parte legítima, por força da preclusão consumativa, prevista nos arts. 471 e 473, CPC, que impede rediscutir questão já decidida. (REsp n. 160.850-SP, Rel. Min. Edson Vidigal, Rel. p/ acórdão o Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, Corte Especial, DJ de 29.09.2003)

Nesse sentido, ainda, podem ser mencionados os seguintes acórdãos: REsp n. 1.006.091-SP, Relator o Ministro Humberto Gomes de Barros, Terceira Turma, DJe de 13.05.2008; AgRg no REsp n. 914.218-PR, Relatora a Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, DJ de 02.08.2007; REsp n. 456.005-RS, Relator o Ministro Hélio Quaglia Barbosa, Quarta Turma, DJ de 15.10.2007; REsp n. 903.355-DF, Relator o Ministro Francisco Falcão, Primeira Turma, DJ de 14.06.2007; AgRg no Ag n. 232.205-MG, Relatora a Ministra Nancy Andrighi, Segunda Turma, DJ de 26.06.2000.

Essas valiosas doutrinas e jurisprudência foram colhidas porque o presente caso exhibe peculiaridades que recomendam especial atenção quanto à aplicação das normas dos art. 267, VI, e 268, ambos do Código de Processo Civil.

Na hipótese dos autos, a ora recorrida M. P. D. ajuizara, em 1997, *ação ordinária de reconhecimento de paternidade* apenas contra o suposto pai e ora recorrente A. G. DE O. M., tendo sido, posteriormente, em razão de *determinação do juiz da causa*, incluídos no polo passivo dessa demanda também os genitores da autora constantes do assento civil -, ou seja, o pai registral A. B. D. e a mãe C. P. D. (fl. 158), o que ensejou a retificação do *nomen iuris* da ação

para anulação parcial de registro c.c. investigação de paternidade (ressalte-se, por oportuno, que o nome atribuído à ação é irrelevante para a aferição de sua natureza jurídica, a qual é definida com base no pedido e na causa de pedir. Nesse sentido: AgRg no Ag n. 740.560-SP, desta relatoria, DJe de 02.08.2010).

Nessa anterior ação, segundo a promovente, a causa de pedir relacionava-se ao direito da autora, nos termos do art. 27 da Lei n. 8.069/1990 - ECA -, ao reconhecimento de seu real estado de filiação, mediante investigação da paternidade do primeiro réu, considerando o fato de que, à época da concepção da autora, sua genitora mantinha relacionamento amoroso com o investigado. O pedido, por sua vez, consubstanciava-se no reconhecimento, após a realização de exame de DNA, da paternidade do primeiro réu, e, por consequência, na anulação parcial do assento civil quanto à paternidade do segundo réu e na feitura de novo registro fazendo constar a correta filiação, com as alterações (fls. 128-131).

No entanto, esse processo veio ser extinto sem resolução de mérito, nos termos do art. 267, VI, do CPC, por entender o d. Juízo *a quo* que faltava ao pedido de reconhecimento de nova paternidade “o indispensável interesse jurídico, enquanto que não se tenha por anulado o primitivo registro civil”, além de se tratar de pedido juridicamente impossível, “pois o ordenamento jurídico vigente não admite paternidade dupla” (fl. 159) e, portanto, cumulação entre os pedidos de reconhecimento de paternidade e anulação parcial de registro civil. De modo um tanto confuso, entendeu aquele julgador - o mesmo que antes havia determinado a inclusão no processo dos pais constantes do registro civil da promovente e, assim, induzido à retificação do *nomen iuris* da ação - que “a autora não pode, neste processo, contestar a paternidade e ao mesmo tempo investigá-la, haja vista a necessidade de anterior certeza quanto à suposta nulidade de seu assento de nascimento, pena de pretender prestação jurisdicional condicional, o que é vedado em lei” (fls. 157-160).

Em face dessa sentença foi interposta apelação pela parte autora, a qual se deu provimento.

Todavia, em sede de embargos infringentes, o c. Tribunal de Justiça estadual restabeleceu a r. sentença (fls. 161-166), olvidando-se do fato de que o interesse material da autora de anulação parcial de seu registro de nascimento somente se configuraria após a verificação da efetiva paternidade do ora recorrente.

