

**AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO
DE INSTRUMENTO N. 208.616 – RJ**

(Registro n. 98.0077920-5)

Relator: Ministro Antônio de Pádua Ribeiro
Agravante: United Airlines Inc.
Advogados: Osiris de Azevedo Lopes Filho e outros
Agravado: João Luiz Santarém Rodrigues
Advogado: João Luiz Santarém Rodrigues (em causa própria)

EMENTA: Processual Civil – Agravo regimental – Decisão do Relator pela subida do recurso especial – Caso em que tem cabimento.

I – Cabe, em princípio, agravo regimental da decisão que denega e não da que determina a subida de recurso especial. Todavia, a jurisprudência da Turma encaminha-se no sentido de admitir o referido agravo na segunda hipótese (decisão que manda subir o recurso especial), desde que adstrito às questões relativas à formação do instrumento.

II – Se, no recurso especial denegado, alega-se violação ao art. 535 do Código de Processo Civil, o acórdão proferido nos embargos declaratórios constitui peça essencial à compreensão da controvérsia, bem como se inclui nessa categoria o teor do aresto que serviu de fundamentação ao acórdão recorrido.

III – A juntada de peças essenciais para a complementação do instrumento, após a subida do agravo a esta Corte, não é admitida pelos precedentes deste Tribunal.

IV – Agravo regimental conhecido e provido, prejudicados os embargos declaratórios.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, em que são partes as acima indicadas, decide a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas anexas, por unanimidade, conhecer do agravo regimental e dar-lhe provimento e julgar prejudicados os

embargos de declaração nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Participaram do julgamento os Srs. Ministros Carlos Alberto Menezes Direito e Cesar Asfor Rocha (parágrafo único, art. 55, RISTJ). Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Waldemar Zveiter e Ari Pargendler.

Brasília-DF, 25 de setembro de 2000 (data do julgamento).

Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, Presidente.

Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, Relator.

Publicado no DJ de 13.11.2000.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro: O meu ilustre antecessor, Ministro Nilson Naves, negou provimento ao agravo de instrumento interposto por United Airlines Inc., visando à subida de recurso especial que interpusera (fl. 97).

Inconformada, a Agravante ajuizou agravo regimental (fls. 99/106), ensejando a reconsideração da decisão agravada, com a determinação do processamento do recurso especial, para melhor exame (fl. 141v.).

Irresignado, o então agravado, João Luiz Santarém Rodrigues, opôs àquela decisão os embargos de declaração (fls. 165/171) em 5.11.1999 e, em seguida, agravo regimental (fls. 150/166), em 8.11.1999. Aduz que a decisão atacada, ao reconsiderar a anterior, não atentou a questão concernente à ausência de peças essenciais para a formação do agravo de instrumento e à inexistência de autenticação de outras, o que torna inviável a sua apreciação.

Os presentes autos vieram-me conclusos por redistribuição.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro (Relator): Preliminarmente, cumpre esclarecer que, como ressaltado no relatório, da mesma decisão o Agravante interpôs dois recursos diversos, agravo regimental e embargos declaratórios.

Considerando que ambos têm o mesmo teor, passo a analisar o agravo regimental, próprio para veicular a irresignação nos termos em que posta, ficando prejudicados os embargos.

De início, cumpre assinalar que o art. 544, § 1º, do CPC, preceitua que cabe agravo para o Supremo ou para esta Corte da decisão que não admite o recurso extraordinário ou o recurso especial, respectivamente. O Código não prevê agravo para a hipótese de decisão, como a presente, que determina a subida do recurso especial.

Todavia, há precedentes desta Turma admitindo o aludido agravo em casos como o presente, desde que verse sobre a formação do instrumento e não sobre o mérito do agravo, visando à subida do especial. Eis alguns julgados:

“Agravo de instrumento provido. Agravo regimental.

Admissibilidade, na medida em que sustente o descabimento do agravo de instrumento e não do recurso especial.

Deserção. Agravo. Peças.

Visando o agravo decisão que julgou deserto o especial, não é necessária a apresentação de todas as peças previstas no artigo 544, § 1º, do CPC” (REsp n. 109.064-RJ, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, DJ de 2.6.1997).

“Processo Civil. Ausência da certidão de publicação do aresto recorrido. Peça essencial.

I – A apresentação da cópia da certidão de publicação do aresto recorrido é imprescindível à compreensão da controvérsia acerca da tempestividade do recurso especial (Questão de Ordem no AgRg no Ag n. 153.273-CE, julgado em 5.11.1997, Corte Especial).

II – Agravo regimental conhecido e provido” (AgRg no Ag 115.187-SP, Rel. Min. Waldemar Zveiter, in DJ de 18.12.1998).

“Processo Civil. Agravo de instrumento. Recorribilidade. A decisão que dá provimento ao agravo de instrumento para melhor exame do recurso especial é *irrecorrível quanto ao mérito*, não quanto à formação do instrumento – a cujo respeito o Relator carece de discricão; ausente peça essencial, a parte a quem interessa o reconhecimento desse defeito pode exigir sua declaração, de modo a impedir o processamento do recurso especial. Agravo regimental não provido” (AgRg no Ag n. 163.949-SP, Rel. Min. Ari Pargendler, julg. em 3.2.2000).

Nesse contexto, embora pudesse, como novo relator do feito, reconsiderar a decisão anterior, entendi trazê-la, de imediato, à apreciação da Turma, ainda que com voto no sentido do provimento do recurso, dadas as peculiaridades do caso.

E, de fato, o agravo merece provimento.

Com efeito, a própria decisão, inicialmente agravada, é expressa quanto à inexistência de peça essencial à apreciação da controvérsia, ao dizer (fl. 97):

“No que pertine à alegação de ofensa ao art. 535, II, também do Código de Processo Civil, ante a falta de traslado da petição dos embargos de declaração, não há como verificar uma eventual ocorrência de vulneração de tal dispositivo.”

Não foi, ainda, trasladada cópia do acórdão do STF no Recurso Extraordinário n. 172.720-9, que se encontra nos autos principais e serviu de fundamentação do aresto recorrido, segundo se depreende deste trecho:

“Os aspectos jurídicos da questão já estão sobejamente analisados no julgamento do Recurso Extraordinário n. 172.720-9, pela egrégia Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, pelo voto do Sr. Ministro-Relator Marco Aurélio e do Sr. Ministro Francisco Resek, e que se encontram, por cópia, às fls. 248/265 dos autos, enfrentadas as questões referentes ao cabimento do dano moral e à não-limitação da Convenção de Varsóvia, sendo inteiramente desnecessário acrescentar considerações outras sobre o tema, já que se adotam, integralmente, os fundamentos ali expendidos, com o respeito que se tributa aos altos magistrados que os prolataram” (fls. 29/30).

Quanto ao tema, eis alguns precedentes:

“Embargos declaratórios. Omissão não suprida. Acórdão recorrido que remete à fundamentação de julgado anterior. Necessidade de documentar o teor deste.

I – Se a Turma fundamentou o seu julgado em acórdão do Pleno, que decidiu arguição de inconstitucionalidade de lei, impõe-se que a decisão reportada seja integrada, documentadamente, ao aresto fracionário.” (REsp n. 15.387-0-CE, minha relatoria, DJ de 7.8.1995).

“Processual. Acórdão que remete à fundamentação de julgado anterior. Embargos de declaração. Prequestionamento. Súmula n. 98-STJ.

– Havendo a decisão recorrida se reportado à fundamentação de julgado anterior, é imprescindível, para ciência da motivação, a juntada do acórdão proferido no precedente invocado.” (Resp n. 24.739-5-DF, Rel. Min. Flaquer Scartezini, DJ de 9.8.1995).

Sobre o assunto, há ainda precedente do Supremo:

“RE: acórdão recorrido que remete à fundamentação de julgado anterior: necessidade de documentação do teor deste.

Ao conhecimento e julgamento do RE é imprescindível a ciência da motivação do acórdão recorrido, salvo se a ausência dela é o fundamento do recurso extraordinário; assim, se a decisão recorrida apenas se reporta à fundamentação de precedente do Tribunal **a quo**, não se conhece do recurso extraordinário, se o recorrente não opôs embargos de declaração nem fez prova do teor do precedente invocado” (RE n. 121.487, in RTJ 133/459).

Acrescente-se que o referido acórdão só foi juntado a estes autos quando da interposição pela ora agravada do seu agravo regimental, portanto tardiamente, segundo os precedentes:

“Agravo contra decisão denegatória de recurso especial. Instrução. Cabe ao agravante instruir o agravo com cópia das peças obrigatórias (‘... devendo constar obrigatoriamente, sob pena de não conhecimento, cópia...’, conforme § 1º do art. 544 do CPC). Portanto, é caso de não conhecimento, faltando no traslado a procuração outorgada ao advogado do agravado. Não é suficiente a apresentação do substabelecimento. É necessária a cópia da procuração dada ao advogado substabelecido. Agravo regimental não provido” (AgRg no Ag n. 88.976-SP, Rel. Min. Nilson Naves, DJ de 18.3.1996).

“Processual Civil. Embargos de declaração. Pressupostos.

– Segundo a moldura do cânon inscrito no art. 535, do CPC os

embargos de declaração consubstanciam instrumento processual destinado a expungir do julgamento obscuridade ou contradições, ou ainda para suprir omissão sobre tema cujo pronunciamento se impunha ao Tribunal, não se prestando para promover a reapreciação do julgado, sob a alegação de existência de erro material.

– Embargos rejeitados” (REsp n. 107.900-SP, Rel. Min. Vicente Leal, DJ de 7.4.1997).

“Processo Civil. Agravo do art. 544, CPC. Não conhecimento. Traslado deficiente. Ausência das contra-razões do recurso denegado. Peça obrigatória. Recurso desprovido.

Nos termos do art. 544, § 1º, CPC, ‘o agravo de instrumento será instruído com as peças apresentadas pelas partes, devendo constar obrigatoriamente, sob pena de não conhecimento, cópia do acórdão recorrido, da petição de interposição do recurso denegado, das contra-razões, da decisão agravada, da certidão da respectiva intimação e das procurações outorgadas aos advogados do agravante e agravado’” (AgRg no Ag n. 145.952-RS, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ de 20.10.1997).

Em conclusão: conheço do agravo regimental e dou-lhe provimento, ao tempo em que julgo prejudicados os embargos declaratórios interpostos.

RECURSO EM HABEAS CORPUS N. 9.116 – SP

(Registro n. 99.0087224-0)

Relator: Ministro Nilson Naves
Recorrente: Odair Filomeno
Advogados: Alexandre Peralta Collares e outro
Recorrido: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo
Pacientes: André de Faria Pessoa e Ruy Eduardo de Faria Pessoa
Sustentação oral: Alexandre Peralta Collares (pelo recorrente)

EMENTA: Falência – Prisão administrativa – Ordem – Fundamentação (necessidade).

Por ordem do juiz, pode o falido ser preso, faltando ao cumprimento dos deveres que lhe são impostos por lei. Impõe-se, no entanto, que a ordem da autoridade judiciária esteja fundamentada. Conforme o RHC n. 3.040, “desde que o decreto esteja fundamentado e tenha sido expedido por autoridade judiciária” (DJ de 28.2.1994). Caso em que se não fundamentou o despacho que decretou a prisão. Recurso ordinário em **habeas corpus** provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do recurso ordinário e dar-lhe provimento, para conceder a ordem. Participaram do julgamento os Srs. Ministros Eduardo Ribeiro, Waldemar Zveiter, Ari Pargendler e Carlos Alberto Menezes Direito.

Brasília-DF, 7 de dezembro 1999 (data do julgamento).

Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, Presidente.

Ministro Nilson Naves, Relator.

Publicado no DJ de 8.5.2000.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Nilson Naves: No Tribunal de Justiça de São Paulo, o **habeas corpus** foi assim relatado pelo então Desembargador Franciulli Netto:

“Trata-se de ordem de **habeas corpus**, com pedido liminar, que o Impetrante ajuíza em favor dos Pacientes, sócios da empresa Pessoas Produções Artísticas Ltda, que tiveram a prisão decretada pelo r. despacho proferido em 2.12.1998 (fl. 462 e v.), reconsiderado em 3.12.1998 (fl. 465) e reativado em 8.3.1999 (fl. 472), sob o fundamento de que ‘o síndico apresentou fatos graves contra os Requeridos (fls. 973/975) e que, em tese, constituem crimes e diante do fato de que os Requeridos vêm dificultando o trabalho da Justiça e diante do fato de que podem, caso soltos, inviabilizarem as diligências’.

Sustenta o Impetrante, em síntese, que na fase do artigo 34 da Lei Falimentar, os Pacientes atenderam à determinação do juízo e informaram que a falida não possuía bens imóveis e que os bens móveis estavam em poder do sr. Benito Kersevam (depositário), indicando o endereço comercial onde ele poderia ser encontrado. Acrescenta que os Pacientes compareceram a todas as audiências designadas e atenderam todas as solicitações que foram efetuadas. Saliencia que, com relação à situação do paciente Ruy naqueles autos, existe recurso especial em trâmite perante o Superior Tribunal de Justiça, pendente de julgamento, o que inviabiliza o decreto de prisão. Ressalta, por fim, que não há qualquer fato novo a amparar o decreto de prisão, que, por sinal, padece de fundamentação suficiente e adequada (fls. 2/9).

Prestou as informações legais e de praxe a ilustre autoridade indigitada (fls. 443/446).

Não concedeu o Ex.^{mo} Desembargador 3^o Vice-Presidente a liminar requerida (fls. 476/477).

O parecer da douta Procuradoria de Justiça é pela concessão do *writ* (fls. 481/484).”

Denegou-se a ordem, em acórdão assim ementado:

“Falência. Prisão administrativa decretada contra sócios da empresa falida. Qualidade de sócios que permanece enquanto não arquivada a cessão de quotas na Junta Comercial. Decreto de prisão com fundamento no artigo 35 da Lei Falimentar. Matéria fática complexa e não devidamente dilucidada. Inexistência de ilegalidade, arbitrariedade, abuso ou desvio de poder. Ordem denegada.

‘A necessidade do auxílio do falido nos trabalhos da organização falimentar motiva a sua prisão quando falta ao cumprimento de qualquer dos deveres que a lei lhe impõe. É a prisão administrativa, que não pode exceder de 60 dias, e que funciona como medida compulsória, a fim de coagir o falido ao cumprimento de suas obrigações, assegurando, assim, também, o regular movimento do processo falimentar. O juiz de falência, que a ordenou, de ofício, a requerimento do Ministério Público, do síndico ou de qualquer credor, tem a faculdade de relaxar, quando não lhe parecer mais necessária’.”

Em favor dos pacientes André e Ruy Eduardo de Faria Pessoa, o

advogado Odaír Filomeno interpôs recurso ordinário para este Tribunal, alegando, em resumo,

“... que injurígeno e írrito impor aos Pacientes um dever atribuído a um terceiro e que apenas poderia ser desconstituído pelo caminho processual adequado.

Ademais, convém precrustar que as Pacientes cumpriram, com a mais inteira exaço, o curso do art. 34 da Lei Falimentar.

Desde a prestação das declarações do art. 34 do Decreto-Lei n. 7.661/1945, os Pacientes, exibindo o teor do acordo judicial, esclareceram que a pessoa jurídica da falida não possuía bens imóveis e que todos os móveis ficaram em poder do sr. Benito Kersevam, que assumira o encargo de depositário pela sua guarda, como aclarado na cláusula 4ª do acordo judicial de fl. 87.

E mais. Quando instados a, novamente, esclarecer o destino dos bens móveis, antes mesmo de fluído o prazo concedido, os Pacientes, diligentemente, alinharam aos autos os esclarecimentos solicitados, pontificando que os bens móveis se encontravam no poder daquela pessoa física, já nominada, ante a sua condição judicial de depositário.”

.....
“De não se olvidar, de outra banda, a duvidosa possibilidade de, a partir da novel lei fundamental, ser decretada a prisão administrativa de índole coercitiva, não recepcionada pelo disposto no inc. LXVII do art. 5ª da CF.

O intrigante é que, na forma preconizada no r. despacho que decretou a prisão, a autoridade judicante, de forma sofismática, emprestou efeito repristinatório àquela determinação de 2 de dezembro de 1998, que, depois de suspensa, foi revalidada, sem que nenhum fato novo tivesse exurgido a escorar uma violência do jaez dessa questionada.”

O Ministério Público Federal é de parecer que se deve negar provimento ao recurso ordinário.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Nilson Naves (Relator): Quanto a que, em decorrência

do texto constitucional de 1988, não se verificou o fenômeno da recepção, tal a indicação feita pelo Ministério Público estadual, a saber, “a sua prisão seria de constitucionalidade duvidosa, visto que o Decreto-Lei n. 7.661/1945 (Lei de Quebras) é anterior à vigente Constituição”, e tal a alegação do Recorrente, isto é, “De não se olvidar, de outra banda, a duvidosa possibilidade de, a partir da novel lei fundamental, ser decretada a prisão administrativa de índole coercitiva, não recepcionada pelo disposto no inc. LXVII do art. 5º da CF”, não lhes dou razão, porque não há antinomia entre os dois textos, e o Superior Tribunal já estatuiu, enfaticamente, que “Não há ilegalidade na prisão administrativa do falido, face à atual Constituição, desde que o decreto esteja fundamentado e tenha sido expedido por autoridade judiciária (art. 5º, LXI, da Constituição). Por outro lado, a hipótese não está abrangida pela proibição do inciso LXVII, que não inova substancialmente em relação às Constituições anteriores” (RHC n. 3.040, DJ de 28.2.1994. Ministro Assis Toledo).

Em 25.11.1998, a Churrascaria Cruzeiro do Sul Ltda, síndica da massa falida, peticionou ao Juiz de Direito, alegando que, intimados, os falidos não forneceram “a relação dos bens que constituem o patrimônio da falida”, e que eles eram sócios de outras firmas, impondo-se a “expedição de comunicação à Receita Federal para que não viabilize alterações dos contratos das referidas firmas”, e que a falida era “omissa perante a Receita Federal (fl. 951), pois constituída em 4.8.1994 (fl. 88) jamais declarou imposto de renda”, e, finalmente, que “Estão suficientemente caracterizados, em tese, os crimes de sonegação fiscal, conforme denunciado à fl. 763, **in fine**, e falimentar – falência fraudulenta – a ensejar a incidência do disposto no art. 40 do CPP”.

Disse então o Juiz de Direito o seguinte, em 2.12: “Verifico que o síndico apresentou fatos graves contra os Requeridos (fls. 973/975) e que, em tese, constituem crimes e diante do fato de que os Requeridos vêm dificultando o trabalho da Justiça e diante do fato de que podem, caso soltos, inviabilizarem as diligências, decreto a prisão dos Requeridos, expedindo-se mandado de prisão”.

No dia 3, quem peticionou foram os ora pacientes, alegando que “os Requerentes têm cuidado de observar todas as r. determinações oriundas desse r. Juízo, compromisso que reiteram, expressamente, sob as penas de lei”, e que “De outra banda, no que respeita à almejada expedição de ofícios visando à liberação das quotas sociais dos Requerentes, relativas

a outras pessoas jurídicas, quer parecer que, ante o contido no julgado já alinhado aos autos, o entendimento desse r. Juízo é, no mínimo, equívocado, até porque, primordialmente, a própria procuradoria geral com ele já houvera assentido”, requerendo então o seguinte: “Nada obsta, pois, que se oficie à Junta Comercial do Estado de São Paulo, para que se proceda à liberação das quotas das pessoas jurídicas, de menor porte, como, por exemplo, da Capivari Automóveis Ltda e da Royal Bus Transportes Ltda. Face ao exposto, impôs a reconsideração do r. despacho que se lhes decretou a prisão, requer-se o acolhimento do pedido dizente à expedição de ofícios à Junta Comercial do Estado de São Paulo, na forma como aqui requerida”. No mesmo dia 3, deferiu-se o requerimento e suspendeu-se a prisão, até a manifestação do síndico.