Após o trânsito em julgado dessa demanda, a ora recorrida M. P. D., procurando seguir o que ficara, certo ou errado, bem ou mal, definido naquela anterior decisão, ajuizou, em 2006, a presente ação, agora intitulada *ação de*

investigação de paternidade c.c. anulação do registro de nascimento, em face das mesmas pessoas anteriormente abrangidas na demanda. Aponta como causa de pedir o direito de personalidade de conhecimento, por meio de exame de DNA, de sua ascendência genética, ou seja, de seu real estado de filiação, nos termos do art. 27 do ECA, bem como o direito à retificação de seu registro de nascimento. Fundamentou sua pretensão, para tanto, na existência de relação amorosa, à época, entre sua genitora e o investigante, e também no fato superveniente de que, após a realização de exame de DNA, ficou, definitivamente, excluída a paternidade do segundo réu, o pai registral (fls. 170, 260-262 e 276) - o referido exame genético “foi realizado em data posterior à prolação da sentença e do acórdão proferido no recurso de apelação. Tampouco, foi objeto de consideração no acórdão proferido no recurso de embargos infringentes” (fl. 262). O pedido, de outro lado, alicerçou-se na “anulação do registro de nascimento da autora, após a confirmação da paternidade atribuída ao primeiro réu, através da expedição de ofícios aos órgãos competentes, objetivando a retificação dos assentos de nascimento” (fls. 168-172).

Essa nova ação teve seu processamento deferido pelo d. Juízo *a quo*, que afastou a preliminar, suscitada pelo ora recorrente, de ofensa à coisa julgada (fl. 206).

Contra esse *decisum*, houve a apresentação de agravo de instrumento, o qual restou improvido pelo eg. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por entender que a extinção do primeiro feito ensejou coisa julgada apenas formal, o que viabilizaria o ajuizamento de nova ação. Acrescentou, além disso, que é possível a cumulação de “ação de investigação de paternidade com anulação de registro civil, bem como pode ser provada nos autos da investigatória a falsidade de registro com o seu cancelamento” (fl. 284).

Da análise das petições iniciais de ambas as ações, depreende-se que, embora fundadas na mesma causa de pedir remota - direito ao conhecimento da real paternidade genética -, há um outro fundamento de fato a embasar a segunda demanda - a existência de resultado negativo de exame de DNA, afastando a paternidade genética do pai registral (causa de pedir próxima), o qual corrobora ainda mais o interesse processual da ora recorrida à investigação da paternidade do outro réu e à retificação de seu registro de nascimento.

Além disso, nessa segunda ação, justamente para atender ao comando judicial ditado na primeira, a autora formulou pedido de anulação de seu registro civil de nascimento - no qual consta como genitor o segundo réu -,

associando-o à investigação de paternidade do primeiro réu. É que agora o interesse material de alteração dos assentos civis da autora se baseia não apenas na verificação da efetiva paternidade do ora recorrente, como também no fato de haver sido descartada a paternidade genética do pai registral.

Nota-se que os pedidos formulados em ambas as ações são sutilmente diversos, justamente para procurar atender ao comando daquela coisa julgada formal, produzida na ação anterior. Na primeira demanda, requereu-se o reconhecimento da paternidade do ora recorrente, alterando-se, por consequência, os assentos civis, enquanto na segunda, pleiteou-se a anulação do registro de nascimento em relação ao segundo réu e a averiguação da paternidade do ora recorrente.

É claro que, neste último caso, a investigação de paternidade do primeiro réu, se o resultado do exame de DNA for positivo, também irá culminar, inevitavelmente, no reconhecimento da nova filiação e, por conseguinte, na retificação do registro de nascimento, pois estes são consectários lógicos daquele resultado. Entretanto, diante do óbice criado pela decisão judicial anterior, transitada em julgado, não havia outro modo de a autora alcançar seu direito subjetivo, senão por intermédio do ajuizamento de nova ação, agora fundada no pedido aparentemente principal de anulação do referido assento civil - requisito preliminar exigido pelo Poder Judiciário, na primeira demanda, para a caracterização de seu interesse processual e da possibilidade jurídica do pedido.