Manifestou-se o síndico entendendo que “A pretensão dos sócios da falida, indeferida várias vezes por V. Ex.^a, de verem liberadas as cotas sociais que possuem em outras sociedades, é inviável, pois como a falida até hoje não indicou bens que constituiriam seu patrimônio, ao que tudo indica inexistente, as referidas cotas sociais são a única garantia de satisfação dos débitos da falida” e o juiz despachou do seguinte modo, em 8.3.1999, na petição que lhe fora encaminhada: “J. Diante dos fatos, revogo o despacho que suspendera a prisão. Expeça-se mandado de prisão (fl. 978). Defiro os requerimentos abaixo, oficiando-se”.

Ora, ao repelir a alegação de falta de compatibilidade entre as normas em foco, lembrei precedente do Ministro Assis Toledo, consoante o qual não há ilegalidade em face da Constituição, “desde que o decreto esteja fundamentado”. Veja-se o seguinte, da relatoria do Ministro José Dantas, “Ordem acertadamente denegada, na origem, em face da exaustiva fundamentação da prisão civil dos falidos” (RHC n. 3.863, DJ de 19.9.1994).

Sem dúvida que, mormente em casos que tais, fundamentação se requer do despacho, daí parecer-me que bem se alegou que “nenhum fato novo ocorreu a justificar uma arbitrariedade do jaez daquela imposta pela autoridade impetrada, sem embargo de se tratar de determinação que sequer contém a necessária e imprescindível fundamentação e, se não bastasse, nele sequer é fixado prazo de cumprimento da prisão”. Isso porque, tanto primeiramente quanto por ocasião da revogação de despacho de suspensão, não se fundamentou, a contento, o despacho que decretou a prisão.

Em princípio, pela falta de fundamento, concedo a ordem, sem prejuízo de que se volte a decretar a prisão, desde que se a fundamente.

RECURSO ESPECIAL N. 94.656 – SP

(Registro n. 96.0026296-9)

Relator: Ministro Ari Pargendler
Recorrente: Regina Bambokian e outros
Advogados: Luiz Takamatsu e outros
Recorridos: Mercedes Zanirato Bianchi e outros
Advogado: Elizeth Sena Fusari e outro

EMENTA: Civil – Notificação – Interesse de menores – Ministério Público.

A notificação de menores, na pessoa do respectivo representante legal, premonitória de ação de rescisão contratual, é válida, independentemente da ciência do Ministério Público; o artigo 82, I, do Código de Processo Civil se refere às 'causas em que há interesse de incapazes', rol de que não faz parte a mera interpelação judicial destinada à constituição da mora.

ACÓRDÃO

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

Brasília-DF, 6 de abril de 2000 (data do julgamento).

Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, Presidente.

Ministro Ari Pargendler, Relator.

Publicado no DJ de 8.5.2000.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Ari Pargendler: O MM. Juiz de Direito Dr. Marcus Vinicius Pereira da Silva julgou procedente ação de rescisão contratual cumulada com reintegração de posse e perdas e danos proposta por Mercedes Zanirato Bianchi e outros contra Regina Bambokian, Marisa

Bambokian, Eva Angele Bambokian e Vivian Bambokian, as duas últimas menores de idade, destacando-se na sentença os seguintes trechos:

“O Ministério Público, como **custos legis**, deve intervir, necessariamente, nas causas em que haja interesses de incapazes, pena de nulidade do processo (arts. 82, I; 84 e 246 do CPC). A finalidade das normas é assegurar ao órgão do *Parquet* o exercício de função de vigilância para suprir eventual falha na defesa dos interesses dos incapazes, em face do litígio.

No dizer de **José Frederico Marques**, referido por **Humberto Theodoro Júnior**, in *Processo de Conhecimento – Forense*, ed. 1981, p. 190, atua ele em nome próprio, ‘para defesa de interesse que o Estado deve tutelar nos conflitos litigiosos, ou na administração judicial de direitos subjetivos, a fim de que não fiquem à mercê da vontade privada. Ou, ainda, sujeito especial que participa do processo, como **viva vox** de interesse da ordem jurídica a serem salvaguardados na composição da lide.

Litígio algum existe numa notificação, mera exteriorização de vontade unilateral, sem visio de contenciosidade, tanto que inadmite defesa ou contraprotesto nos mesmos autos (art. 871 do CPC), e pode ser cumprida extrajudicialmente com a mesma eficácia. Quando judicial, reveste-se de natureza meramente administrativa, embora tecnicamente incluída no capítulo das cautelares. Logo, não há demanda, nenhum risco corre o incapaz pelo fato da notificação ou interpelação, e os efeitos desses atos só poderão ser analisados no curso da ação propriamente dita. Nessa conformidade, inaplicáveis os preceitos invocados. A notificação é eficaz mesmo sem a intervenção do Ministério Público” (fls. 13/14).

A egrégia Terceira Câmara Civil do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Relator o eminente Desembargador Isidoro Carmona, reformou, em parte, a sentença para excluir “a condenação por perdas e danos” (fl. 24).

Lê-se no acórdão:

“O inconformismo não procede. Disse-o, e bem, a r. sentença, que a notificação é eficaz mesmo sem a intervenção do Ministério Público, no caso de interesse de incapazes, porque não existe, nela, litígio algum, se não mera exteriorização de vontade unilateral sem visio

de contenciosidade, tanto que não admite defesa ou contraprotesto nos mesmos autos; pode ser cumprida extrajudicialmente com a mesma eficácia do procedimento judicial. Quando judicial, reveste-se de natureza meramente administrativa, não correndo, o incapaz, nenhum risco, pois os efeitos do ato somente poderão ser analisados no curso da ação propriamente dita” (fl. 22).

Daí o presente recurso especial, interposto por Regina Bambokian e outras, com base no artigo 105, inciso III, letra a, da Constituição Federal, por violação ao artigo 82, I, do Código de Processo Civil (fls. 31/36).

Originariamente não admitido (fls. 45/47), o recurso especial foi processado por força de agravo de instrumento provido pelo eminente Ministro Costa Leite (fl. 96).

VOTO

O Sr. Ministro Ari Pargendler (Relator): A interpretação que o Tribunal **a quo** fez do artigo 82, I, do Código de Processo Civil está a salvo de censura.

A teor da aludida norma, “compete ao Ministério Público intervir: I – nas causas em que há interesse de incapazes”, rol de que não faz parte a mera interpelação judicial destinada à constituição da mora.

O precedente aludido nas razões do recurso especial (fl. 35), aquele de que trata o RE n. 9.681-RJ, Rel. Min. Soares Muñoz, nada decidiu a esse respeito, diferente do que nelas está dito – e, sim, da inadmissibilidade da purga da mora depois de proposta a ação de rescisão do contrato.

Lê-se na ementa:

“Promessa de compra e venda. Promitente-comprador constituído em mora na forma estabelecida no Decreto-Lei n. 745/1969. Inadmissibilidade da sua purgação no prazo concernente à contestação da ação de rescisão do contrato. Recurso extraordinário conhecido e provido” (in *Jurisprudência Brasileira*, Vol. 104, p. 140).

Voto, por isso, no sentido de não conhecer do recurso especial.

RECURSO ESPECIAL N. 116.827 – RS

(Registro n. 96.0079365-4)

Relator: Ministro Nilson Naves
Recorrente: Cléria Lúcia dos Santos
Advogados: Luiz Juarez Nogueira de Azevedo e outros
Recorrido: Gilberto José da Silva
Advogados: João Bigolin e outros
Interessados: Luiz Antônio Pereira e Ari Rodrigues
Sustentação oral: Moacir Guimarães Moraes Filho (Subprocurador-Geral da República)

EMENTA: Fraude de execução (Código de Processo Civil, art. 593, II) – Demanda (existência) – Conhecimento (presunção).

1. Considera-se em fraude a alienação de bens, os únicos do devedor, quando contra ele já corria ação de indenização. Caso em que o devedor se tornou insolvente.

2. É lícito se presume, de parte do adquirente, o conhecimento de que corria a demanda, “pela publicação de editais, decorrentes de protesto judicial” (contra a alienação dos bens, com publicação também em jornal de circulação local, onde residia o adquirente).

3. Recurso especial fundado nas alíneas a e c, de que a Turma não conheceu.

ACÓRDÃO

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

Brasília-DF, 20 de maio de 1999 (data do julgamento).

Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, Presidente.

Ministro Nilson Naves, Relator.

Publicado no DJ de 15.5.2000.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Nilson Naves: Em Porto Alegre, o especial não foi admitido, por esse despacho do Presidente Juracy Vilela de Sousa:

“Vistos estes autos.

Trata-se de recurso especial, fundamentado no art. 105, inciso III, letras **a** e **c**, da Constituição Federal, interposto de decisão proferida em embargos infringentes.

O Recorrente alega infringência ao art. 1^ª, § 2^ª, da Lei n. 7.433/1985, aos arts. 593, inciso II; e 1.046 do Código de Processo Civil e ao art. 1^ª da Lei n. 8.009/1990, bem como divergência jurisprudencial.

O art. 1^ª, § 2^ª, da Lei n. 7.433/1985, e o art. 1.046 do Código de Processo Civil não foram objeto de exame pelo aresto recorrido, nem foram opostos embargos declaratórios para suprimento de eventual omissão, faltando-lhes o requisito do prequestionamento. Súmulas n. 282 e 356 do Supremo Tribunal Federal.

Aduz que o aresto recorrido infringiu o art. 1^ª da Lei n. 8.009/1990, ao considerá-lo inaplicável, e ao art. 593, inciso II, do Código de Processo Civil, pois para a fraude à execução ser declarada e reconhecida precisa ser provada, cabendo ao interessado a prova desta circunstância.

Não assiste razão ao Recorrente.

Quanto à penhora dos imóveis, não foi por ela que se caracterizou a fraude à execução, mas pela alienação de dois terrenos, com uma casa de madeira, pois ao tempo da alienação, havida em 22.9.1987, corria contra o devedor-alienante Luiz Antônio Pereira demanda capaz de reduzi-lo à insolvência, como é referido desde a sentença.

Ademais, a penhora só veio acontecer, de acordo com a própria Embargante e por decorrência da execução de sentença, em 7.5.1992.

Portanto, não demonstrada a argüida contrariedade aos dispositivos apontados, eis que os requisitos para a configuração da fraude à execução estavam todos presentes, tanto que acabou sendo admitida, até de ofício, na sentença. Até porque através do protesto judicial, contra

a alienação de bens, com publicação de editais para o reconhecimento do público em geral, em 29.7.1987, 22.8.1987 e 29.8.1987, inclusive na Comarca de Carazinho, onde reside a Embargante, como consta dos autos, a mesma, presume-se tomou conhecimento da demanda.

Divergência jurisprudencial.

Os paradigmas trazidos pelo Recorrente para cotejo sustentam que, para caracterizar a fraude à execução, é necessária a prova da demonstração de que terceiros tinham ciência da ação em curso, capaz de reduzir os devedores à insolvência. As questões da prova da insolvência dos alienantes e da má-fé do adquirente não lavram dissídio com o julgado atacado, que entendeu pouco importar a boa-fé da adquirente, pois esta se encontrava presumidamente cientificada da existência da demanda pela publicação de editais, decorrente de protesto judicial contra a alienação dos bens.

Por outro lado, o dissídio de jurisprudência, como causa de recurso especial, impõe identidade de matéria na pluralidade de julgamento. A divergência exige identidade do suporte fático.

Isso posto, nego seguimento.”

Mas provi o agravo e ordenei subissem os autos principais.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Nilson Naves (Relator): Toda a questão diz respeito à fraseologia do Código de Processo Civil quanto a que se considera em fraude de execução “quando, ao tempo da alienação ou oneração, corria contra o devedor demanda capaz de reduzi-lo à insolvência” (art. 593, II). Que corria contra o devedor demanda, não se duvidou, visto que em 1986 fora intentada contra ele ação de indenização, por dano causado em acidente de veículos. A alienação se verificou em 1987, e o registro da escritura, em 1988. Mas o que se questiona é a insolvência, alegando-se que ocorreu ofensa ao indigitado inciso II, em face de se ter reconhecido a insolvência “sem qualquer prova de ser efetiva a possibilidade de ser esse devedor reduzido à insolvência, como consequência de simples demanda por acidente de trânsito a que respondera”.

Rememorando a jurisprudência da Segunda Seção, percuientemente anotou o Ministro Ruy Rosado, no REsp n. 114.415 (DJ de 26.5.1997), o seguinte:

“d) se existe apenas a ação, caso de incidência do inciso II do art. 593 do CPC, não basta o simples ajuizamento, é indispensável a citação válida (REsp n. 27.431-SP, Quarta Turma, Rel. eminente Min. Barros Monteiro; REsp n. 46.340-SP, Terceira Turma, Rel. eminente Min. Cláudio Santos; REsp n. 63.003-GO, Quarta Turma, de minha relatoria), na demanda, capaz de levar o devedor à insolvência, e não em outra (REsp n. 327-SP, Quarta Turma, Rel. eminente Min. Athos Carneiro; REsp n. 34.387-SP, Terceira Turma, Rel. eminente Min. Nilson Naves). Porém, pode ser tanto uma ação executiva como condenatória (REsp n. 20.778-SP, Quarta Turma, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo; AgRg no Ag n. 11.981, Terceira Turma, Rel. eminente Min. Eduardo Ribeiro);

e) existindo a ação e citado o devedor, impende que esta ação seja capaz de reduzi-lo à insolvência: ‘a fraude de execução apresenta peculiaridades bem nítidas nas hipóteses dos incisos I e II do art. 593 do CPC, dentre as quais se avulta o pressuposto da insolvência de fato, dispensável na primeira hipótese, por tutelar o direito de seqüela, imprescindível na segunda’ (REsp n. 4.132-RS, na RSTJ 26/346, do voto do eminente Min. Sálvio de Figueiredo; no mesmo sentido: REsp n. 20.778-SP, Quarta Turma, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo; REsp n. 32.890, Quarta Turma, de minha relatoria). A penhora faz presumir a insolvência, que também pode ser notória pela presença de outras circunstâncias (REsp n. 29.808-SP, Terceira Turma, Rel. eminente Min. Nilson Naves), cabendo ao devedor o ônus da prova da sua solvabilidade (REsp n. 13.988-ES, Terceira Turma, Rel. eminente Min. Cláudio Santos; REsp n. 1.436-GO, Terceira Turma, Rel. eminente Min. Bueno de Souza);”

Com efeito, em sendo pressuposto da fraude a insolvência, a saber, de demanda capaz de reduzir o devedor à insolvência, tal não deixou de ser observado na instância ordinária, por exemplo, segundo a *sentença*, nestas passagens: “Já na contestação que apresentara nos autos do sumaríssimo Luiz Antônio fez crer que não era mais o dono inclusive do automóvel volkswagen instrumento do acidente de trânsito que gerou aquele sumaríssimo. Assim

sendo, a venda que fez à Embargante infringe a regra processual de fraude, posto que por ela não restou outro bem passível de penhora na propriedade e posse do devedor-vendedor”, conforme o acórdão da *apelação*, neste tópico, “No mérito, não há como prosperar o apelo. Pelos informes trazidos nos autos, já que não se fizeram acompanhar dos autos da execução, verifica-se que foi proposta uma ação indenizatória na Comarca de Passo Fundo e cautelar de protesto contra alienação de bens na Comarca de Carazinho, com publicação de editais. Mesmo assim, o Executado alienou os únicos bens que possuía, restando insolvente e frustrando a execução”, e consoante o acórdão dos *embargos infringentes*, neste trecho, “Ora, ao tempo da alienação, havida em 22.9.1987 (fl. 12), corria, contra o devedor-alienante, Luiz Antônio Pereira, demanda capaz de reduzi-lo à insolvência, como é referido desde a sentença, sem impugnação da Embargante”.

Portanto, inviável se apresenta o especial, pela alínea a.

No atinente à alínea c, indicou-se dissídio com julgados da Segunda Seção deste Tribunal, para os quais “Na ausência de registro, ao credor cabe o ônus de provar que o terceiro tinha ciência da demanda em curso” (REsp n. 4.132, Ministro Sálvio de Figueiredo, DJ de 7.10.1991). Fez-se também indicação de acórdãos da relatoria dos Ministros Zveiter, Torreão e Athos.

Na origem, entendeu-se que não havia o dissenso, daí não se ter admitido o especial, conforme o despacho que tomei por relatório, **verbis**: “encontrava(-se) presumidamente cientificada da existência da demanda pela publicação de editais, decorrente de protesto judicial contra a alienação dos bens”. De fato, ao ver do acórdão da *apelação*, “Tendo havido intimação pública de editais, com publicação no Diário Oficial e em jornal de circulação local, não pode o adquirente alegar inciência”, e ao ver do acórdão dos *embargos infringentes*, “Nem poderia ser diferente, pois, através do protesto judicial, contra alienação de bens, com publicação de editais, para o conhecimento do público em geral, em 29.7.1987, 22.8.1987 e 29.8.1987, inclusive na Comarca de Carazinho, onde reside a Embargante, como consta dos autos (fl. 23), a mesma, presume-se, tomou conhecimento da demanda, embora negue na inicial, mas sem base probatória convincente”.

Daí, dissídio então não há, pois admitiu-se presumidamente, a ciência, “embora negue na inicial, mas sem base probatória convincente”.

Do melhor exame dos autos principais, não encontrei motivo para acolher o voto que no Sul ficou vencido (foi em decorrência de sua leitura que

ordenei a subida dos autos principais), a saber, em resumo. “Em se tratando de bem imóvel, a venda só será em fraude à execução se, na matrícula, constar averbada existência da ação ou do protesto”. Isto porque não me pareceu de rigor a referida averbação, conforme me convenceu o acórdão dos embargos infringentes.

Não conheço do recurso especial.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Ari Pargendler: Os autos dão conta de que, pendente ação contra ele, na Comarca de Passo Fundo, Luiz Antônio Pereira vendeu dois lotes urbanos, localizados na cidade de Carazinho, à professora municipal Cléria Lúcia dos Santos, onde esta edificou sua residência e vive com a mãe, viúva, e três irmãs solteiras.

Antes da venda, o autor da ação pendente, Gilberto José da Silva havia feito publicar na cidade de Carazinho um edital de protesto contra alienação de bens por parte de Luiz Antônio Pereira.

A final, julgada procedente a aludida ação, seguiu-se a execução da sentença, tendo a penhora recaído sobre os imóveis que já não pertenciam a Gilberto José da Silva, mas a Cléria Lúcia dos Santos, que por isso ajuizou embargos de terceiro.

A MMa. Juíza de Direito Dra. Ana Comparsi Marques, por reconhecer hipótese de fraude à execução, julgou improcedentes os embargos de terceiro, destacando-se na sentença os seguintes trechos:

“Como são fatos objetivos a litispendência e a posse posterior do terceiro, as razões da adquirente de que não tinha como saber do protesto judicial via jornais; que o protesto não estava averbado no Ofício de Imóveis; que o vendedor afirmou ao tabelião que não pesava ônus sobre o imóvel; que a compra lhe exauriu financeiramente; que é moça arrimo da família e agora por certo outro argumento acrescentará: como residindo em Carazinho poderia saber ou imaginar que o vendedor estava sendo demandado em Passo Fundo? – são razões, são portentosas justificativas, só que não encerram juridicamente a possibilidade de dar-lhe ganho de causa” (fls. 54/55).

A egrégia Quarta Câmara Cível do Tribunal de Alçada do Estado do Rio Grande do Sul, Relator o eminente Juiz Moacir Leopoldo Haeser, manteve a sentença, por maioria de votos (fls. 78/88).

Ficou vencido o eminente Juiz Márcio Oliveira Puggina, de cujo voto transcrevem-se os seguintes trechos:

“Mesmo que se entendesse inaplicável o item 21 às ações de indenização, ainda assim era de rigor a averbação, face ao que consta do item 12 do inc. II do mesmo dispositivo legal que torna obrigatória a averbação de decisões, recursos e seus efeitos que tenham por objeto atos ou títulos averbados. A decisão que defere o protesto por alienação de bens torna indisponíveis bens objetos de registro” (fls. 86/87).

“Com efeito, é preferível impor a restrição de direitos e dar ciência a terceiros da existência da ação, do que preparar-lhes a emboscada jurídica. Embora se saiba que existe um protesto e uma ação em andamento, mantêm-se tais questões alheias ao álbum imobiliário e arma-se, pela omissão, verdadeira armadilha para os incautos, vale dizer, para a maior parte dos cidadãos. Confia-se na eficácia de uma publicação legal e nega-se a única medida que poderia, realmente, prevenir direitos.