Infere-se, por conseguinte, que, na tentativa de superar o equívoco produzido na r. sentença de fls. 157-160 e no v. acórdão de fls. 161-166, que confirmou tal decisão, a ora recorrida socorreu-se de nova ação contra as mesmas partes e fundada na mesma causa de pedir remota, no entanto, procurou adaptar sua pretensão ao que fora decidido anteriormente, reformulando o pedido e a causa de pedir próxima. Não há, assim, violação à coisa julgada formal anteriormente produzida. No ajuizamento da segunda ação, apenas foram sanados os supostos óbices identificados no julgamento da primeira, o que autoriza a aplicação do art. 268 do Código de Processo Civil.

De fato, quando da propositura da segunda ação, por meio da reformulação do pedido e da causa de pedir próxima, não mais persistiam os óbices apontados na primeira demanda. Estavam configurados o interesse processual, em seu binômio necessidade-adequação, bem assim a possibilidade jurídica do pedido, mormente considerando o entendimento doutrinário e jurisprudencial no sentido da possibilidade de cumulação entre os pedidos de investigação de

paternidade e de anulação do registro de nascimento, na medida em que este é corolário lógico da procedência daquele.

A respeito do tema, o Superior Tribunal de Justiça consagra jurisprudência no sentido da possibilidade de cumulação entre os pedidos formulados em ação de investigação de paternidade e de anulação dos assentos civis do investigante, quanto à paternidade registral, pois o cancelamento deste é simples consequência da procedência do pedido formulado na investigatória.

A propósito:

Processo Civil. Recurso especial. Ação de investigação de paternidade. Registro em nome de terceiro. *Cumulação de pedidos contra réus diversos. Possibilidade.* Aditamento da inicial.

- A ação de investigação de paternidade independe do prévio ajuizamento da ação de anulação de registro, cujo pedido é apenas consequência lógica da procedência da demanda investigatória. Precedentes.

- A pretensão concomitante de ver declarada a paternidade e ver anulado o registro de nascimento não configura cumulação de pedidos, mas cumulação de ações.

- É possível o aditamento da inicial para inclusão do litisconsorte unitário. Precedentes.

- Em demanda objetivando a declaração de paternidade e anulação de registro, o suposto pai biológico e aquele que figura como pai na certidão de nascimento devem ocupar, em litisconsórcio unitário, o pólo passivo.

Recurso especial não conhecido. (REsp n. 507.626-SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, DJ de 06.12.2004, grifo nosso)

Investigação de paternidade, cumulada com petição de herança. Cancelamento do registro de nascimento. Efeito da sentença de procedência. Citação do pai registral.

- É prescindível o prévio ou concomitante ajuizamento do pedido de anulação do registro de nascimento do investigante, dado que esse cancelamento é simples consequência da sentença que der pela procedência da ação investigatória. Precedentes do STJ.

- É litisconsorte passivo necessário o pai registral, cuja citação é de ser efetivada como interessado no desfecho da lide.

Recurso especial conhecido, em parte, e provido parcialmente. (REsp n. 402.859-SP, Rel. Min. Barros Monteiro, DJ de 28.03.2005)

Civil e Processual. Agravo regimental. Recurso especial. *Investigação de paternidade e anulação de registro. Cumulação. Possibilidade.* Recusa ao exame

de DNA. Súmula n. 301-STJ. Alegação de ausência de indícios de paternidade. Súmula n. 7-STJ. Desprovemento. (AgRg no REsp n. 929.982-DF, Rel. Min. *Aldir Passarinho Junior*, Quarta Turma, DJe de 27.08.2010, grifo nosso)

Família. Investigação de paternidade. Negatória de filiação. Petição de herança. Possibilidade jurídica do pedido. Prescrição. Decadência. ECA.

- O filho nascido na constância do casamento, tem legitimidade para propor ação para identificar seu verdadeiro ancestral. A restrição contida no Art. 340 do Código Beviláqua foi mitigada pelo advento dos modernos exames de DNA.