O mais incrível é que o registro e a averbação, determinados respectivamente pelos incisos I, 21, e II, 12, são, nos exatos termos do art. 169 da Lei n. 6.015, obrigatórios” (fls. 87/88).

Seguiram-se embargos infringentes (fls. 90/98), rejeitados, também por maioria de votos, pelo egrégio 2º Grupo Cível do Tribunal de Alçada do Estado do Rio Grande do Sul, Relator o eminente Juiz Léo Lima (fls. 145/153).

Lê-se no julgado:

“Nem sob o enfoque da averbação, contida no artigo 167, II, 12, da Lei dos Registros Públicos, caberia o lançamento no álbum imobiliário. Isso porque, ali, é prevista a averbação ‘das decisões, recursos e seus efeitos, que tenham por objeto atos ou títulos registrados ou averbados’. Ora, a ação de ressarcimento, como anotado, não visava a nenhum ato ou título lançado no registro de imóveis” (fl. 150).

Daí o presente recurso especial, interposto por Cléria Lúcia dos Santos, com base no artigo 105, inciso III, letras **a** e **c**, da Constituição Federal, por violação aos artigos 593, II; e 1.046 do Código de Processo Civil, do artigo 1º, § 2º, da Lei n. 7.433, de 1985 e do artigo 1º da Lei n. 8.009, de 1990 (fls. 159/176).

O voto do eminente Relator, Ministro Nilson Naves, sob o prisma da

letra **a**, examinou apenas o artigo 593, II, do Código de Processo Civil, concluindo que o Tribunal **a quo** decidiu de acordo com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça; e não conheceu do recurso pela letra **c**, à míngua de dissenso jurisprudencial.

A meu juízo, pela letra **c**, o recurso especial não pode, mesmo, prosperar, e, pela letra **a**, os demais artigos de lei, alegadamente contrariados pelo julgado, nem foram prequestionados nem implicariam decisão diferente daquela tomada.

Pedi vista dos autos, para examinar a posição do terceiro de boa-fé, em face do citado artigo 593, II, do Código de Processo Civil, mas fiquei convencido de que, nesta Instância, não é mesmo possível alterar o julgado.

As razões do recurso especial, nesse particular, alegam que:

“A contrariedade ao art. 593, II, do Código de Processo Civil deu-se devido à atitude do Grupo de reconhecer desde logo a insolvência ao devedor, sem qualquer prova de ser efetiva a possibilidade de ser esse devedor reduzido à insolvência, como conseqüência de simples demanda por acidente de trânsito a que respondera” (fl. 163).

Os argumentos estão bem desenvolvidos, mas são de caráter exclusivamente formal. Acaso a insolvência não fosse evidente, a execução teria sido aparelhada por outros bens, sem necessidade de o autor da ação pendente enfrentar estes embargos de terceiro, cujo desfecho aguarda há mais de seis anos.

Voto, por isso, no sentido de não conhecer do recurso especial.

VOTO

O Sr. Ministro Eduardo Ribeiro: Sr. Presidente, não posso deixar de acompanhar os votos que me precederam, mas observo que, se a adquirente, de boa-fé, como já se reconheceu, erigiu outras construções ou fez benfeitorias, isso deverá ser objeto de consideração quando do pagamento do preço.

RECURSO ESPECIAL N. 125.359 – MG

(Registro n. 97.0021100-2)

Relator: Ministro Antônio de Pádua Ribeiro

Recorrente: Caixa Econômica do Estado de Minas Gerais – Minascaixa
Advogados: Haroldo Pimenta e outro
Recorrida: Lourdes Francisco da Silva Ferreira
Advogado: Laurem Gomes Tenório Cerezoli

EMENTA: Processual Civil – Embargos de terceiro – Procedência – Custas processuais – Condenação do embargado ao seu pagamento – Descabimento, no caso.

I – Se a penhora do bem pertencente a terceiro foi efetivada pelo oficial de Justiça, sem qualquer participação ou indicação do bem pelo exequente, que concordou com a desconstituição do ato constitutivo, não há como condená-lo ao pagamento das custas processuais, ainda que pela metade.

II – Recurso especial conhecido e provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, em que são partes as acima indicadas, decide a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas anexas, por unanimidade, conhecer do recurso especial e dar-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Participaram do julgamento os Srs. Ministros Carlos Alberto Menezes Direito e Nancy Andrighi. Não participaram do julgamento os Srs. Ministros Waldemar Zveiter e Ari Pargendler (§ 2º, art. 162, RISTJ).

Brasília-DF, 25 de setembro de 2000 (data do julgamento).

Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, Presidente.

Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, Relator.

Publicado no DJ de 13.11.2000.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro: O acórdão recorrido, ao julgar apelação interposta contra a sentença que julgou procedentes embargos de terceiro, por não considerar justo atribuir à Embargada os encargos decorrentes da sucumbência – porquanto, logo após intimada, concordou com

a impossibilidade legal da penhora sobre o imóvel, que não indicou, e requereu a cessação da constrição –, retirou a condenação em honorários e determinou o rateio das custas processuais.

Daí o presente recurso especial, fundado na letra c do permissivo constitucional, em que se alega dissídio com julgado do TRF da 5ª Região e acórdão desta Corte.

Sem contra-razões, o recurso foi admitido (fls. 100/101), subindo os autos a esta Corte, onde me vieram distribuídos.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro (Relator): Este é o voto-conductor do aresto recorrido (fls. 70/71):

“A apelada, através de embargos de terceiro, pediu a desconstituição da penhora efetivada sobre imóvel residencial de seus familiares, na execução por título extrajudicial movida pela Minascaixa contra seu marido, Agenor da Costa Ferreira e outros.

A Embargada manifesta-se nos autos em concordância com os embargos, requerendo a desconstituição da penhora e a isenção de sua condenação nos ônus sucumbenciais.

A sentença, concluindo pela procedência dos embargos, anulou a constrição judicial sobre o imóvel e condenou a autarquia em custas e honorários, arbitrados em 15% sobre o valor da causa.

Em sua apelação, a Minascaixa alega que não indicou os bens à penhora nem lhe foi aberta vista para concordar com a constrição judicial efetivada pelo oficial de Justiça, daí não há como atribuir-lhe responsabilidade pelos atos praticados sem o seu conhecimento e concordância.

Do exame dos autos do processo de execução, extrai-se que os executados ofereceram em penhora o veículo Ford/Jeep, 1973, cor azul, placa KB 0752, chassi LA1BNJ13764 e a Exequente, julgando a oferta insuficiente para garantir a execução, indicou para penhora o Sítio Santo Antônio, composto por duas glebas de terra, sendo a 1ª com 4.77,42ha. Reg. no CRIBB sob o n. R.23.932, livro 21, fl. 181, em 24.5.1983 e na 2ª com 3.10,01, Reg. no CRIBB sob o n. 16.95, livro

2, fl. 364, em 9.6.1978. Imóvel de propriedade do sr. Lázaro da Costa Ferreira.

Não consta dos autos a indicação pela Apelante do imóvel residencial de Agenor da Costa Ferreira e sua família, o que nos leva a concluir que a penhora deste foi efetivada sem o seu conhecimento e concordância.

Entendendo dessa forma, não considero justo atribuir-lhe os encargos decorrentes da sucumbência, mesmo porque, logo que intimada, a Apelante concordando com a impossibilidade legal de penhora sobre aquele imóvel, requereu a cessação da constrição judicial.

Por outro lado, é de se observar, também, que o imóvel em causa está registrado como 'terreno vago', o que evidencia culpa da própria Embargante e de seu marido ao não ter providenciado a averbação da casa, oportunamente.

Nestes termos, dou provimento parcial à apelação para reformar a sentença e retirar a condenação em honorários e determinar o rateio das custas processuais.”

Em caso semelhante, esta Corte, ao julgar o REsp n. 47.727-0-MG (fls. 86/89), conheceu do recurso e negou-lhe provimento para manter o julgado que afastara a condenação do Embargado ao pagamento das despesas do processo.

Por isso, conheço do recurso.

E, no mérito, dou-lhe provimento, a fim de que prevaleça a fundamentação do acórdão paradigma. Com efeito, as despesas processuais, entre as quais se incluem as custas, devem ser suportadas por quem lhes houver dado causa. Na espécie, a Recorrente nenhuma responsabilidade teve pela prática do ato construtivo afastado pelo acolhimento dos embargos de terceiro. Por isso não há por que pagar as custas, ainda que pela metade.

No citado paradigma, da relatoria do Ministro Nilson Naves, a questão foi amplamente debatida nesta Turma, ensejando pedidos de vista dos ilustres Ministros Eduardo Ribeiro e Waldemar Zveiter, que votaram com o Relator.

Naquele ensejo, o acórdão impugnado examinara amplamente a questão, trazendo à colação ensinamentos de **Humberto Theodoro Júnior** e **Ernani Fidélis dos Santos**, que transcrevo:

“Parece-me, portanto, plenamente aplicável à espécie a lição de **Humberto Theodoro Júnior** – Curso de Direito Processual Civil – vol. III – 4ª edição – n. 1.441 – p. 1.826:

‘Se, porém, nenhuma oportunidade se deu ainda ao embargado para conhecer do ato realizado por iniciativa apenas do oficial de Justiça, sem nomeação ou mesmo sem ciência do exequente, e este, logo ao tomar conhecimento da medida impugnada, através dos embargos, reconhece prontamente o direito do embargante e pede o levantamento da penhora, não é justo imputar ao primeiro, nestas circunstâncias, o ônus da sucumbência porquanto o incidente decorreu de um ato judicial que não lhe pode ser atribuído a título algum. A falha, **in casu**, seria apenas do aparelhamento judiciário e só o Poder Público haverá de responder por suas conseqüências.’

No mesmo sentido, a lição de **Ernani Fidélis dos Santos** – Manual de Direito Processual Civil – volume 4 – Ed. Saraiva, 1988 – n. 1.560 – p. 132:

‘Se o interessado não tiver nenhuma participação no ato judicial (como seria hipótese de penhora ou arresto feito pelo oficial de Justiça, sem a indicação específica do exequente ou arrestante) e também não contestar, não fica sujeito a custas e honorários de advogado, sendo o ônus do Estado, apurável em ação própria.’

Naquela assentada, argumentou conclusivamente o Ministro Nilson Naves:

“De que decorre a obrigação de pagar despesas e honorários advocatícios pelo pedido de tutela jurisdicional, a saber, pela utilização do processo? Decorreria da sucumbência, puramente, segundo o brocardo romano **victus victori expensas condenatur** (confira-se entre outras a RTJ 99/1.172). Por isso assim ementei o REsp n. 26.926: ‘Ação rescisória. Despesas e honorários de advogado. Julgada procedente a ação, cabe condenar-se o vencido a pagar ao vencedor as despesas que antecipou e os honorários advocatícios. Código de Processo Civil, art. 20. Recurso especial conhecido e provido’ (DJ de

9.5.1994). Decorreria da causalidade, que não seria estranho a **Chio-venda**, segundo o Sr. Ministro Eduardo Ribeiro, que assim ementou os REspS n. 7.570 e 39.462: ‘Extinção do processo por desaparecimento do objeto. Honorários. Deverá o juiz pesquisar se havia o interesse, quando do ajuizamento da demanda, o motivo por que desapareceu e se a pretensão era fundada. Verificará, assim, quem deu causa, de modo objetivamente injurídico, à instauração do processo, devendo arcar, em conseqüência, com custas e honorários’ (RSTJ – 21.498); ‘As despesas processuais serão suportadas por quem houver dado causa, de modo objetivamente injurídico, à instauração do processo. Ter-se-á de pesquisar, por conseguinte, se fundada a pretensão’ (sessão de 19.4.1994).

Seja lá qual for o melhor princípio para justificar deva ‘o vencido pagar ao vencedor as despesas que antecipou os honorários advocatícios’, não creio tenha neste caso o **soi-disant** embargado que responder pelos honorários advocatícios dos **soi-disant** embargantes. No que tange às custas, a verba não vem a propósito, uma vez que o juiz, quando julgou os embargos de declaração, concluiu dessa forma: ‘Custas, **ex lege**, pelos cofres do Estado’ fl. 85. Não creio deva responder, porque o caso não comporta se fale a seu respeito que houve derrota, objetivamente, ou porque não é certo tenha o Banco do Brasil S/A dado causa ao processo.

É de se notar ter o acórdão recorrido afirmado que a penhora se efetivara por iniciativa única e exclusiva do meirinho, ou que o então apelado não tivera participação alguma na penhora indevida de bens do então apelante. Tanto que o juiz se limitou, após a audiência do Banco (e este reclamara do procedimento do oficial, ‘desatento ao seu mister, procedeu penhora de bens pertencentes a terceiros’), a decidir assim:

‘I) Verifica-se que, realmente, o sr. oficial de Justiça procedeu à penhora de bens de terceiros, com o que concorda plenamente a instituição-embargada e exeqüente;

II) Declaro, pois, nula a penhora de fls. 34 e 35 dos autos principais, determinando, pois, que seja expedido novo mandado de penhora;

III) Após procedida a nova penhora, nomeio como depositária a sra. Arlete Helena Aquino Batista;

- IV) Após, vista geral;
- V) Cumpra-se **incontinenti**'.

E por ocasião dos embargos de declaração, concluindo desta maneira:

‘Diante do exposto e ainda, sugando a seiva de tudo que foi narrado no decorrer do presente processado, mantenho a teor da modesta decisão de fl. 69-v, para, em conseqüência, conceder aos Embargantes a posse definitiva do imóvel penhorado irregularmente, na parte que lhes pertence, julgando procedentes os embargos declaratórios, em parte, deixando de condenar a Instituição-embargada aos ônus da sucumbência, já que o equívoco partiu de um agente do Estado e a Embargada em nada contribuiu para tal procedimento equivocado.

Expeça-se o competente mandado em favor dos Embargantes, assegurando aos mesmos a posse do imóvel supra, na parte que lhes pertence.

Custas, **ex lege**, pelos cofres do Estado.’

Do contexto, não houve nem vencido nem vencedor, logo à espécie não tem aplicação o aludido art. 20, e também não se aplica o art. 26, por não ser o caso de processo terminado por desistência ou reconhecimento. Inviável, pois, o recurso pelo fundamento da alínea a.

Do recurso, no entanto, conheço pela alínea c, parecendo-me **quantum satis** configurada a divergência. Nego-lhe, porém, provimento. Entendo exata a posição do acórdão recorrido, que se ajusta a precedentes desta Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, tais acima declinados.

Conheço pelo dissídio, mas nego provimento” (fls. 87/88).

A seguir, aduziu o Ministro Eduardo Ribeiro, em seu voto-vista:

“Reside a questão em saber quem haverá de arcar com os honorários do advogado do embargante quando este não teve participação no ato da penhora nem se opôs a seu desfazimento.

A aplicação, sem outras indagações, do princípio da sucumbência, levaria à condenação do embargado. No tema, entretanto, não se pode

deixar de considerar que a justificativa daquele princípio está na causalidade. Esse o entendimento que conduziu ao julgamento do recurso especial, de que fui relator, citado no voto que me precedeu.

No caso, o acórdão recorrido deixou expresso que o apelado não teve participação alguma na penhora. Há de entender-se que nem mesmo por omissão concorreu para o ato que atingiu bens do ora recorrente.

Em tais circunstâncias, o prejuízo sofrido pelo embargante, com a contratação de advogado, será suportado por quem lhe deu causa, como decidiu o julgador em exame.

Acompanho o Relator” (fl. 88).

Nessa linha, em voto-vista, também se pronunciou o Ministro Waldemar Zveiter.

Diante da orientação consubstanciada nos precedentes desta Turma e dos ensinamentos doutrinários que adoto sobre a matéria, em conclusão conheço do recurso e dou-lhe provimento.

VOTO-VISTA

A Sra. Ministra Nancy Andrighi: Cuida-se de recurso especial interposto em face de v. acórdão que excluiu a condenação em honorários advocatícios em ação de embargos de terceiro, cujo pedido foi julgado procedente para desconstituir a penhora sobre bem de família de terceiro, mas determinou o rateio de custas processuais.

Narram os autos que a constrição judicial foi indevida, porque o oficial de Justiça penhorou bem imóvel não arrolado pelo credor, que pertencia a terceiro, mas que não estava, ainda, registrado no cartório de imóveis.

Apesar do acórdão reconhecer que o credor não contribuiu para que recaísse a penhora sobre bem de terceiro, a condenação proporcional em custas processuais foi debitada ao credor.

Portanto, a questão jurídica remanescente é saber se o credor, que não contribuiu para a equivocada constrição judicial de bem de terceiro, também deve ser isentado de qualquer responsabilidade pelo pagamento de custas processuais.

No presente caso, o Recorrente não foi responsável pela constrição judicial indevida, que, mesmo procedida pelo oficial de Justiça, não se lhe

pode atribuir culpa, porque não registrado o bem imóvel perante o cartório extrajudicial competente.

Sendo assim, também não se pode imputar qualquer responsabilidade do Estado porque foi a conduta omissiva da Recorrida, em não registrar seu domínio, que ocasionou o gravame, motivo pelo qual somente a Embargante-recorrida deve arcar com as custas processuais.

“Processual Civil. Execução. Embargos de terceiro. Desconstituição de penhora. Bem imóvel pertencente a sócio de sociedade de responsabilidade limitada. Irregularidade.

I – Penhora efetivada sobre bem imóvel de terceiro, que não é parte no processo, por iniciativa exclusiva do oficial de Justiça. A desconstituição da penhora poderia ter sido postulada através de simples petição nos autos da execução; optando pela via dos embargos de terceiro, deve arcar com as custas processuais, pelo manejo indevido deste remédio processual. Descabível a condenação da embargada em ônus da sucumbência, quando não resistida a pretensão.

II – Recurso não conhecido.” (REsp n. 148.322, Rel. Min. Waldemar Zveiter, DJ de 11.5.1998).

“Processual Civil. Execução. Penhora sobre bem pertencente a homônimo. Embargos de terceiro. Resistência à pretensão pela exequente-embargada. Verba sucumbencial devida.

I – A jurisprudência do STJ tem reconhecido a possibilidade de o exequente ser isentado do pagamento da verba de sucumbência imposta em embargos de terceiro, se provado que a penhora ocorrida sobre bem alheio ao do executado decorreu, exclusivamente, de equívoco do oficial de Justiça, portanto da máquina judiciária, sem que o exequente opusesse qualquer resistência ao levantamento da construção, uma vez apontado o erro” (REsps n. 45.727-MG, 148.322-RS e 75.008-MG). (REsp n. 176.589, Rel. Min. Aldir Passarinho, DJ de 26.6.2000).

Forte nestas razões, *dou provimento* ao recurso especial, para excluir a condenação em custas processuais.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 127.541 – RS
(Registro n. 97.0025451-8)

Relator: Ministro Eduardo Ribeiro
Recorrente: Marco Túlio Menna Barreto de Vilhena
Advogados: Fernando Malheiros e outros
Recorrida: Samanta da Silva Amaral (menor impúbere)
Representada por: Manuel Munhoz Pereira
Advogados: Carlos Henrique da Silva Rey e outro

EMENTA: Adoção – Investigação de paternidade – Possibilidade.

Admitir-se o reconhecimento do vínculo biológico de paternidade não envolve qualquer desconsideração ao disposto no artigo 48 da Lei n. 8.069/1990. A adoção subsiste inalterada.

A lei determina o desaparecimento dos vínculos jurídicos com pais e parentes, mas, evidentemente, persistem os naturais, daí a ressalva quanto aos impedimentos matrimoniais. Possibilidade de existir, ainda, respeitável necessidade psicológica de se conhecer os verdadeiros pais.

Inexistência, em nosso Direito, de norma proibitiva, prevalecendo o disposto no artigo 27 do ECA.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do recurso especial. Participaram do julgamento os Srs. Ministros Waldemar Zveiter, Ari Pargendler, Carlos Alberto Menezes Direito e Nilson Naves.

Brasília-DF, 10 de abril de 2000 (data do julgamento).

Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, Presidente.

Ministro Eduardo Ribeiro, Relator.

Publicado no DJ de 28.8.2000.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Eduardo Ribeiro: Samanta da Silva Amaral, representada por seu pai adotivo, Ary Taquarembó Freire, propôs ação de investigação de paternidade, cumulada com alimentos.

A sentença extinguiu o processo, sem julgamento de mérito, acolhendo a preliminar de carência de ação, argüida pelo réu, Marco Túlio Menna Barreto de Vilhena. Entendeu o magistrado de 1ª grau que, sendo a adoção irrevogável, não poderia o filho adotivo investigar a sua paternidade biológica.

Apelou a Autora. O Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, por unanimidade, deu provimento ao recurso para cassar a sentença. Esta a ementa do acórdão:

“Filha adotiva. Investigação de paternidade. Possibilidade. Os deveres erigidos em garantia constitucional à criança e ao adolescente, na Carta de 1988, em seu art. 227, se sobrepõem às regras formais de qualquer natureza e não podem ser relegados a um plano secundário, apenas por amor à suposta intangibilidade ao instituto da adoção. Opor à justa pretensão da menor adotada em ver reconhecida a paternidade biológica, os embaraços na sentença, é o mesmo que entender que, alguém registrado em nome de um casal seja impedido de investigar sua verdadeira paternidade, porque a filiação é tanto ou mais irrevogável do que a adoção. No entanto, a todo momento, deparamos com pessoas registradas como filhos de terceiros, que obtêm reconhecimento da verdadeira paternidade e têm, por conseqüência, anulado o registro anterior. Sentença cassada, para que outra seja proferida, enfrentado o mérito da causa.”

Opôs o Réu embargos de declaração, rejeitados pelo Relator. O Revisor, contudo, reconheceu haver contradição em seu voto, afirmando que “a premissa inicial não fechou com a conclusão a que chegou o voto”. Admitiu, por essa razão, os embargos, emprestando-lhes efeito infringente, para manter a sentença que extinguiu o processo, sem julgamento de mérito. Concluiu o Desembargador-Revisor pela “impossibilidade de o adotado investigar a sua paternidade biológica, sem antes anular a adoção feita”. A anulação, todavia, só seria viável caso o ato contivesse algum vício, pois, do contrário, a adoção seria irrevogável. Já o vogal, acolheu parcialmente os

embargos de declaração, para explicitar o voto proferido por ocasião do julgamento da apelação, no que foi seguido pelo Relator, que retificou o seu voto.

O Réu, com base no voto proferido pelo Revisor nos declaratórios, apresentou embargos infringentes, rejeitados por maioria. Destaque-se a ementa do acórdão:

“Investigação de paternidade. Filho adotivo. Possibilidade jurídica. O filho de mãe solteira, adotado na modalidade simples do antigo Código de Menores, presente que a nova ordem constitucional tornou todas as formas de adoção irrevogáveis, não precisa desconstituir a adoção, para investigar a paternidade. Se não tinha pai conhecido por ocasião da adoção, nada impede que busque saber quem ele é, sem prejuízo do vínculo civil. Inteligência dos arts. 27 e 41 do ECA, e do art. 378 do Código Civil, sob inspiração do princípio da proteção integral da criança; embargos infringentes rejeitados.”

Contra essa decisão interpôs o Réu recursos extraordinário e especial. Nesse último, alegou terem sido violados os artigos 348 do Código Civil e 113 da Lei n. 6.015/1973. Apontou dissídio com acórdãos desta Corte entendendo que, havendo registro prévio, a ação de investigação de paternidade não poderia ser movida sem que se pedisse a nulidade do existente, provando-se, ainda, que esse era resultante de erro ou falsidade. Reafirmou não poder “o filho investigar a paternidade sem desfazer seu registro anterior, mesmo que de forma cumulada ou incidental”, ponderando, ainda, “não haver permissão legal, a teor do que dispõe o CC – art. 348, para a convivência de duas formas de filiação, da adotiva com a biológica, pois que uma e outra estão equiparadas, por força do preceito constitucional”.

Invocou os artigos 41 e 48 do Estatuto da Criança e do Adolescente Questionou qual o efeito do desligamento dos vínculos entre o adotado e seus pais e parentes naturais, se se permite possa ele investigar a sua paternidade. Insiste ser “absolutamente impossível, ante a atual sistemática, a coabitação das duas formas de filiação, verdadeira bigamia parental, que cria situação teratológica, de um filho que terá dois pais, duas mães, oito avós paternos e maternos, e assim por diante, além do virtual recebimento de variadas heranças”. Ressaltou, também, não existir o dever de prestar alimentos entre pais e filhos genéticos se ocorre a adoção.

Asseverou, por fim, que a Constituição Federal de 1988 não recepcionou os dispositivos do Código Civil que tratam da adoção do menor e do

adolescente, razão pela qual o artigo 378 do Código Civil não poderia fundamentar a decisão recorrida. Nesse ponto, apontou dissídio com acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (RT 728/234).

Admitidos ambos os recursos, vieram os autos a esta Corte.

O Ministério Público Federal opinou pelo não-conhecimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Eduardo Ribeiro (Relator): Oferecendo a questão, inevitavelmente, alguma dificuldade, cumpre que, de logo, se afastem alguns empecos que são apenas aparentes.

Em primeiro lugar, não há cogitar de possíveis efeitos do reconhecimento da paternidade em relação à adoção, pois, em verdade, não há efeito algum. A adoção continua inalterada, persistindo sem a mais mínima modificação, que só poderá ocorrer caso se demonstre que apresentou algum vício. Desse modo, não há razão para que se invoque a irrevogabilidade estabelecida pelo artigo 48 da Lei n. 8.069/1990.

Igualmente inexistente base para que se pretenda haja sido contrariado o que se contém no artigo 348 do Código Civil, assim como não têm pertinência, com a hipótese, os acórdãos invocados que se fundaram naquela disposição. Não há, na espécie, vício do registro em primeiro lugar efetuado que, aliás, consignou apenas a maternidade. Nem se sustenta exista no registro decorrente da adoção que, uma vez mais repito, não será afetado pelo julgamento da presente ação.

O também citado artigo 113 da Lei dos Registros Públicos não constitui óbice algum a que se investigue a paternidade.

O problema se coloca em vista do que estabelece o artigo 41 do Estatuto da Criança e do Adolescente. De acordo com a norma que ali se encontra, a adoção desliga o adotado de qualquer vínculo com pais e parentes, salvo os impedimentos matrimoniais.

Cumprido, entretanto, observar. Se os vínculos jurídicos desaparecem, claro que não se podem extinguir os laços naturais e, por isso mesmo, persistem os citados impedimentos. E pode corresponder a uma respeitável necessidade psicológica o conhecimento dos pais biológicos. De qualquer sorte, algum interesse jurídico resta, em razão dos óbices ao casamento.

Não me animaria, ademais, a excluir por completo a possibilidade de se pedir alimentos, não obstante os termos do mencionado artigo 41. Suponha-se a hipótese de criança de tenra idade, cujos pais adotivos viessem a falecer ou a cair na miséria. Parece-me que a ela, que não foi ouvida sobre a adoção, não se poderia impedir de pretender alimentos de seus pais biológicos. É o direito à vida que está aí envolvido.

Não se nega que haja algumas dificuldades práticas, entre elas a de complementar-se um registro que terá sido cancelado. São questões menores, entretanto. Em verdade, o registro não será indispensável, dado que escassas, como visto, as conseqüências jurídicas.

Parece-me que correta a conclusão a que chegou **Antônio Chaves** ao afirmar que “no nosso Direito não existe base legal alguma para proibir o reconhecimento do adotado e menos ainda a determinação judicial da filiação”, embora considere que isso seria conveniente de **lege ferenda**. O que no ordenamento pátrio existe é norma admitindo amplamente o reconhecimento do estado de filiação (art. 27 da Lei n. 8.069).

Em vista do exposto, não demonstrado o dissídio e não tendo havido ofensa à lei, não conheço do recurso.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito: Trata-se de ação de investigação de paternidade ajuizada por menor impúbere, representada por seu pai adotivo, cumulada com alimentos. A sentença extinguiu o processo por carência de ação. O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul reformou a sentença para afastar a carência de ação. Os embargos de declaração foram acolhidos, em parte.

O Sr. Ministro Eduardo Ribeiro, Relator, não conheceu do especial. Reconhecendo que a questão oferece alguma dificuldade, entendeu que se os vínculos jurídicos desaparecem, “claro que não se podem extinguir os laços naturais e, por isso mesmo, persistem os citados impedimentos. E pode corresponder a uma respeitável necessidade psicológica o conhecimento dos pais biológicos. De qualquer sorte, algum interesse jurídico resta, em razão dos óbices ao casamento”. Considerou, ainda, o Sr. Ministro Eduardo Ribeiro, que não se animaria a “excluir por completo a possibilidade de se pedir alimentos, não obstante os termos do mencionado artigo 41. Suponha-se a hipótese de criança de tenra idade, cujos pais adotivos viessem a falecer ou a cair na miséria. Parece-me que a ela, que não foi ouvida sobre a adoção, não

se poderia impedir de pretender alimentos de seus pais biológicos. É o direito à vida que está envolvido”.

Como já destacado, o pedido inicial é de investigação de paternidade cumulado com alimentos. Os pais adotivos são falecidos desde 1992 e a Autora tem hoje cerca de vinte anos.

A adoção foi feita por escritura pública em 5.6.1984, mantendo a adotada o nome de sua família biológica, com a indicação precisa dos avós (fls. 22/23). A adoção consumou-se, portanto, sob o regime do Código Civil, vigente o antigo Código de Menores, Lei n. 6.697, de 10.10.1979.

A primeira questão é sobre a possibilidade da investigação de paternidade. A regra do art. 376 do Código Civil estabelece que o “parentesco resultante da adoção (art. 336) limita-se ao adotante e ao adotado, salvo quanto aos impedimentos matrimoniais, a cujo respeito se observará o disposto no art. 183, III e V”. E o novo ordenamento jurídico, no art. 41, embora comandando que a condição de filho é atribuída pela adoção, desligando o adotado de qualquer vínculo com pais e parentes, mantém a ressalva quanto aos impedimentos matrimoniais. E, mais, no art. 27, o Estatuto da Criança e do Adolescente prescreve que o “reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercitado contra os pais ou seus herdeiros, sem qualquer restrição, observado o segredo de justiça”. Não existe aqui conflito algum entre a lei antiga e a lei nova.

A segunda questão, a meu sentir, oferece maior dificuldade.

No regime do Código Civil, o adotado, quando menor, que é o caso dos autos, pode desligar-se da adoção “no ano imediato ao em que cessar a interdição, ou a menoridade”. E, ainda, no art. 378, estabelece que os “direitos e deveres que resultam do parentesco natural não se extinguem pela adoção, exceto o pátrio poder, que será transferido do pai natural para o adotivo”.

No magistério de **Clovis Bevilacqua**, a “adoção coloca o filho adotivo em uma posição especial. Fá-lo adquirir todos os direitos de filho legítimo do adotante, sem perder os que, anteriormente, possuía em relação à sua família natural, que subsistem íntegros, como se não sobreviesse a adoção. Há para ele, apenas, um acréscimo de direitos. Quanto aos deveres, subsistem os que não entram em conflito com sua nova posição” (Comentários, vol. 2, 12ª ed. atualizada por **Aquilles Bevilacqua**, p.p. 277/278). Dúvida não há, portanto, que sob o regime do Código Civil, é perfeitamente possível ao adotado requerer os alimentos ao pai biológico.

Ocorre que o Estatuto da Criança e do Adolescente, de 1990, regula de modo diverso os efeitos da adoção. O art. 41 do Estatuto da Criança e do Adolescente, a Lei n. 8.069, de 13.7.1990, atribui a condição de filho ao adotado, “desligando-o de qualquer vínculo com pais e parentes, salvo os impedimentos matrimoniais”. Comanda, também, no art. 48, que a adoção é irrevogável. Ademais, no regime novo, procura-se dar conseqüência ao rompimento do vínculo com os pais biológicos e seus parentes, seja determinando que o vínculo constitui-se “por sentença judicial, que será inscrita no registro civil mediante mandado do qual não se fornecerá certidão” (art. 47), seja determinando que a “inscrição consignará o nome dos adotantes como pais, bem como o nome de seus ascendentes” (§ 1^a), seja estabelecendo que o “mandado judicial, que será arquivado, cancelará o registro original do adotado” (§ 2^a), seja vedando qualquer observação sobre a origem do ato nas certidões de registro (§ 3^a). O que o ECA criou foi, na verdade, uma nova filiação, atribuindo ao adotado o nome do adotante e, até mesmo, autorizou a modificação do prenome (§ 5^a do art. 47). Impôs, portanto, uma verdadeira ruptura com o passado.

Por outro lado, quando foi assinada a escritura de adoção, estava em vigor o antigo Código de Menores, que já previa a adoção simples e a adoção plena, esta última com as características da disciplina do ECA, a tanto equivale a regra do art. 29 daquele revogado Código. Mas, a leitura da escritura revela que foi feita a opção pela adoção simples, sob o sistema do Código Civil.

Sob o regime da lei anterior, presente a adoção simples, não há dúvida alguma de que é possível pedir o adotante alimentos ao seu pai biológico. Como visto, não há ruptura dos vínculos decorrentes do parentesco natural. Anota **Arnoldo Wald**, que os “direitos e deveres oriundos do parentesco natural não se extinguem pela adoção, exceto o pátrio poder, que se transfere ao adotante. Assim, o filho pode pedir alimentos ao pai natural, quando o adotante não os puder fornecer” (O Novo Direito de Família, RT, 12^a ed., p. 191).

Não creio, em princípio, que seja possível o pedido de alimentos na disciplina do ECA. Há um completo rompimento. O art. 41 é muito claro ao prescrever o desligamento de qualquer vínculo do adotado com os pais e parentes. Se não há vínculo, na minha compreensão, não há fundamento para o pedido de alimentos. É claro que a disciplina do ECA está fundada em uma ficção jurídica, à medida que, do ponto de vista natural, não há como desconhecer a existência do laço biológico. De todos os modos, não vejo, neste momento, caminho no direito positivo para restabelecer o vínculo com a família biológica e, desse modo, ensejar o pedido de alimentos.

Acontece que, neste caso, há a peculiaridade de ter sido realizada a adoção simples, sob o regime anterior, o que poderia excluir a incidência do ECA e abrir passagem para o pedido de alimentos.

Ao votar no REsp n. 64.403-SP, da relatoria do Sr. Ministro Waldemar Zveiter, sobre a revogação da adoção, com o advento da Lei n. 4.655/1965, afirmei que o “Direito Constitucional brasileiro não acolheu a teoria objetiva da situação jurídica de **Roubier**, assim feita a distinção entre aplicação aos fatos pretéritos e aplicação às situações em curso, mas, sim, a teoria subjetiva dos direitos adquiridos. Com isso, impõe-se considerar, como fez em notável voto o Sr. Ministro Moreira Alves, que ‘a questão da aplicação da lei nova aos **facta pendentia** se resolve com a verificação da ocorrência, ou não, no caso, de direito adquirido, de ato jurídico perfeito ou de coisa julgada’” (RTJ 143/747).

Não é fácil precisar o que seja direito adquirido.

Já **Pedro Nunes** ensinava que direito adquirido é “toda vantagem jurídica, líquida, lícita e concreta que alguém adquire, de acordo com a lei então vigente, e incorpora, definitivamente, ao seu patrimônio, desde quando começa a produzir efeito útil ao seu titular, de quem não pode ser subtraída por mera vontade alheia; direito cujo início de exercício tenha termo pré-fixado ou condições preestabelecidas e inalteráveis. É todo direito impassível de retroatividade, em virtude do que não se subordina à lei nova” (Dicionário de Tecnologia Jurídica, Renovar, 13ª ed., 1999, p. 413).

Por seu turno, **Carlos Maximiliano** entende que para se “poder chamar *adquirido* um direito, não basta que seja concreto, granjeado por um indivíduo em virtude de um fato idôneo a produzi-lo; é necessário, também, que se haja tornado elemento ou parte do patrimônio pessoal do respectivo titular. Ao que se reveste de tal requisito, aplica-se, na íntegra, a lei nova”. Na lição do mestre, é “qualidade intrínseca do *direito adquirido* o proporcionar *utilidade* ao seu titular; constituir prerrogativa *privada*, contendo vantagem *particular* e tornando-se um elemento da personalidade do indivíduo. O direito que se relaciona, de modo direto e precípua, com o interesse *público* ou *político*, aplica-se-a imediatamente; modifica-se, muda-se ao sabor das leis” (Direito Intertemporal, Liv. Freitas Bastos, 2ª ed., 1955, p. 43).

Já **Eduardo Espínola** e **Eduardo Espínola Filho** advertem que para que o “direito se repute completamente adquirido por uma pessoa, é necessário se verifiquem, em relação a ela, todas as circunstâncias, a que a norma jurídica atribui esse efeito” (A Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro, Renovar, vol. 1ª, atualizada por **Silva Pacheco**, 1995, p. 271).

Finalmente, merece lembrado o magistério de **Pontes de Miranda**, depois de exaustivo estudo das diversas correntes sobre o tema, afirmando que o direito adquirido “é o direito irradiado de fato jurídico, quando a lei não o concebeu como atingível pela lei nova”. Mais adiante, afirma **Pontes** “que a lei nova não pode retirar do mundo jurídico o ato jurídico perfeito nem alterá-lo. Também a lei não pode retirar do mundo jurídico o fato jurídico, porque, entrado, seria invadir o passado” (Comentários à Constituição de 1967, Forense, Tomo V, 1987, p.p. 78/79 e 101).

Carlos Maximiliano indicou a regra de direito intertemporal sobre adoção nos termos que se seguem:

“Além do parentesco legítimo e do ilegítimo, existe o civil; decorre da adoção; regula-se pelos postulados imperantes ao tempo em que esta se efetua; quanto à forma da concessão ou aquisição, capacidade do adotante e do adotado, exigência do consentimento do outro cônjuge e demais requisitos (1).

O conteúdo verdadeiro e próprio, ou os efeitos da adoção, os principais e essenciais, isto é, os concernentes às relações pessoais entre pai e filho adotivo, embora advindos de um contrato, regulam-se, como os casos de estado de pessoa, conforme a lei nova; pois não constituem direitos adquiridos (2). Os efeitos *patrimoniais*, direitos acessórios e eventuais, regem-se pelas normas da época da adoção, porque se alinham entre as conseqüências de um contrato (3). O mesmo se diga, e pela mesma razão, quanto à prerrogativa de conservar o nome do adotante (4).

Os direitos hereditários, do ascendente ou do descendente, adotivo obedecem à regra geral: disciplina-os a lei da época da abertura da sucessão (5).

O estado de filho, ou de pai, adotivo, constitui direito adquirido; rege-se pelos preceitos vigentes quando se efetuou a adoção, ainda que sobrevenham outros em contrário. Ainda mesmo que estes colimem abolir o instituto, deixarão de pé o parentesco civil estabelecido antes.” (cit. p. 106).

Qual será, diante desse cenário doutrinário, a situação da Autora no que concerne ao seu regime de adoção para o efeito do pedido de alimentos, considerando a diferença de prescrição no direito positivo antigo e no novo?

O caso concreto, como já salientado, é o de uma adoção simples sob

o regime do Código Civil, vigente o antigo Código de Menores, Lei n. 6.697, de 10.10.1979, que previa tanto a adoção simples (artigos 27 e 28) como a adoção plena (artigos 29 a 37).

Como sabido, no regime da adoção simples, a situação jurídica do adotado não impõe o desligamento do vínculo com a família biológica, o que ocorre com a adoção plena, que atribui a situação de filho ao adotado, “desligando-o de qualquer vínculo com pais e parentes, salvo os impedimentos matrimoniais”, ademais de determinar que “nenhuma observação poderá constar sobre a origem do ato”. Na adoção plena apaga-se o passado no plano jurídico, passando a existir somente a família da adoção. Para **Antônio Chaves**, a “adoção plena dá lugar, para usar as expressões de **Dusi**, a um ‘estado permanente, perpétuo e imutável’”, sendo “um instituto de caráter definitivo” (Adoção, Del Rey, 1995, p. 83).

É certo que com o advento da Constituição de 1988, art. 227, §§ 5^a e 6^a, desapareceu a distinção entre adoção plena e adoção simples, na situação do menor. Os filhos adotivos igualam-se, em tudo, aos filhos naturais. Mas, o fato concreto não é saber se a distinção permanece ou se os artigos do Código Civil que tratam da adoção civil estão revogados pela Constituição e pelo ECA. O que se deve perquirir agora é se o fato dessa equiparação implica a exclusão dos direitos que com a adoção consumada pelo Código Civil eram atribuídos ao adotado, como, por exemplo, o uso do nome da família originária, e, via de consequência, a manutenção dos vínculos com os parentes e familiares biológicos, e, assim, o direito a pedir alimentos ao pai biológico.

Na minha compreensão, o advento do ECA não desconstituiu a adoção simples consumada no regime do Código Civil. Nos termos da Constituição Federal (art. 227, § 6^a) os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, qualquer que seja o tipo, “terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”.

Esse comando constitucional não tem o condão, a meu sentir, de modificar as condições presentes na adoção simples, assim a manutenção dos vínculos com a família biológica, e, por conseguinte, o direito a pedir alimentos do pai natural, nada obstando, contudo, que seja feita a transmutação judicial da adoção simples em adoção plena. E assim é porque são direitos incorporados ao patrimônio do adotado, constituem direitos adquiridos, que, portanto, não são atingidos pela lei nova. A adoção simples consumada não se converte com a lei nova em adoção plena.

Lembro, por último, que esta Corte, com a relatoria do Sr. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira (REsp n. 26.834-RJ, DJ de 21.8.1995), enfrentou as conseqüências do advento do ECA diante de adoção simples de menor impúbere, realizada sob a égide do revogado Código de Menores, aplicando os princípios **tempus regit actum** e da irretroatividade das leis, guardando a ementa os termos que se seguem:

“Direito Civil. Adoção simples concretizada em 1981. Revogabilidade. Superveniência do Estatuto da Criança e do Adolescente. Irretroatividade. Recurso não conhecido.

O advento do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/1990) não teve o condão de tornar irrevogável adoção simples de menor impúbere realizada sob a égide do revogado Código de Menores (Lei n. 6.697/1979). Aplicação dos princípios **tempus regit actum** e da irretroatividade das leis.”

Com essas razões, eu não conheço do especial.

RECURSO ESPECIAL N. 134.536 – RS

(Registro n. 97.0038325-3)

Relator: Ministro Carlos Alberto Menezes Direito
Recorrente: Indústria e Comércio de Pesca Ltda – Incopesca
Advogado: Valderes Teixeira da Motta
Recorrido: Estado do Rio Grande do Sul
Advogados: Alexandre Mussoi Moreira e outros

EMENTA: Falência – Extinção das obrigações – Legitimidade e interesse para recorrer – Prescrição – Precedentes da Corte.

1. Havendo manifestação de oposição, mesmo que não regularmente processada pelo juiz, tem a parte legitimidade e interesse em recorrer quando a decisão causa-lhe prejuízo, como ocorre no presente feito, afastada pela decisão recorrida a aplicação do art. 191 do Código Tributário Nacional, mas deferida a extinção das obrigações da falida, embora ressaltando que as execuções fiscais correm em separado do processo falimentar.

2. A prescrição depende da sentença de encerramento da falência, como assentado em precedentes da Corte.

3. Recurso especial não conhecido.

ACÓRDÃO

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

Brasília-DF, 2 de maio de 2000 (data do julgamento).

Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, Presidente e Relator.

Publicado no DJ de 26.6.2000.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito: Incopecsa – Indústria e Comércio de Pesca Ltda interpõe recurso especial, com fundamento nas alíneas **a** e **c** do permissivo constitucional, contra acórdão proferido em embargos infringentes pelo 3º Grupo de Câmaras Cíveis do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, assim ementado:

“Falência. Extinção das obrigações do falido.

Pedido formulado com base nos artigos 132, § 1º; e 135, III, da Lei Falimentar. Sentença de improcedência. Apelação provida, por maioria, forte no entendimento de que ao caso aplica-se a Súmula n. 147 do STF, combinada com o art. 132, § 1º. Voto-vencido, no sentido de que o termo inicial de contagem do prazo é o da data do formal encerramento da falência, em aplicação ao disposto nos arts. 134 e 135, III, da Lei Falimentar. Interesse em recorrer, reconhecida a admissibilidade do recurso, em que pese a não-sujeição das execuções fiscais à falência, proclamada, expressamente, no acórdão. Ocorrência de prejuízo, por afronta ao art. 191 do CTN. Acolho (acolhe-se) os embargos. A disposição do art. 191 do CTN impede a declaração de extinção das obrigações do falido, sem que o requerente faça prova da quitação de todos os tributos. Situação amenizada pela jurisprudência,

em termos de que a falta de prova da quitação dos tributos só não obsta a declaração de extinção, se prescrito o crédito fazendário. Inocorrência, no caso, de alegação e demonstração neste sentido.” (fl. 195).

Sustenta a Recorrente confronto aos artigos 57, 61, 302, 499 e 530 do Código de Processo Civil. Argumenta que o Estado do Rio Grande do Sul não é parte interessada, pois a oposição não foi devidamente apresentada, não tendo assim legitimidade para opor embargos infringentes e que os fatos narrados na inicial que não sofreram impugnação presumem-se verdadeiros, requerendo, então, a restauração da decisão da Apelação Cível n. 59.413/1997.

Alega, ainda, violação aos artigos 199, parágrafo único; e 134 do Decreto-Lei n. 7.661/1945 e ao enunciado da Súmula n. 147 do Supremo Tribunal Federal, pois tais dispositivos afirmam que o **dies a quo** para a contagem do prazo prescricional no processo de falência tem início quando deveria estar encerrada a mesma.

Apresenta, finalmente, dissídio jurisprudencial, trazendo à colação julgados do Supremo Tribunal Federal, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro e do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Contra-arrazoado (fls. 234 a 239), o recurso especial foi admitido (fls. 247 a 249).

Opina o Dr. Roberto Casali, ilustrado Subprocurador-Geral da República, pelo não-conhecimento do recurso (fls. 255 a 259).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito (Relator): A Recorrente pretende a extinção das obrigações da falida pelo lapso temporal. O Estado do Rio Grande do Sul manifestou oposição exigindo que seja feita a prova da quitação de todos os tributos como condição para a extinção das obrigações. A sentença julgou improcedente o pedido. O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, por maioria, proveu o apelo. Mas, em embargos infringentes o Tribunal de origem, apoiado no art. 191 do Código Tributário Nacional, acolheu os embargos mesmo que para a extinção das obrigações do falido não seja necessário provar a quitação de todos os tributos, diante do tempero da jurisprudência, o fato é que se exige a demonstração da prescrição do crédito tributário, o que não se alegou nem demonstrou.

A primeira alegação do especial é sobre a legitimidade e o interesse do Estado do Rio Grande do Sul em recorrer. Não tem razão a Empresa-recorrente. Como mostrou o acórdão recorrido, o Estado do Rio Grande do Sul apresentou oposição, não tendo o juiz processado o pedido nos termos do art. 56 do Código de Processo Civil. Não houve declaratórios para suprir a omissão. Mas, o certo é que a sentença alcançou o seu interesse repelindo a pretensão da ora recorrente. Quando o Tribunal reformou a sentença por maioria, ficou evidente o interesse do Estado em ingressar com embargos infringentes, à medida que a decisão acarretou-lhe prejuízo. Por outro lado, o voto majoritário, de fato, assinalou que as obrigações fiscais e parafiscais têm tratamento separado, com o que não haveria controvérsia nesse aspecto. Ocorre que o Estado pretende que seja aplicado o art. 191 do Código Tributário Nacional, o que, evidentemente, não está contido no entendimento de correr fora do âmbito da falência as obrigações fiscais, não estando, portanto, afastado o interesse da Fazenda. Vale lembrar antigo precedente da Corte, de que foi Relator o Sr. Ministro Eduardo Ribeiro, consagrando o entendimento de que no recurso do terceiro interessado, “necessário se demonstre que a decisão recorrida afetará, direta ou indiretamente, relação jurídica de que o terceiro é titular” (REsp n. 19.802-MS, DJ de 25.5.1992). Desse modo, ainda que se desprezasse a condição de oponente, teria o Estado o interesse em recorrer decorrente da sua condição de terceiro interessado, diante dos termos do art. 191 do Código Tributário Nacional, que exige a prova da quitação de todos os tributos para a extinção das obrigações da falida.

A segunda alegação do especial está no âmbito da alínea c sobre o prazo prescricional. Para o paradigma, conta-se o prazo da data em que o processo deveria estar encerrado; para o acórdão recorrido, da data da sentença declaratória de encerramento da falência. De fato, o voto-condutor afirma que sem o encerramento formal da falência, por sentença, não há como correr o prazo de prescrição. Mas, aqui não colhe êxito a impugnação da Recorrente. Esta Corte já decidiu, com o voto-condutor do Sr. Ministro Nilson Naves, que a pretensão de extinguir as obrigações da falida não procede, “à míngua de sentença de encerramento da falência” (AgRg no Ag n. 146.139-MG, DJ de 17.2.1999; no mesmo sentido: REsp n. 50.702-RJ, Relator o Sr. Ministro Fontes de Alencar, DJ de 10.10.1994). Aplica-se, com toda pertinência, a Súmula n. 83 da Corte para afastar o conhecimento do especial pelo dissídio.

Eu não conheço do recurso especial.

RECURSO ESPECIAL N. 137.159 – SP

(Registro n. 97.0042737-4)

Relator: Ministro Antônio de Pádua Ribeiro
Recorrentes: Lile Bergamasco Durigan e outros
Advogado: Francisco de Assis Pereira
Recorrido: Mário Jampaulo
Advogado: Pedro Barbosa Ribeiro

EMENTA: Processual Civil – Agravo de instrumento – Instrução – Peças obrigatórias e peças essenciais – CPC, arts. 523, 525 e 557 – Hipótese em que incidem os textos do citado código, vigentes antes da sua modificação pelas Leis n. 9.139/1994 e 9.756/1998.

I – Antes da alteração dos arts. 523, 525 e 557 do CPC pelas Leis n. 9.139/1994 e 9.756/1998, a melhor exegese dos citados preceitos era no sentido de que se impunha a conversão do agravo em diligência para fins de suprimento da falta de peças de traslado obrigatório ou essenciais à compreensão da controvérsia.

II – Recurso especial conhecido e provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, em que são partes as acima indicadas, decide a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas anexas, por unanimidade, conhecer do recurso especial e dar-lhe provimento nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Participaram do julgamento os Srs. Ministros Ari Pargendler, Carlos Alberto Menezes Direito e Nancy Andrighi. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Waldemar Zveiter.

Brasília-DF, 25 de setembro de 2000 (data do julgamento).

Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, Presidente.

Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, Relator.

Publicado no DJ de 30.10.2000.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro: Trata-se de recurso especial

fundado nas letras **a** e **c** do permissivo constitucional em que os Recorrentes se insurgem contra acórdão do egrégio Tribunal **a quo** (fls. 142/143), integrado pelo proferido nos embargos declaratórios interpostos (fls. 153/155), o qual não conheceu do seu agravo porque, embora instruído com as peças de traslado obrigatório, não constou do instrumento peça, a seu ver, necessária ao julgamento.

Alegam os Recorrentes que, ao assim decidir, o acórdão recorrido violou o art. 557 do Código de Processo Civil, em sua redação anterior, e dissentiu de arestos de outros tribunais quanto à sua interpretação.

Admitido (fls. 198/201), o recurso subiu a esta Corte onde os respectivos autos vieram-me redistribuídos.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro (Relator): O acórdão recorrido está em dissídio com os paradigmas colacionados no sentido de, interpretando os textos legais de regência, concluir pela determinação de diligência para suprir a falta de peças essenciais à instrução do agravo. Conheço, pois, do recurso.

E, no mérito, dou-lhe provimento.

Esclareço, de início, que, no caso, o julgado recorrido foi proferido em 22.6.1994, antes, portanto, da vigência da Lei n. 9.139, de 30 de novembro de 1995, que alterou a redação dos arts. 523, 525 e 557 do Código de Processo Civil, o último dispositivo dos quais posteriormente alterado pela Lei n. 9.756, de 17 de dezembro de 1998.

Sabe-se que, até então, era o cartório que organizava o traslado, dirigindo-se a ele a determinação de transcrição obrigatória de determinadas peças para a formação do agravo.

Foi nesse contexto que o extinto Tribunal Federal de Recursos editou a Súmula n. 235, nestes termos:

“A falta de peças de traslado obrigatório será suprida com a conversão do agravo de instrumento em diligência.”

Com base no Código de Processo Civil de 1939, o Supremo Tribunal Federal editara a Súmula n. 288, **in verbis**:

“Nega-se provimento a agravo para subida de recurso extraordinário, quando faltar no traslado o despacho agravado, a decisão recorrida, a petição de recurso extraordinário ou qualquer peça essencial à compreensão da controvérsia.”

Prevalencia, porém, o entendimento de que o citado verbete não era aplicável aos agravos de instrumento interpostos de decisão de juiz para o competente tribunal de 2ª grau.

No que se refere às peças de traslado não-obrigatório, mas essenciais à compreensão da controvérsia (por exemplo, as peças mencionadas pelas obrigatórias, como no caso), creio que a melhor solução, em face da legislação então vigente, seria a de se lhes aplicar a mesma regra das peças de traslado obrigatório. À sua falta, devia o juiz converter o julgamento em diligência para suprir a deficiente formação do agravo. Acredito ser essa a exegese mais razoável à vista da legislação então em vigor.

Com efeito, dizia o art. 557 do Código de Processo Civil:

“Se o agravo for manifestamente improcedente, o Relator poderá indeferi-lo por despacho. Também por despacho poderá convertê-lo em diligência se estiver insuficientemente instruído.”

Em se tratando de peça essencial, a melhor hermenêutica do texto legal, à vista do exposto, consiste em concluir que não apenas “poderá”, mas “deverá” converter o feito em diligência, devendo peças essenciais, em tal caso, ser tidas como obrigatórias, especialmente quando estas a elas se referirem, como na espécie.

Hoje, com a alteração dos textos legais, esse entendimento não mais pode ser aceito, pois é dever do agravante, e não do cartório, providenciar a instrução do agravo com as peças obrigatórias e as demais essenciais à compreensão da controvérsia, assumindo, pois, o ônus da deficiência na formação do instrumento. Essa vinculação, aliás, segundo lembra **Theotonio Negrão**, é a que prevaleceu na IX ETAB, quando se publicou a sua terceira conclusão, assim redigida (Código de Processo Civil, nota 4 ao art. 525, Saraiva, 1999):

“O agravo de instrumento deve ser instruído com as peças *obrigatórias* e também com as *necessárias* ao exato conhecimento das questões discutidas. A falta de qualquer delas autoriza o Relator a negar seguimento ao agravo ou à Turma julgadora o não-conhecimento dele.”

Posto isso, em conclusão, diante das peculiaridades do caso concreto, ou seja, por tratar-se de questão cujo deslinde deve ser encontrado com apoio nos textos revogados, conheço do recurso e dou-lhe provimento.

RECURSO ESPECIAL N. 143.664 – SP

(Registro n. 97.0056294-8)

Relator: Ministro Carlos Alberto Menezes Direito
Recorrente: Carlos Teixeira Sayon
Advogado: Alexandre Vicente Sacilotto
Recorrentes: Maria Aparecida da Silva Pascoini e outro
Advogados: José Aparecido Castilho e outros
Recorrida: Tecelagem Jacyra Ltda
Advogado: Vicente Sacilotto Netto

EMENTA: Indenização de direito comum – Dano moral – Juros moratórios – Litisdenúnciação – Honorários de advogado – Precedentes da Corte.

1. Cabível é a indenização por dano moral em decorrência da morte do marido e pai das autoras.

2. Depois de alguma controvérsia, e embora existam precedentes em sentido contrário, a Turma converge no sentido de que em casos como o dos autos, a responsabilidade é contratual, correndo os juros da citação.

3. Improcedente a denúncia, cabível é a imposição da verba honorária, desinfluente o fato de pertencerem os advogados da litisdenunciante e do litisdenunciado ao mesmo escritório.

4. Recurso especial das autoras conhecido e provido, em parte, recurso especial do litisdenunciado conhecido e provido.

ACÓRDÃO

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

Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer em parte do recurso especial das autoras e dar-lhe provimento, e conhecer do recurso especial do litisdenunciado e dar-lhe provimento. Participaram do julgamento os Srs. Ministros Eduardo Ribeiro, Waldemar Zveiter e Ari Pargendler.

Brasília-DF, 4 de maio de 2000 (data do julgamento).

Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, Presidente e Relator.

Publicado no DJ de 26.6.2000.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito: Maria Aparecida da Silva Pascoini e outro e Carlos Teixeira Sayon interpõem recursos especiais, sendo o primeiro com base nas alíneas **a** e **c** do permissivo constitucional e o segundo apenas na alínea **a**, contra acórdão da Sexta Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, assim ementado:

“Ementa I – Indenização pelo direito comum. Acidente no trabalho. Desabamento de laje em construção, atingindo o obreiro. Culpa **in eligendo** ou **in vigilando** da empregadora dona da obra. Dever de indenizar.

Ementa II – Culpa não comprovada do arquiteto responsável técnico pela obra. Litisdenúnciação improcedente.” (fl. 445).

Embargos de declaração (fls. 454/455 e fls. 457/458) rejeitados (fls. 475 a 478).

Alegam as primeiras recorrentes violação ao art. 962 do Código Civil, pois os juros moratórios devem começar a contar do evento que enseja sua cobrança e não da citação. Apresentam, também, dissídio jurisprudencial, trazendo à colação julgados desta Corte sobre danos morais, dizendo que estes podem ser cumulados com os materiais e pagos à família da vítima.

Afirma o segundo recorrente contrariedade ao art. 20 do Código de Processo Civil, posto que, não deferida a denúnciação à lide, deve ser o denunciante condenado ao pagamento das custas e honorários advocatícios.

Contra-arrazoado (fls. 495 a 498 e 503), o primeiro recurso especial foi admitido (fls. 515 a 522).

Não houve contra-razões ao segundo recurso especial que, também, foi admitido (fls. 515 a 522).

Recursos extraordinário (fls. 482 a 484) e especial (fls. 487/488), da Tecelagem Jacyra Ltda, não conhecidos (fls. 515 a 522), havendo interposição de agravo de instrumento (fl. 524).

Parecer do ilustre Subprocurador-Geral da República Dr. José Antônio Leal Chaves, pelo provimento dos dois apelos.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito (Relator): Trata-se de ação de indenização pela morte do marido e pai das Autoras, que manifestam o segundo especial, julgada procedente, em parte, para condenar a Ré “ao pagamento de pensão no valor global de 3,348512 salários mínimos por mês, a partir da data do acidente, na forma prevista na Súmula n. 490 do STF, até a data em que o falecido completaria 65 anos ou até que a primeira requerente venha contrair novo matrimônio e, até que a segunda complete 21 anos de idade. Incidirão juros moratórios de 6% a.a., a contar da data do fato, acrescendo-se a parcela do 13º salário, nos termos da fundamentação. A Ré pagará ainda a indenização por danos morais, arbitrada em 100 (cem) vezes o valor da pensão, atualizada ao tempo do pagamento, e bem assim, pagará as custas, despesas processuais, inclusive salários periciais, já fixados”, e, ainda, mandou constituir capital. Julgou procedente, também, “a denúncia da lide, que recebo à guisa de chamamento ao processo, para condenar Carlos Teixeira Sayon a reembolsar à Ré 50% (cinquenta por cento) do que esta despende com a presente ação, devidamente corrigido e, bem assim, nas custas e despesas”. O Tribunal de Justiça de São Paulo acolheu o apelo do litisdenunciado, e, em parte, o da Empresa-ré, este para excluir o dano moral, fazer incidir os juros moratórios da citação, autorizar o Juiz a substituir a constituição do capital por caução fidejussória, fazer cessar a pensão da filha antes da idade fixada se vier a ser emancipada por concessão da mãe ou pelo casamento, retirado o direito de crescer.