- A ação negatória de paternidade atribuída privativamente ao marido, não exclui a ação de investigação de paternidade proposta pelo filho contra o suposto pai ou seus sucessores.

- *A ação de investigação de paternidade independe do prévio ajuizamento da ação anulatória de filiação, cujo pedido é apenas consequência lógica da procedência da demanda investigatória.*

- A regra que impõe ao perflhado o prazo de quatro anos para impugnar o reconhecimento, só é aplicável ao filho natural que visa afastar a paternidade por mero ato de vontade, a fim de desconstituir o reconhecimento da filiação, sem buscar constituir nova relação.

- É imprescritível a ação de filho, mesmo maior, ajuizar negatória de paternidade. Não se aplica o prazo do Art. 178, § 9º, VI, do Código Beviláqua. (REsp n. 765.479-RJ, Rel. Min. *Humberto Gomes de Barros*, Terceira Turma, DJ de 24.04.2006, grifo nosso)

Nessa espreita, leciona Maria Berenice Dias:

Em nome da preservação do núcleo familiar e da manutenção da paz social, a lei prestigia a relação de paternidade por presunção legal (CC 1.597): o pai é o marido da mãe. Pela presunção *pater est*, prevalece a paternidade fictícia sobre a verdade biológica. Mesmo em época de pleno desenvolvimento da engenharia genética, que permite identificar com certeza quase absoluta a verdade biológica, permanecem presunções na lei.

Se por um lado a identificação dos vínculos de filiação pela verdade social goza de prestígio cada vez maior, os marcadores genéticos do DNA permitem chegar à verdade biológica com altíssimo grau de certeza. Dita possibilidade ocasionou uma reviravolta nos vínculos de filiação, desencadeando uma corrida na busca da filiação natural em substituição à verdade jurídica, definida muitas vezes por meras presunções. *O direito à identidade genética passou a ser reconhecido como direito fundamental integrante do direito de personalidade, o que tem levado a jurisprudência a aceitar, cada vez com mais desenvoltura, a busca da identificação da paternidade.* Os avanços são significativos.

(...)

O reconhecimento do estado de filiação é um direito personalíssimo, indisponível e imprescritível (ECA 27). O fato de esse dispositivo se encontrar em lei que rege direitos de crianças e adolescentes não significa que não se estenda a todos, quer por se tratar de direito fundamental à identidade, quer por não ser admissível tratamento discriminatório com relação a filhos (CF 227 § 7º).

(...)

Ainda que alguém esteja registrado como filho de outrem, tal não pode obstaculizar o uso da ação investigatória. Não importa se o registro é falso ou decorreu da chamada adoção à brasileira. Sequer interessa se o investigante tem pai registral, foi adotado ou é fruto de reprodução assistida heteróloga. Em nenhuma dessas hipóteses, pode ser negado acesso à justiça. Nada pode impedir a busca da verdade biológica. Ainda há julgados que se inclinam em reconhecer a impossibilidade jurídica da ação quando o autor tem pai registral e já decorreu o prazo de impugnação ao reconhecimento. No entanto, já se encontra pacificada, no âmbito do STJ, a possibilidade da demanda investigatória independentemente da existência da filiação registral. O assento civil não pode obstaculizar a busca da identificação do vínculo biológico. As sequelas registrais são efeitos anexos da sentença, e a simples imposição do limitado prazo de quatro anos para impugnar o registro (CC 1.614) não tem como suplantar a regra maior, que, por atender ao princípio da dignidade da pessoa humana, não prescreve.

O simples fato de algum dia alguém ter feito o registro de uma criança como sendo seu filho não pode impedi-la de buscar sua ascendência genética, sob pena de chegar-se a injustificável paradoxo: quem não foi registrado, ou seja, quem não faz parte de uma família, pode a qualquer tempo buscar sua identidade biológica. No entanto, aquele que, independentemente de sua vontade, foi registrado por quem não é seu genitor, acaba tendo prazo por demais exíguo para questionar o vínculo parental. Decorrido esse restrito lapso temporal, nunca mais poderia buscar sua verdadeira identidade.