O recurso das Autoras será examinado em primeiro lugar da forma que se segue: 1ª) o dano moral não pode ser negado, considerando a jurisprudência da Corte, em dissonância com as razões do acórdão recorrido: REsp n. 86.271-SP, da minha relatoria, DJ de 9.12.1997; REsp n. 33.163-RJ, Relator o Sr. Ministro Athos Carneiro, DJ de 9.8.1993; cabível o dano

moral, é razoável que seja fixado em 100 (cem) salários mínimos, para cada autora; 2ª) os juros de mora, depois de alguma controvérsia na Turma, e, ainda, com precedente da Quarta Turma em outra direção (REsp n. 118.492-RJ, Relator o Sr. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ de 8.2.1999), devem incidir da citação porque se trata de responsabilidade contratual, ocorrido o acidente durante o contrato de trabalho, não sendo caso da Súmula n. 54 da Corte (REsp n. 93.537-SP, da minha relatoria, DJ de 16.2.1998).

O recurso do litisdenunciado é, apenas, no que concerne aos honorários de advogado. O acórdão recorrido não deferiu a verba porque denunciante e denunciado têm mandatário comum. Mas, não creio que o fato seja relevante para dispensar a regra do art. 20 do Código de Processo Civil, considerando que, embora do mesmo escritório e com o mesmo sobrenome, os advogados são distintos.

Em conclusão: conheço do recurso especial das Autoras, em parte, para deferir o dano moral, no valor equivalente a 100 (cem) salários mínimos da data do efetivo pagamento para cada uma e conheço do recurso especial do litisdenunciado para fixar a verba honorária em 10% sobre o valor da causa.

RECURSO ESPECIAL N. 161.270 – SP

(Registro n. 97.0093689-9)

Relator: Ministro Eduardo Ribeiro
Recorrente: Banco América do Sul S/A
Advogados: Marcos Hiyoshi Kubo e outros
Recorrido: Claudinei de Souza
Advogado: Décio Salles e outro

EMENTA: Alienação fiduciária – Ação de depósito.

Admitido o uso dessa, obedecerá ao disposto nos artigos 901 e seguintes do CPC. Nos termos do artigo 902, I, o réu deverá entregar a coisa, depositá-la em juízo, ou consignar-lhe o equivalente em dinheiro. Essa equivalência, consoante expresso na lei, é com o valor da coisa e não o correspondente ao débito.

Tratando-se, entretanto, como se trata, de garantia, se o devedor deposita o valor do débito, não haverá mais razão para aquela. Não se pode, porém, obrigar o devedor a depositar mais do que o valor da coisa o que, última análise, caracterizaria prisão por dívida. Subsistindo parcela do débito, o devedor haverá de cobrá-lo pelos meios comuns.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do recurso especial, mas negar-lhe provimento. Participaram do julgamento os Srs. Ministros Waldemar Zveiter, Ari Pargendler, Carlos Alberto Menezes Direito e Antônio de Pádua Ribeiro.

Brasília-DF, 8 de junho de 2000 (data do julgamento).

Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, Presidente.

Ministro Eduardo Ribeiro, Relator.

Publicado no DJ de 28.8.2000.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Eduardo Ribeiro: Banco América do Sul S/A propôs ação de busca e apreensão de bens, alienados fiduciariamente em garantia a Claudinei de Souza, convertida, posteriormente em ação de depósito.

A pretensão foi acolhida em 1^o grau, condenando-se o Réu a restituir os bens ou a depositar o equivalente do débito contratual em dinheiro, sob pena de decretação de prisão civil.

O 2^o Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo, por maioria, deu provimento à apelação do devedor, para que os bens fossem “restituídos em espécie ou no equivalente em dinheiro pelo valor atual”.

Interpostos embargos infringentes, foram rejeitados. Esta a ementa do acórdão:

“Ação de depósito. Objetivo. Restituição da coisa ou o recebimento

do seu valor, que não se confunde com o saldo devedor do contrato. Embargos infringentes rejeitados.”

Contra essa decisão, apresentou a instituição financeira recurso especial. Alegou ter havido violação ao artigo 902, I, do Código de Processo Civil. Sustentou que a expressão “equivalente em dinheiro” do mencionado dispositivo corresponderia ao valor da dívida e seus acréscimos legais e não ao valor atual do bem. Invocou doutrina em abono à sua tese e apontou dissídio jurisprudencial.

Admitido o recurso, vieram os autos a esta Corte.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Eduardo Ribeiro (Relator): Em relação à ação de depósito, o Decreto-Lei n. 911 limita-se a remeter ao estabelecido no Capítulo II do Título I do Livro IV do Código de Processo Civil. Não contém norma particular alguma. Desse modo, não vislumbro razão que justifique emprestar a hipótese tratamento diverso daquele que resulta dos dispositivos contidos naquele capítulo. O julgamento do recurso implica, por conseguinte, verificar qual a exegese que deva ter o artigo 902, I, daquele código que foi, aliás, o indicado no recurso.

A questão posta diz tão-só com a expressão “equivalente em dinheiro”. Discute-se se essa equivalência deve ser com a coisa depositada ou com o saldo devedor.

Tenho para mim que o texto legal é de clareza solar. Estabelece que a citação se fará para “entregar a coisa, depositá-la em juízo ou consignar-lhe o equivalente em dinheiro”. Em outras palavras, o que está dito aí é que a coisa poderá ser entregue ou depositada em juízo ou, ainda, consignado o seu equivalente em dinheiro. Trata-se de uma ação de depósito. Visa a obter a devolução da coisa. Isso não se fazendo, que se deposite o valor a ela correspondente.

Ocorre que, como se trata, no caso, de garantia, não poderá o credor pretender mais que o que lhe é devido. Desse modo, se o devedor deposita a importância da dívida, não terá o que reclamar. A ação se extinguirá, uma vez que, desaparecendo o débito, não haverá mais razão para a garantia.

Não se pode, entretanto, obrigar o credor, em ação de depósito, a entregar mais que o valor correspondente ao bem depositado. Trata-se de ação que visa a tornar efetiva a garantia. Isso se perfaz com a entrega da coisa

ou com o seu equivalente em dinheiro. De um ou de outro modo, o credor alcança aquilo que pretendia com a busca e apreensão, cujo insucesso conduziu a que fosse transformada em ação de depósito. Não há como admitir-se que, pelo fato de o bem não haver sido entregue, passasse o credor a ter direito de exigir, mediante ação de depósito, o pagamento do débito, ainda que superior ao valor da coisa. Viria a obter mais do que lhe seria dado, caso se fizesse a entrega do bem ou sua apreensão.

Acresce, como salientado no acórdão recorrido, que se teria aí configurada, clara e indisfarçada, prisão por dívida. Certo que este Tribunal não a considera possível, tratando-se de alienação fiduciária. Isso, entretanto, não está em questão. A ação de depósito tende à prisão e vale reconhecer que o Supremo Tribunal Federal a tem admitido em casos que tais. Se o débito superar o valor da coisa – e para tais casos é que importa a discussão – naquilo que a exceder, a prisão será simplesmente para obrigar ao pagamento. Não terá mais fundamento na não-entrega do bem.

Concluo. O depositário está obrigado a entregar ou depositar a coisa, ou importância em dinheiro que corresponda a seu valor. Do ponto de vista prático, se não se entrega o bem, far-se-á depósito em dinheiro, correspondente à coisa ou ao débito, prevalecendo a importância menor. Claro está que, subsistindo parcela da dívida, será passível de cobrança, mas não em ação de depósito.

Conheço do recurso, mas nego-lhe provimento.

RECURSO ESPECIAL N. 172.093 – DF

(Registro n. 98.0030059-7)

Relator: Waldemar Zveiter
Recorrente: Sebastião Baptista Affonso
Advogado: Sebastião Baptista Affonso (em causa própria)
Recorrida: Maria da Conceição Peixoto Affonso
Advogados: Erasto Villa-Verde de Carvalho e outros

EMENTA: Execução – Art. 604 do CPC – Inexistência do procedimento de homologação dos cálculos – Despacho que determina a

citação do devedor – Agravo de instrumento – Inadmissibilidade – Recurso especial não conhecido.

I – Na nova sistemática do art. 604 do CPC, deve a execução ser instruída diretamente com a memória de cálculo feita pelo credor, podendo ser utilizado, quando necessário, o contador judicial. Apresentados os cálculos, o devedor será citado, sem passar por qualquer estágio intermediário, pois com as alterações introduzidas pela Lei n. 8.898/1994, deixou de existir a homologação daqueles por sentença.

II – Do despacho que ordena a citação do devedor cabe exceção de pré-executividade ou embargos à execução e não agravo de instrumento.

III – Recurso especial não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do recurso especial. Participaram do julgamento os Srs. Ministros Ari Pargendler, Carlos Alberto Menezes Direito e Eduardo Ribeiro. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro.

Brasília-DF, 25 de maio de 2000 (data do julgamento).

Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, Presidente.

Ministro Waldemar Zveiter, Relator.

Publicado no DJ de 1.8.2000.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Waldemar Zveiter: Em sede de execução de sentença de ação revisional de alimentos ajuizada por Maria da Conceição Peixoto Affonso em face de Sebastião Baptista Affonso, apresentados os cálculos para pagamento, o devedor fez algumas impugnações das quais apenas duas foram acatadas pelo MM. Juiz de 1^a grau que determinou a remessa dos autos ao contador (fls. 40/41).

Contra essa decisão o devedor opôs “agravo retido”, aduzindo que as

impugnações enumeradas de 1 a 4, não eram improcedentes, como entendeu o magistrado, notadamente no que se referia à necessidade de ser feita liquidação por artigos (fls. 43/45).

Refeitos os cálculos, novo despacho foi proferido nos autos. O MM. Juiz singular esclareceu inexistir na nova legislação o procedimento anteriormente conhecido como liquidação por cálculo do contador, não havendo falar em *homologação* e determinou a citação do devedor. (fls. 49/50).

Irresignado, ainda, o Demandado interpôs agravo de instrumento, não conhecido pela Quinta Turma Cível do colendo Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, em aresto assim sumariado por sua ementa (fl. 72):

“Agravo de instrumento. Intempestividade. Não conhecimento.

Se os autos revelam que a decisão agravada encontra-se inserida em outra proferida há mais de (10) dias, não se conhece do agravo de instrumento interposto.”

Opostos embargos declaratórios, foram conhecidos, mas rejeitados, nos seguintes termos (fl. 104):

“Embargos de declaração. Agravo de instrumento não conhecido. Novos argumentos robustecendo a mesma tese. Provimento dos embargos de declaração para esse fim.

Verificando-se que o Embargante ventilou outros argumentos além daqueles que levaram o recurso de agravo de instrumento a não ser conhecido, dá-se provimento aos embargos de declaração para que reste devidamente escandida a matéria posta a debate. Todavia, verificando-se que o Agravante pretendia ressuscitar matéria já envolta pelo manto da preclusão, mais uma vez, afasta-se o conhecimento do agravo.”

Inconformado, ainda, Sebastião Baptista Affonso interpôs recurso especial, com fulcro em ambas as alíneas do permissivo constitucional, sustentando ofensa aos artigos 165, 458, 535, 522 a 528 e 604 e 605, todos do Código de Processo Civil, além de divergência jurisprudencial com arestos deste STJ, onde consignado: “a falta de impugnação da conta não acarreta preclusão nem impede a interposição de recurso contra a decisão homologatória aos respectivos cálculos”; “não comporta recurso o despacho do juiz que ordena a remessa dos autos ao contador, ainda que tenha traçado ramos para a elaboração dos cálculos”.

Com contra-razões (fls. 139/143), o nobre Presidente do Tribunal a quo deferiu o processamento pela alínea c.

Instada a se manifestar a douta Subprocuradoria Geral da República opinou pelo conhecimento e provimento do recurso especial, atento ao precedente desta Corte que diz não comportar recurso o despacho do juiz que ordena a remessa dos autos ao contador, ainda quando tenha traçado rumos para a elaboração do cálculo (fls. 157/160).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Waldemar Zveiter (Relator): Para melhor compreensão da controvérsia, transcrevo o acórdão recorrido, no que interessa (fls. 74/79):

“Cuida-se de agravo de instrumento tirado de tumultuada execução por quantia certa contra devedor solvente fundada em título judicial (sentença condenatória de revisão de alimentos).

Colhe-se do despacho exarado pelo MM. Juiz, resolvendo incidente provocado pelo devedor no pórtico da demanda, a seguinte passagem cuja transcrição afigura-se importante para o desate da causa:

‘Decorridos mais de 13 (treze) anos de tramitação processual, que foram consumidos com defesas e recursos processuais até que atingiram o nível de embargos de declaração em agravo regimental em embargos de divergência em recurso extraordinário perante o egrégio Supremo Tribunal Federal, pretende agora a parte-credora que seja calculado e executado o débito de alimentos de pensionamento em atraso, acumulado durante a tramitação processual, por haver logrado êxito a tese jurídica da parte-devedora de que a dívida oriunda de pedido revisional de pensionamento não ensejaria execução provisória. Essa tese jurídica teve êxito no caso concreto pelo aviamento de embargos à execução, que atualmente se encontram cadastrados nesta Vara com o número B-60.000/1987, cuja sentença foi mantida no julgamento da Apelação Cível n. 18.666/1989 (autos em apenso).

Efetuados inicialmente os cálculos de fls. 690/704, ambas as partes se manifestaram, oficiando o Ministério Público às fls. 728/730 e 738, havendo concordância quanto aos seguintes aspectos:

– o termo inicial dos cálculos é o mês de junho/1983. É de observar-se, contudo, que o cálculo espelhado à fl. 690 já tomou como termo inicial o dia 1.6.1983;

– o termo final dos cálculos é o mês de março/1996.

Quanto às demais impugnações apresentadas pela parte-devedora, que não encontraram concordância na manifestação da parte-credora, são as seguintes:

1ª) Irregularidade no instrumento de mandato encontrado à fl. 671, por descumprimento da regra contida no artigo 1.289, § 3º, do Código Civil Brasileiro;

2ª) Alegação de existência de pagamentos parciais, não indicados nos autos;

3ª) Alegação genérica de cálculo errôneo de atualização monetária;

4ª) Prescrição de parcelas anteriores ao quinquênio, conforme o artigo 178, § 10, do Código Civil Brasileiro;

5ª) Exclusão dos descontos obrigatórios dos rendimentos auferidos como Adjunto do Consultor-Geral da República (fls. 679/680), que não constaram daquelas planilhas;

6ª) Incidência de juros de mora.

As impugnações enumeradas acima de 1ª a 4ª são improcedentes, devendo ser acolhidas as impugnações indicadas como 5ª e 6ª.

Quanto à 1ª: é improcedente porque a procuração encontrada à fl. 671 dos autos se encontra formalizada conforme a disciplina traçada pelo artigo 38 do Código de Processo Civil, na redação que lhe deu a Lei n. 8.952/1994, que dispensou o reconhecimento de firma na procuração.

Quanto à 2ª: é improcedente porque a genérica alegação de existência de pagamentos parciais por conta do débito que se calcula não possui juridicidade, vez que não se fez acompanhar de qualquer forma que indique quitação de parcelas atrasadas.

Quanto à 3ª: é improcedente porque a genérica alegação de erro na forma de atualização monetária, sem qualquer indicação concreta, é ineficaz, devendo prevalecer os cálculos apresentados pela contadoria do juízo nesse particular.

Quanto à 4ª: é improcedente a alegação de prescrição, haja vista que durante todos esses anos a lide se encontrava pendente de julgamento, sendo que o trânsito em julgado somente veio a ocorrer no dia 6 de outubro de 1995 (fl. 665). Não há que se invocar a prescrição intercorrente, pois foi o devedor que impediu que as diferenças de alimentos fossem executadas anteriormente, intentando eficazmente os embargos à execução atualmente cadastrados sob o número B-60.000/1987, em apenso.

As impugnações acima enumeradas como 5ª e 6ª são procedentes: os juros de mora somente poderão ser contados a partir do dia 6 de outubro de 1995, quando ocorreu o trânsito em julgado da decisão que majorou os alimentos de pensionamento devidos pelo marido ao ex-cônjuge mulher; os alimentos incidentes e os ganhos auferidos perante a Advocacia Geral da União deverão ser calculados pelas importâncias líquidas das planilhas encontradas às fls. 717/726, desprezando-se as anteriormente apresentadas (fls. 679/680).

Devem, pois, os cálculos de fls. 690/704 serem refeitos, obedecendo-se à presente decisão, que resulta nas seguintes diretrizes para a contadoria.

O termo inicial dos cálculos é o dia 1.6.1983.

O termo final dos cálculos é o mês de março/1996, devendo ser incluído o mês completo, haja vista que o ofício de fl. 677 somente operou efeitos a partir do mês de abril de 1996 (descontos em folha de pagamento).

Não há prescrição.

Devem ser utilizadas nos cálculos as importâncias líquidas encontradas nas planilhas de fls. 682/688 e 717/726.

Os juros de mora das parcelas deverão ser contados somente a partir do dia 6.10.1995, quando ocorreu o trânsito em julgado.

Ao contador.

Este despacho foi publicado no Diário da Justiça do dia 14 de novembro de 1996 e contra ele foi interposto agravo retido.

Voltando os autos da Curadoria, o ora agravante insistiu que se observasse a liquidação por artigos. Após ouvir a Curadoria de Família, que opinou desfavoravelmente, o MM. Juiz decidiu:

‘Com a edição da Lei n. 8.898/1994, que deu nova redação ao artigo 604 do Código de Processo Civil, o legislador pátrio suprimiu o procedimento que era conhecido como liquidação por cálculos do contador, com evidente intuito de acelerar a marcha processual.

Na seara do instituto dos alimentos, contudo, a participação do contador judicial ainda é imprescindível em certos casos de execução, como o presente, onde as informações necessárias à liquidação do débito somente seriam obtidas com a intervenção judicial, requisitando informações necessárias à liquidação do débito somente seriam obtidas com a intervenção judicial, requisitando informações aos órgãos pagadores do devedor alimentante.

É inegável, contudo, que se a lei processual extirpou o procedimento de liquidação por cálculos, não há mais que se exigir que os cálculos, ainda quando tenham sido elaborados com o auxílio da contadoria, sejam homologados por sentença, conforme fora outrora. Como asseverado anteriormente, o intuito do legislador foi a facilitação do alcance dos objetivos do processo.

A conclusão inarredável que se chega é que os inconformismos das partes quanto aos cálculos do débito em execução foram relegados para ação autônoma dos embargos do devedor.

É de notar-se, outrossim, que a petição de fls. 769/771, subscrita pelo devedor, tão-somente repisa argumentos já enfrentados pelo juiz às fls. 739/740, nada mais devendo ser apreciado nesta Instância e oportunidade.

Determino, pois, a citação do devedor para pagamento da importância constante da fl. 742 dos autos, observado o rito da excussão patrimonial; caso haja imediato pagamento, fixo desde logo os honorários advocatícios do patrono da credora nesta execução na importância de R\$ 8.000,00 (oito mil reais), segundo as diretrizes insculpidas no artigo 20, § 4º, do CPC (Ag n. 5.120, TJDF, Terceira Turma Cível, Relatora-Desembargadora Fátima Nancy Andrighi); não sendo remida a execução no prazo estipulado em lei, a condenação ao pagamento de honorários advocatícios na execução será objeto de nova fixação, com

consideração dos limites e demais itens previstos no Código de Processo Civil.⁹

Contra este despacho, publicado no Diário da Justiça no dia 18 de fevereiro de 1997 foi interposto o presente agravo no dia 20 subsequente.

Com efeito, sem dificuldade percebe-se que o despacho agravado contém a matéria ora impugnada (liquidação por artigos e não a dos arts. 591 e seguintes do CPC, além da condenação à verba honorária), salvo a prescrição. Sobre ela o pronunciamento havido antecede em muito à dezena legal, de sorte que não atende ao requisito da tempestividade para efeito de conhecimento, sendo certo que a interposição de agravo retido, pelo ora agravante, ultrapassou o decêndio legal e, ademais, renderia ensejo ao tribunal de conhecer da matéria apenas como preliminar de apelação. Ao interpor o agravo retido, a parte exauriu sua atuação de modo a gerar a preclusão consumativa que não admite rediscussão de fato processual pretérito.

Preliminarmente, portanto, o voto é no sentido de que seja conhecido o agravo, parcialmente, pelo ângulo da tempestividade, excetuada a matéria concernente à prescrição da execução dos alimentos.

O Sr. Desembargador Romão C. Oliveira (Presidente e Vogal) – Meu voto. Tenho para mim, **data venia**, que o presente recurso não merece ser conhecido na sua totalidade. É que só aparentemente é que houve nova decisão, mas todo conteúdo da respeitável decisão, proferida em 18 de fevereiro, encontra-se inserida no bojo daquela outra exarada a 14 de novembro de 1996.

De sorte tal que, preliminarmente, não conheço do recurso.

A Sra. Desembargadora Carmelita Brasil (Vogal) – Sr. Presidente, vou pedir vênias ao eminente Relator e vou acompanhar o voto de V. Ex.^a. Pelo que pude depreender do elucidativo e erudito voto do Desembargador-Relator, a segunda decisão, na verdade, apenas reprisa o estudo de matéria que já fora anteriormente decidida.”

Opostos, então, embargos declaratórios pelo devedor onde apontado erro material e omissão cujas razões podem ser assim resumidas (fls. 85/86):

“Fundamentaram-se os dois votos predominantes, do acórdão ora embargado, simploriamente, no fato irreal de que o conteúdo da decisão agravada encontra-se no bojo da anterior, mas isso não é verdade, como foi reconhecido no parecer do Ministério Público e no voto-vencido, como também o despacho agravado inovou ao omitir-se de decidir o agravo retido.

De todo o exposto, verifica-se que a decisão ora embargada não se pronunciou quanto ao cabimento do indigitado agravo retido (fls. 769/771), que foi tempestivo, nem com relação à sua possível transformação e incorporação no agravo de instrumento, por falta de oportunidade para apelação. Na verdade, o agravo retido era o único remédio cabível, conforme arts. 522 e 523, § 4º, do CPC, e o agravo de instrumento foi o derradeiro meio hábil de deslocar o exame da questão pelo tribunal. Mesmo, porém, se porventura pudesse ser considerado incabível o agravo de instrumento daquela decisão de 5.2.1997, no que ela eventualmente tivesse repetido conteúdo da de 11.11.1996, inegável seria o seu cabimento, quanto à citação determinada para a execução pelo rito patrimonial, em afronta ao estabelecido no acórdão exequendo, bem assim com referência à denegação do pedido de liquidação por artigos e à condenação a novos honorários advocatícios. Isto, portanto, resta ser declarado, para suprir a omissão havida e sanar a contradição, da qual decorreu o erro material de não conhecimento do recurso. Além disso, este acórdão agravado deixou de se manifestar, também, quanto à omissão havida no despacho agravado (fl. 776), que não apreciou o agravo retido.

Pede-se, assim, que sejam recebidos e providos estes embargos de declaração, para o fim de serem declaradas e sanadas as omissões e contradições havidas, quanto à tempestividade e cabimento do aludido agravo retido e, também, do presente *agravo de instrumento*, ambos cabíveis e interpostos tempestivamente, cujo provimento se impõe, como única forma de corrigir o erro material ocorrido na veneranda decisão ora impugnada, bem assim sanar as suas omissões e contradições, por ser de inteira justiça.”

Os embargos foram conhecidos e rejeitados pelos fundamentos a seguir (fls. 107/109):

“Cumprido, pois, que se tenha como presentes as decisões hostilizadas, a primeira delas encontra-se por cópia às fls. 39/40. Os autos

foram ao contador e, retornando, o ora embargante manejou o agravo retido que se vê às fls. 43/45, em 3 de dezembro de 1996.

A segunda decisão é a que se vê à fl. 49/5. Da leitura de uma e outra peça produzida pelo MM. Juiz de 1ª grau, detecta-se que, no segundo decisório, foi introduzida a verba honorária, que não aparece no primeiro.

E o que pretendia o Agravante, ora embargante?

O pedido encontra-se assim vazado:

‘2 – deferimento de liminar, para sustar os efeitos da decisão recorrida (fls. 76/77), recolhendo-se o mandado de citação, caso já tenha sido expedido (arts. 527, II; e 558 do CPC);

3 – ... **omissis**...

4 – julgamento de mérito deste agravo, ao qual se incorpora o retido de fls. 769/771, para efeito de ser reformada a decisão agravada (fls. 776/777), determinando-se a liquidação por artigos ou, a prevalecer o cálculo da contadoria, que sejam deduzidas as parcelas de prestações até então pagas (após requisitar para tanto cópia do extrato bancário pedido à fl. 770, item 3), bem como a exclusão da parte prescrita (cinco anos anteriores a 5.3.1996, cf. fl. 668) e a desconsideração dos expurgos inflacionários (fl. 770 ‘3ª’), além da necessidade de ser regularizada a representação processual (fl. 769, ‘1ª’ das razões deduzidas).’

Destarte, conheço dos embargos de declaração e os provejo para alentar as razões do não-conhecimento do agravo de instrumento.

Como se viu até agora, o Embargante, em sede de agravo retido em 3 de dezembro de 1996, não pode reagitar a matéria através de agravo de instrumento em 20 de fevereiro de 1997.

Restaria, pois, apreciar a inovação constante da última parte da decisão que se vê por cópia às fls. 49/50, onde se lê:

‘Determino, pois, a citação do devedor para pagamento da importância constante da fl. 742 dos autos, observado o rito da excussão patrimonial; caso haja imediato pagamento, fixo desde logo os honorários advocatícios do patrono da credora nesta execução na importância de R\$ 8.000,00 (oito mil reais), segundo

as diretrizes insculpidas no artigo 20, § 4º, do CPC (Ag n. 5.120, TJDF, Terceira Turma Cível, Relatora-Desembargadora Fátima Nancy Andrighi); não sendo remida a execução no prazo estipulado em lei, a condenação ao pagamento de honorários advocatícios na execução será objeto de nova fixação, com consideração dos limites e demais itens previstos no Código de Processo Civil.⁹

Reiteradas vezes tenho sustentado que o agravo de instrumento não é a via adequada para hostilização de despacho que ordena a citação do executado. É que, ao atender o agravante, restaria maltratado o princípio do duplo grau de jurisdição.

O Agravante, ora embargante, haverá de palmilhar pelos meandros que a lei processual põe à disposição daquele que é citado para pagar quantia certa e demonstrar perante o juiz de 1ª grau o desacerto da decisão que ordenou a citação. E desse **decisum** é que será interposto recurso para o Tribunal. O processo, como a natureza, não admite salto.

Destarte, e a par dos argumentos novos ora expendidos, conhecimento dos embargos de declaração e os provejo, para os fins constantes deste voto, contudo, mantenho intacto o acórdão, não conhecendo do agravo de instrumento.

E é como voto.

O Sr. Desembargador Dácio Vieira (Vogal) – Sr. presidente, pelo que depreendi do voto de V. Ex.^a, realmente, não se pode confundir o procedimento da peculiar morosidade do agravo retido, previsto no artigo 523 do Código de Processo Civil, com a hipótese específica do agravo de instrumento prevista no artigo 524 do mesmo diploma processual. Na verdade, a interposição do agravo retido, anteriormente, traria implicação quanto à preclusão ou já estaria o tema sob exame, já naquela oportunidade, por procedimento próprio, de modo a não ser possível reativá-la posteriormente com este agravo ora intentado, que é submetido à reapreciação, em sede de ‘declaratórios’.”

Em seu apelo especial sustenta em síntese o Recorrente que o agravo retido foi interposto com caráter meramente acautelador, ao tempo que se impugnava os novos cálculos apresentados, ao qual devia se seguir *homologação*, que não ocorreu.

Aduz que o Juiz iniciou o processo de execução sem encerrar o de liquidação de sentença, certo que o agravo retido era o único meio hábil para impugnar os cálculos apresentados, pois da sentença homologatória, conforme reiterada jurisprudência desta Corte, cabe apelação.

Frustrando-se a possibilidade de apelação pela precipitada citação do Réu, só restava o *agravo de instrumento*, certo, também que a doutrina e a jurisprudência admitem, antes mesmo de seguro o juízo a chamada exceção de pré-executividade que só cabia mesmo em sede de agravo.

E finaliza (fls. 116/118):

“Por tudo isso, vê-se que a decisão ora recorrida do TJDF vulnerou os artigos 522 a 528 em conjugação com os arts. 604 e 605, parágrafo único, todos do CPC que exigem decisão terminativa no processo de liquidação por cálculo do contador e dela cabível apelação receptiva do agravo retido, vulneração da qual decorreu a proclamação de intempestividade, quando na verdade o agravo era tempestivo, porque o seu prazo de 10 dias corria do ato agravado, qual o determinante da citação, à falta de *homologação*, não de quando foi dada vista às partes, para falarem sobre os novos cálculos do contador, quando então só cabia o agravo retido, sobre o qual o juiz não decidiu. Mesmo instada a Turma julgadora a ser mais explícita quanto a isso, em sede de embargos declaratórios, não o fez expressamente, a configurar ofensa e negativa de vigência aos artigos 165, 458 e 535 do CPC, passível deste REsp em decorrência de tudo isso, ofendeu também o art. 618, item I, do CPC, porque admitiu como líquido um título sem que se houvesse regularmente encerrado o respectivo processo de liquidação, precipitado pela citação objeto do agravo de instrumento não conhecido, por uma alegada tempestividade inócua. Isto não ocorreria, certamente, se admitisse o TJDF que o prazo fosse contado, corretamente, da data da decisão citatória que deu por finda a liquidação, e não daquela anterior de mera *vista*, para falar sobre os cálculos do contador, da qual deveria seguir-se uma sentença, julgando a liquidação.”

.....
Além disso, a decisão ora recorrida deu ao preceituário legal pertinente uma interpretação diversa da que lhe vem atribuindo o *Superior Tribunal de Justiça*, a saber:

A decisão da Segunda Turma do STJ, no julgamento do REsp n.

114.946, adotou e repetiu a tomada pela Corte Especial nos REsp n. 82.909 e 84.813, no sentido de que a ‘a falta de impugnação da conta não acarreta preclusão nem impede a interposição de recurso contra a decisão homologatória aos respectivos cálculos’, a confirmar necessidade de *homologação* apelável a conseqüente cabimento do agravo retido ao falar sobre os cálculos do contador (cf. acórdãos citados em anexo por cópia);

A decisão da Quarta Turma-STJ, no julgamento do REsp n. 24.600, adotado e repetido na do REsp n. 67.000, anexo por cópia, cuja ementa diz que ‘não comporta recurso o despacho do juiz que ordena a remessa dos autos ao contador, ainda que tenha traçado rumos para a elaboração dos cálculos.’”

Do quanto exposto, estou em que o apelo não deve prosperar.

Preliminarmente, não há falar em omissão no aresto recorrido. Além de serem frágeis as alegações nesse sentido, toda a questão pertinente e anteriormente agitada no processo, foi apreciada pela decisão ora recorrida, mais detidamente, inclusive, nos embargos declaratórios.

Em relação aos arts. 528 e 605 do CPC, ausente o prequestionamento, até porque não dizem respeito à hipótese dos autos.

Como cediço, com a nova redação do art. 604 do CPC, acabou o procedimento anteriormente denominado “liquidação por cálculo do contador” e embora possa o juiz utilizar-se do contador judicial, mormente em hipóteses como a presente, não se há falar em *homologação*, da qual caberia apelação, portanto, anterior agravo retido.

Como já restou assentado em precedente da egrégia Quarta Turma: “Intimado o devedor do requerimento de execução da sentença e da planilha de atualização da dívida apresentada pela credora, pode ele reservar-se para impugnar o cálculo nos embargos (art. 741, inc. V, do CPC), *pois inexiste uma fase prévia para liquidação da dívida que se incluía na hipótese do art. 604 do CPC.*” (REsp n. 155.037-RJ, Relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar, DJ de 30.3.1998).

Precedente desta Terceira Turma, da relatoria do eminente Ministro Eduardo Ribeiro consignou “A Lei n. 8.898/1994, que suprimiu a modalidade de liquidação de sentença feita por cálculos do contador, incide nos processos pendentes, somente excetuando-se aqueles cujos cálculos tenham sido homologados, até a data em que referida norma entrou em vigor.” (REsp. n. 135.805-RJ, DJ de 24.5.1999).

Assim leciona **Humberto Teodoro Júnior**:

“Com o advento da Lei n. 8.898, de 29.6.1994, restou abolida a judicialidade da liquidação por simples cálculo. Permite-se agora, com a atual redação do art. 604, que o próprio credor elabore o demonstrativo do montante da dívida na data da instauração da execução, desde, é claro, que tudo se faça mediante simples cálculo aritmético. Para esse fim, a petição inicial da execução será instruída com ‘memória discriminada e atualizada do cálculo’.

Se, eventualmente, o executado não aceitar o cálculo do credor, terá de impugná-lo em seus embargos, invocando excesso de execução. Sendo material o erro ocorrido, mesmo sem os embargos poderá ser corrigido em qualquer tempo, já que a respeito de tais lapsos não se opera a preclusão, ainda que tivesse havido homologação judicial, providência hoje totalmente dispensada por lei.” (Curso de Direito Processual Civil, vol. II, 22ª edição, Forense, p. 95).

Reiterando, não há falar em homologação de cálculo por sentença, da qual poderia se interpor apelação. Portanto, se o devedor pretendesse impugnar o primeiro despacho, por entender que tinha conteúdo decisório, deveria ter, naquela oportunidade, aviado o agravo de instrumento e não o agravo retido, que depois, pretendeu reavivar.

Se o primeiro despacho, que determinou a remessa dos autos ao contador é irrecurável, como sustenta agora em seu especial, citando, inclusive jurisprudência desta Corte, o segundo, que determinou a citação, de igual, não o é, ao menos através de agravo de instrumento, porque, conforme bem lembrou o acórdão recorrido, existe procedimento específico na legislação processual, podendo a parte se socorrer da exceção de pré-executividade, que não exige esteja seguro o juízo, mas que, ao contrário do que disse o Recorrente, não se confunde com o *agravo de instrumento*, porquanto o primeiro será apreciado em 1ª instância, pelo juiz, e o segundo, diretamente pelo tribunal, o que fere o princípio do duplo grau de jurisdição.

Pode, ainda, o devedor, opor os competentes embargos à execução, onde discutirá, não só a questão da necessidade de liquidação por arbitramento, como as demais – prescrição de algumas parcelas, eventual excesso, etc.

O que não está correto é interpor agravo retido do despacho que manda

os autos ao contador e agravo de instrumento do que determina a citação para a execução, pretendendo acoplar no segundo as razões postas no primeiro.

Portanto, estou em que correto o acórdão recorrido em não conhecer do recurso, não tanto pela questão de sua intempestividade, admitindo-se que o despacho que determinou os autos ao contador é irrecurável, mas pela inadequação da via eleita, como restou consignado à fl. 109, assim: “Reiteradas vezes tenho sustentado que o agravo de instrumento não é a via adequada para hostilização de despacho que ordena a citação do executado. É que, ao atender o agravante, restaria maltratado o princípio do duplo grau de jurisdição.

O Agravante, ora embargante, haverá de palmilhar pelos meandros que a lei processual põe à disposição daquele que é citado para pagar quantia certa e demonstrar perante o juiz de 1^a grau o desacerto da decisão que ordenou a citação. E desse **decisum** é que será interposto recurso para o tribunal. O processo, como a natureza, não admite salto”.

A se entender de outro modo, a reforma da legislação, no particular, feita para agilizar os procedimentos, tornar-se-ia inócua, uma vez que, além da impugnação ao cálculo ou à memória apresentada através de agravo de instrumento o devedor, poderia, ainda, utilizar-se dos demais remédios processuais para atacar o mesmo ato.

O dissídio não restou configurado, eis que diversas as hipóteses confrontadas. Nos paradigmas colacionados ainda vigia a redação antiga do art. 604 do CPC.

Forte em tais lineamentos, não conheço do recurso.

RECURSO ESPECIAL N. 173.481 – PE

(Registro n. 98.0031778-3)

Relator: Ministro Ari Pargendler
Recorrente: Esso Brasileira de Petróleo S/A
Advogados: Juliano Ricardo de Vasconcellos Costa Couto e outros
Recorrido: Serviços Automotivos Ponta Verde Ltda

Advogados: Francisco Cláudio de Almeida Santos e outros
Sustentação oral: Wagner Rago da Costa (pela recorrente), e Cláudio Santos (pelo recorrido)

EMENTA: Civil – Contratos – Retratação.

O rompimento unilateral do vínculo contratual implica a obrigação de indenizar as perdas e danos, pouco importando que o negócio jurídico, embora perfeito e acabado, ainda não estivesse em vias de execução. Recurso especial conhecido e provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, prosseguindo o julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, por unanimidade, conhecer do recurso especial e dar-lhe parcial provimento. Participaram do julgamento os Srs. Ministros Carlos Alberto Menezes Direito e Nancy Andrighi. Não participou do julgamento o Sr. Ministro Waldemar Zveiter (§ 2^a, art. 162, RISTJ). Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro.

Brasília-DF, 23 de outubro de 2000 (data do julgamento).

Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, Presidente.

Ministro Ari Pargendler, Relator.

Publicado no DJ de 18.12.2000.

RELATÓRIO

Esso Brasileira de Petróleo S/A propôs ação ordinária contra Serviços Automotivos Ponta Verde Ltda (fls. 2/17).

O MM. Juiz de Direito Ricardo de Oliveira Paes Barreto julgou procedente o pedido (fls. 117/118).

A egrégia Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco, Relator o Desembargador Etério Galvão, reformou, em parte, a sentença, para dela excluir a aplicação da cláusula penal, mantida “a indenização por perdas e danos ... apurados em liquidação por artigos” (fl. 164).

Em grau de recurso especial, a Turma, Relator o Ministro Costa Leite, anulou o acórdão por defeito na intimação do julgamento da apelação (fls. 228/232).

Voltando os autos à origem, a egrégia Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco, Relator ainda o Desembargador Etério Galvão, reformou integralmente a sentença, julgando improcedente o pedido (fls. 238/248).

Seguiram-se embargos de declaração (fls. 253/256), rejeitados (fls. 258/265).

Daí o presente recurso especial, interposto por Esso Brasileira de Petróleo S/A, com base no artigo 105, inciso III, letra **a**, da Constituição Federal, por violação do artigo 535 do Código de Processo Civil, bem assim dos artigos 85, 120 e 927 do Código Civil (fls. 271/283).

VOTO

Os autos dão conta de que, em 5 de agosto de 1988, as partes ajustaram ‘contrato de promessa de compra e venda mercantil de produtos e comodato de equipamentos’ (fls. 29/40).

Decorridos dez dias, a 15 de agosto de 1988, Serviços Automotivos Ponta Verde Ltda desistiu do negócio (fl. 45), para fazê-lo com outra empresa, e o Tribunal **a quo** decidiu que, nesse contexto, era inaplicável a cláusula penal, porque o contrato só teria vigência após a “emissão da primeira nota fiscal do produto” (fl. 243).

Artigo 535 do Código de Processo Civil

As razões do recurso especial dizem violado o artigo 535 do Código de Processo Civil, porque o Tribunal **a quo** decidiu a causa sem considerar os artigos 85, 120 e 927 do Código Civil.

O artigo 85 do Código Civil não pode servir de pretexto ao reexame do contrato. Já os artigos 120 e 927 do Código Civil estão expressamente referidos no acórdão (fl. 263).

Artigo 120 do Código Civil

A conclusão do acórdão contraria o princípio de que os contratos devem ser cumpridos. Salvo melhor juízo, a partir da assinatura do contrato, Serviços Automotivos Ponta Verde Ltda estava obrigada a comprar produtos de Esso Brasileira de Petróleo S/A (cláusula 1.1), e proibida de comercializar produtos de terceiros (cláusula 7.2). O negócio jurídico já era

perfeito e acabado, pouco importando que o termo final do contrato tenha sido vinculado à emissão da primeira nota fiscal de produto (cláusula 6.1). A inexistência dessa nota fiscal só seria relevante, se a parte pudesse obstar maliciosamente o implemento de cláusula contratual – procedimento não autorizado pelo artigo 120 do Código Civil.