(...)

O direito de conhecer a própria ascendência genética tem resguardo constitucional, pois integra um dos direitos da personalidade. Assim, o fato de estar alguém registrado em nome de outrem não impede o ajuizamento de ação para identificação dos vínculos parentais. Muito se discutiu acerca da necessidade de prévia desconstituição do registro. Argumentam alguns a impossibilidade jurídica do pedido, porquanto, já havendo um pai registral, vedado é investigar outro vínculo de filiação. Contudo, sob o argumento de que a procedência da ação implica, necessariamente, a anulação do registro anterior, seja pela natureza da sentença, seja pela presunção relativa imanente dos registros públicos, pacificou-se, no âmbito do STJ, o entendimento de que não se exige prévia desconstituição do assento de nascimento para que se viabilize a perquirição da verdade biológica.

A existência de registro não pode afastar a busca da verdade biológica a qualquer tempo, até porque se trata de ação de estado, sempre imprescritível. (DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**, 6ª ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, pp. 381-394, grifo nosso)

Dada a relevância da questão em apreço, não se pode perder de vista que a pretensão inserta na presente demanda fundamenta-se no direito personalíssimo, indisponível e imprescritível de conhecimento do estado biológico de filiação, consubstanciado no princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. A controvérsia dos autos está fundada em ação de estado, relevante não apenas ao direito individual das partes, mas também à sociedade (CF, art. 226, *caput*). Nas palavras de Maria Berenice Dias, “o direito de conhecer a origem genética, a própria ascendência familiar, é um preceito fundamental, um direito de personalidade: direito individual, personalíssimo, que é necessariamente o direito de filiação” (ob. cit., p. 358).

Destarte, não se apresenta aconselhável privilegiar a coisa julgada formal, de duvidoso acerto, em detrimento do direito à identidade genética, consagrado na Constituição Federal como direito fundamental, relacionado à personalidade do indivíduo. Com efeito, não se pode inviabilizar o ajuizamento de nova ação (CPC, art. 268), quando houver apenas coisa julgada formal na extinção do processo anterior e a ação posteriormente proposta atender aos pressupostos jurídicos e legais necessários ao seu processamento. Deve, ao reverso, ser possibilitado, nesta segunda ação, o conhecimento pela autora de sua real filiação, com a conseqüente alteração de seu registro civil de nascimento, se for o caso.

Por essas razões, não prosperam os argumentos do ora recorrente, não merecendo provimento, nessa parte, o recurso especial.

Finalmente, no que tange à alegada ofensa ao art. 538, parágrafo único, do Código de Processo Civil, assiste razão ao recorrente.

Efetivamente, da análise dos autos, observa-se que os embargos de declaração, na espécie, foram opostos pelo ora recorrente com o intuito de prequestionar a matéria inserta no art. 471 do Estatuto Processual Civil. Tal o desiderato dos embargos, não há por que inquiná-los de protelatórios, devendo ser afastada a multa aplicada pela eg. Corte local em sede de declaratórios.

Esta é a jurisprudência firmada no âmbito desta Corte de Justiça e consolidada no Enunciado Sumular n. 98: “Embargos de declaração manifestados com notório propósito de prequestionamento não tem caráter protelatório.”

Diante do exposto, dá-se parcial provimento ao recurso especial, apenas para afastar a multa aplicada no julgamento dos embargos de declaração.

É como voto.

VOTO

A Sra. Ministra Maria Isabel Gallotti: Sr. Presidente, a despeito do esforço desenvolvido na sustentação oral, entendo que o voto do Sr. Ministro Relator analisou detalhadamente a questão sob todos os seus aspectos, especialmente observando que a demanda não é exatamente idêntica, tendo sido escoimados alguns defeitos apontados na primeira ação. Além disso, enfatizo o fato de que se trata de ação de investigação de paternidade e que não foi examinado, sequer tangenciado, o mérito na primeira ação, extinta sem julgamento do mérito. Acompanho, portanto, integralmente o voto do Sr. Ministro Relator, dando parcial provimento ao recurso especial.