O rompimento unilateral do vínculo contratual implica, **data venia**, a obrigação de indenizar as perdas e danos. Aqui estas perdas e danos foram previamente estipuladas em cláusula penal, que o Tribunal **a quo** disse nula por exceder o valor da obrigação principal (fl. 243). Nesta Instância, já não se pode discutir a respeito, porque se trata de fato. Por isso, a inexecução do contrato se resolve pela indenização das perdas e danos, conforme for apurado em liquidação de sentença.

Voto, por isso, no sentido de conhecer do recurso especial e de dar-lhe provimento para julgar procedente a ação, condenando Serviços Automotivos Ponta Verde Ltda a indenizar Esso Brasileira de Petróleo S/A pelas perdas e danos a serem apurados em liquidação por artigos, bem assim ao pagamento das custas e honorários de advogado à base de dez por cento sobre o respectivo montante.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito: A Empresa-recorrente ajuizou ação ordinária alegando que celebrou com a Recorrida contrato de promessa de compra e venda de produtos mercantis e comodato de equipamentos como revendedor, pelo prazo de 120 meses; dez dias após a assinatura, a Ré afirmou que não mais queria a instalação do posto sob a bandeira da Autora; pede a condenação da Ré à multa compensatória prevista no contrato, apurado o valor em liquidação, e em “pedido sucessivo”, se não acolhido o outro, pagamento das perdas e danos. A sentença julgou procedente o pedido. O Tribunal de Justiça de Pernambuco, em segundo julgamento, anulou o julgamento anterior pela Corte, entendeu de prover o recurso para afastar a condenação, invertendo os ônus da sucumbência.

O ilustre Relator, Sr. Ministro Ari Pargendler, afastou a violação ao art. 535 do Código de Processo Civil. Reconheceu, entretanto, a violação ao art. 120 do Código Civil porque “a partir da assinatura do contrato, Serviços Automotivos Ponta Verde Ltda estava obrigada a comprar produtos de Esso Brasileira de Petróleo S/A (cláusula 1.1), e proibida de comercializar produtos de terceiros (cláusula 7.2). O negócio jurídico já era perfeito e acabado, pouco importando que o termo final do contrato tenha sido

vinculado à emissão da primeira nota fiscal de produto (cláusula 6.1). A inexistência dessa nota fiscal só seria relevante, se a parte pudesse obstar maliciosamente o implemento de cláusula contratual – procedimento não autorizado pelo artigo 120 do Código Civil”. Havendo o rompimento unilateral, existe a obrigação de pagar perdas e danos, que, no caso, estão previamente estipuladas em cláusula penal, que o Tribunal considerou nula. Concluiu o eminente Relator por conhecer e prover o especial para determinar o pagamento das perdas e danos a serem apurados em liquidação por artigos, mais custas e honorários de 10% sobre o respectivo montante.

Anote-se que os mesmos Relator e Revisor do julgamento anterior, re-produzindo razões antes apresentadas, manifestaram conclusão inteiramente diversa, desta feita, pelo provimento total do apelo para afastar qualquer tipo de indenização porque não vigente o contrato.

Pedi vista para melhor examinar a questão da violação ao art. 120 do Código Civil, meditando sobre os termos do acórdão recorrido.

O especial apontou a violação ao art. 120 do Código Civil para que fosse considerado vigente o contrato, concluindo por pedir o conhecimento e provimento do especial “para reforma do acórdão recorrido, restaurando a vigência dos dispositivos legais, determinando a manutenção integral da decisão de 1ª instância com a imposição da multa compensatória fixada no contrato firmado...”.

O acórdão recorrido afirmou tanto que a multa era ilegal nos termos do art. 920 do Código Civil como que não poderia ser cobrada “porque o contrato não chegou a vigor por ausência de implemento da condição, qual a expedição da primeira fatura”. Considerou o acórdão recorrido que a própria autora reconheceu que o início da vigência do contrato dependeria da emissão da primeira nota fiscal do produto, o que não aconteceu. De fato, a cláusula 6.1 estabelece que o “prazo de duração deste contrato será de 120 (*cento e vinte*) meses, contados de *emissão da primeira nota fiscal de produto*”.

O ponto central da controvérsia é saber se estava, ou não, em vigor o contrato. O eminente Relator considerou que o negócio já estava perfeito e acabado, pouco relevando que o termo final do contrato tenha sido vinculado à emissão da primeira nota fiscal.

Entendo que a interpretação oferecida pelo Relator está correta. O contrato foi devidamente assinado, não sendo apontado qualquer vício que o contaminasse. Na verdade, a meu sentir, o acórdão recorrido confundiu o aperfeiçoamento do contrato e as conseqüências a partir da assinatura com

o prazo de duração do mesmo, prazo certo, prorrogável, contado a partir da emissão da primeira nota fiscal. Não existe no contrato a previsão de que entraria em vigor no momento em que o fornecimento fosse iniciado, com a emissão da primeira nota fiscal de produto. Tanto isso é incontroverso que houve, efetivamente, retratação; e esta retratação gerou conseqüências danosas para a Autora, dando ensanchas a que seja feita a devida reparação.

Não se pode aplicar a cláusula penal relativa à multa compensatória porque vinculada ao efetivo fornecimento, que não houve. Assim, diante da realidade dos autos, parece-me acertada a conclusão de que cabível a reparação dos danos causados pelo rompimento unilateral do contrato, tudo apurado em liquidação por artigos.

Com essas razões, eu acompanho o voto do Relator.

RECURSO ESPECIAL N. 176.301 – RS

(Registro n. 98.0039835-0)

Relator: Ministro Eduardo Ribeiro
Recorrente: Luís Osório Rechsteiner Filho
Advogados: Ricardo Barbosa Alfonsin e outros
Recorrido: Banco do Brasil S/A
Advogados: Nelson Buganza Júnior e outros

EMENTA: Processo cautelar – Liminar – CPC, art. 808, I.

Não ajuizado o processo principal no prazo de trinta dias, estabelecido no artigo 806 do CPC, não apenas perde eficácia a medida liminar, como se há de extinguir o próprio processo cautelar.

ACÓRDÃO

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

Brasília-DF, 26 de junho de 2000 (data do julgamento).

Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, Presidente.

Ministro Eduardo Ribeiro, Relator.

Publicado no DJ de 28.8.2000.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Eduardo Ribeiro: O Banco do Brasil S/A propôs ação cautelar de arresto, alegando ser credor de importância, decorrente de contrato de financiamento firmado com Luís Osório Rechsteiner Filho, representado por cédula rural pignoratícia, garantida por penhor cedular de arroz. Argumentou que o devedor, sem qualquer autorização, estaria desviando o produto vinculado ao financiamento em questão.

Deferida a liminar, peticionou o Réu às fls. 145/154, postulando sua cassação, uma vez que o Autor não havia ingressado com a ação principal. Aplicando o disposto no art. 808, I, do CPC, no Juízo singular, foi decretada a cessação da eficácia da medida cautelar. Julgado procedente o pedido, apelou o Réu, sendo improvido o recurso, em acórdão assim ementado:

“Arresto. Ineficácia da liminar. Extensão do pedido cautelar.

O não-ajuizamento da ação principal no prazo do art. 808 do CPC, determina a cessação da eficácia da medida liminar de arresto, mas não a perda do direito à pretensão cautelar, a ser decidida no ato sentencial. O fato de ter sido ajuizada a execução, com realização de penhora, inclusive em bens objetivados no arresto, não determina a ineficácia plena da pretensão constitutiva provisória. Seu objeto e eficácia ficam subsumidos na formalização de efetiva ou eventual penhora.

Apelo improvido.”

Manifesta o Executado recurso especial, alegando que violados os artigos 806 e 808, I e parágrafo único, do Código de Processo Civil, pois que, já tendo cessado a eficácia das medidas cautelares, pela decadência do direito em que se funda a demanda, impossível concluir-se pela procedência do pedido. No mérito, aduz não ter sido comprovado seu estado de insolvência, razão pela qual não poderia ter sido acolhida a pretensão do Banco-recorrido, nem mesmo em juízo liminar.

Recurso admitido.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Eduardo Ribeiro (Relator): Deferida liminar de arresto, não foi ajuizada a ação principal no prazo de trinta dias previsto em lei. Discute-se se a sanção estabelecida no artigo 808, I, do Código de Processo Civil acarreta apenas a cessação da eficácia da liminar, ou se envolve a extinção do processo cautelar.

Existe, a propósito, divergência doutrinária. Assim é que **Barbosa Moreira**, em trabalho citado no acórdão em que invoca opinião, no mesmo sentido, de **Calmon de Passos**, sustenta o entendimento de que se trata de “situações inconfundíveis”. Segundo esse autor, nada obsta a que, perdida a eficácia da liminar, o pedido venha a ser julgado procedente, decretando-se a medida. Efetivada essa, novo prazo correrá (Medida Cautelar Liminarmente Concedida e Omissão do Requerente em Propor a Ação Principal, in Estudos em Homenagem a Ovídio A. Baptista da Silva, p.p. 97/98).

Em sentido contrário, podem ser citadas as opiniões de **Ernane Fidélis** (Manual de Direito Processual Civil, Saraiva, 6^a ed., v. II, p. 320) e **Humberto Theodoro Jr.** (Curso de Direito Processual Civil, Forense, 20^a ed., v. II, p. 430). Transcrevo, desse último, o trecho pertinente:

“Não cabe, porém, prosseguir na ação cautelar, como se a cessação fosse apenas da medida cautelar. O processo cautelar, por inteiro, se extingue por perda de objeto, já que, cessada a medida, ela não poderá ser reavivada pela sentença final, em virtude da interdição contida no parágrafo único do art. 808.”

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça acolhe o entendimento a que se filiam os autores por último citados, podendo ser mencionados os julgados relativos aos seguintes Recursos Especiais: n. 81.047, Rel. Demócrito Reinaldo, DJ de 25.11.1996; 81.861, Rel. Peçanha Martins, DJ de 3.8.1998; 43.427, Rel. Dias Trindade, DJ de 28.11.1994. Desta Terceira Turma, o Resp n. 58.530, Rel. Menezes Direito, DJ de 17.3.1997.

Considero que essa orientação merece ser mantida, para isso pedindo licença às opiniões em contrário. A inércia do autor “faz presumir a

desnecessidade da cautela”, como observa **Ovídio Baptista** (Do Processo Cautelar, Forense, 2ª ed., p. 190). Se assim é, não se justifica o prosseguimento do processo cautelar, em que novamente a medida poderia ser concedida.

Não me parece, **data venia** da autorizada opinião de **Barbosa Moreira**, exposta no trabalho citado, que exista analogia com a perda da eficácia da liminar concedida em pedido de segurança. Em primeiro lugar, porque essa perda, tratando-se de mandado de segurança, se verifica por motivo inteiramente estranho à atividade do autor e de nenhum modo demonstraria não fosse urgente a concessão da medida. Em segundo, mesmo assim não fosse, o mandado de segurança não se liga necessariamente à urgência, ao contrário do processo cautelar.

Conheço do recurso e dou-lhe provimento, extinguindo o processo cautelar, com inversão dos encargos da sucumbência. Observo que essa decisão em nada afeta as penhoras que hajam sido efetuadas, ainda que por conversão do arresto.

RECURSO ESPECIAL N. 182.763 – PR

(Registro n. 98.0054051-2)

Relator: Waldemar Zveiter
Recorrente: Fábrica Dowal S/A Calçados e Artigos para Esportes e outros
Advogados: Luiz Celso Dalpra e outros
Recorridos: João Alexandre Santos Junqueira da Silva e cônjuge
Advogados: Djanir Pedro Palmeira e outros

EMENTA: Transação homologada pelo juiz – Apelação postulando anulação com base em vício de vontade – Possibilidade.

I – A anulação de transação com base em vício de vontade pode ser postulada no mesmo processo e mediante apelação contra a sentença homologatória.

II – Atenta contra o princípio da economia processual exigir que a parte ingresse com outra ação, onde será movimentada novamente

a máquina judiciária, com os custos que isso implica, inclusive para a sociedade, quando a sentença homologatória foi atacada tempestivamente por recurso e por isso mesmo ainda não transitou em julgado.

III – Recurso parcialmente conhecido e provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Ari Pargendler, por unanimidade, conhecer do recurso especial e dar-lhe provimento. Participaram do julgamento os Srs. Ministros Ari Pargendler, Antônio de Pádua Ribeiro e Eduardo Ribeiro. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito.

Brasília-DF, 29 de junho de 2000 (data do julgamento).

Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, Presidente.

Ministro Waldemar Zveiter, Relator.

Publicado no DJ de 18.9.2000.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Waldemar Zveiter: Cuidam os autos de ação de anulação de ato jurídico cumulada com pedido de indenização por perdas e danos que promove Fábrica Dowal S/A Calçados e Artigos para Esportes contra João Alexandre Santos Junqueira da Silva e cônjuge.

No curso da ação as partes celebraram transação, homologada por sentença que pôs fim ao litígio. Os Autores, através de embargos declaratórios denunciaram o acordo, dizendo-o maculado por nulidade pelos vícios de simulação, dolo e fraude.

Rejeitados pelo eminente juiz de 1ª grau, apelou a Demandante, buscando fosse desconstituída a sentença homologatória e a transação, eis que era nula. Alegou, dentre outros motivos, que o advogado que assinou o acordo em nome da Autora não mais a representava, e sim, aos Réus e que houve simulação e fraude.

A Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná,

por unanimidade, negou provimento ao apelo, em aresto assim ementado (fl. 373):

“Apelação. Transação. Dolo. Anulação no mesmo processo. Inviabilidade. Desprovimento.

Em sede de apelo não pode ser desconstituída a sentença homologatória contra a qual vício extrínseco se não debitou.”

Opostos embargos declaratórios, foram rejeitados (fl. 420).

Inconformada, ainda, a Empresa-autora interpôs recurso especial, com fulcro em ambas as alíneas do permissivo constitucional, sustentando ofensa aos artigos 33 e 34, VIII, da Lei n. 8.906/1994; 153, 154 e 155 da Lei das Sociedades Anônimas; arts. 82, 91, 92, 94, 95, 107, 145, II, III, IV e V; 146, 147, 1.025, 1.122 e 1.125 do Código Civil; 128, 458, II; 459, 469, 485, VIII; 486 e 535 do CPC. Apresenta, também, dissídio jurisprudencial com acórdão proferido pelo colendo Supremo Tribunal Federal onde restou asentado: “A anulação da transação com base em vício da vontade pode ser postulada no mesmo processo e mediante apelação contra a sentença homologatória.” (fl. 442).

Aforou, também, recurso extraordinário (fl. 465).

Com contra-razões, o eminente Presidente daquela Corte admitiu somente o especial, pela alínea c do permissivo constitucional.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Waldemar Zveiter (Relator): O acórdão recorrido assim decidiu, no que interessa (fl. 375):

“Cuida de transação homologada a hipótese, voltando-se contra a homologação, pela via do argumento de que estaria ela maculada pelos vícios de simulação, dolo e fraude, o apelo.

A matéria não é pacífica.

Abstraída a hipótese de nulidade por vício extrínseco, que não é o caso dos autos, é preponderante, assim na doutrina como na jurisprudência, o entendimento de que as decisões que tais não podem ser atacadas pela via do apelo ou do agravo. Isso pela consideração de que

representa um negócio jurídico a transação, razão por que a sentença que a homologa somente pode ser desconstituída em ação de anulação.

Funda-se ele na exegese dos arts. 1.030 do Código Civil e 158 da lei processual. Prescreve este que a transação produz efeitos imediatos em relação à constituição, modificação ou à extinção de direitos processuais. Já o dispositivo da lei substantiva, firma que ela produz os efeitos de coisa julgada e só se rescinde por dolo, violência ou erro essencial quanto à pessoa ou coisa controversa.

Diante disso, tem-se como inafastável que uma vez homologada transação que não apresente defeito extrínseco nem seja maculada por nulidade, somente por ação direta pode ser desfeita a homologação.

Nesse sentido decidiu o Tribunal de Justiça de São Paulo, firmando-se no acórdão que *'celebrada a transação, não pode um dos transigentes se arrepende e desconsiderar o acordo celebrado. Este, sendo um negócio jurídico, só pode ser resolvido por distrato ou por ação judicial de anulação ou nulidade.'* (Ap. Civ. n. 245.914-2-Cravinho – Rel. Pereira Calças).

Idêntico posicionamento tomou a Câmara, em voto da lavra do Desembargador Oto Sponholz, no julgamento de agravo de instrumento oriundo da Comarca de Iporã. Ali se disse que *só em ação própria poderá a parte buscar a desconstituição da transação efetuada, onde em instrução probatória ampla poderão ser demonstradas as eventuais irregularidades ou prejuízos que alega ter sofrido a agravante com o acordo homologado.*

Por isso tudo, o desprovimento do apelo se impõe.”

Da leitura acima ressaí que os artigos ditos violados não foram abordados pelo aresto recorrido, não por ter incorrido em omissão, capaz de justificar o pedido de anulação fulcrado no art. 535 do CPC, mas em função do próprio entendimento manifestado pelo **decisum** recorrido, no sentido de que não se poderia, em sede de apelação, analisar os questionamentos da parte em relação à validade da transação efetuada, que só poderia ser anulada em ação própria, a do art. 486 do CPC.

O recurso merece ser conhecido pela divergência.

Com efeito, o precedente trazido a confronto, do colendo Supremo Tribunal Federal, para a mesma hipótese, proclamou entendimento diametralmente oposto.

O paradigma, da relatoria do eminente Ministro Xavier de Albuquerque, consignou: “Cabível o apelo, contudo com base no dissídio jurisprudencial, relativamente à desnecessidade de ação autônoma se, como na hipótese, o vício de vontade apontado como causa de anulação da transação for argüido em recurso interposto contra a própria decisão que a houver homologado, decisão que, por isso mesmo, não terá transitado em julgado.” (RTJ 508/283).

Para surtir efeito em relação ao processo, o acordo celebrado entre as partes precisa ser homologado. Esse ato do juiz, porque põe fim ao processo, é sentença, embora sem conteúdo decisório, eis que não é dado modificar a substância do ato nem o que as partes livremente avençaram. Ocorre que, sendo sentença, cabe apelação.

E certo que não se admite desfazimento unilateral da transação que, para as partes, produz desde logo seus efeitos (art. 1.030 do Código Civil). No entanto, o acordo, em relação ao processo, mormente quando pedem os demandantes que seja tomado por termo nos autos e homologado pelo juiz para produzir os efeitos legais e pôr fim ao litígio, como ocorreu no caso concreto, somente através desse ato se perfectibiliza.

Se não ocorreu ainda o trânsito em julgado dessa sentença homologatória, é pertinente a apelação fundada em vício de vontade. Assim, embora inadmissível a desistência unilateral, é possível atacar o negócio jurídico se restar comprovado vício de manifestação da vontade por falta de capacidade, dolo, violência ou erro essencial quanto à pessoa ou coisa controversa. A insurgência é contra o próprio ato da parte, que se diz irremediavelmente maculado, do qual a sentença é mera exteriorização.

Transitada em julgado, a parte pode se socorrer da ação prevista no art. 486 do CPC, como proclama uníssona jurisprudência desta Corte (REsp n. 13.102-SP, 143.059-SP, 38.434-SP, dentre outros). Inexistindo o trânsito em julgado, a apelação contra ela interposta deve ser analisada, ainda que se alegue vício intrínseco ao negócio jurídico celebrado.

A meu sentir, atenta contra o princípio da economia processual exigir que a parte ingresse com outra ação, onde será movimentada novamente a máquina judiciária, com os custos que isso implica, inclusive para a sociedade, quando a sentença foi atacada tempestivamente por recurso e por isso mesmo ainda não transitou em julgado.

Eventual necessidade de dilação probatória, que não ocorrerá em todas as hipóteses, poderá ser resolvida com a baixa dos autos em diligência.

Forte em tais lineamentos, conheço do recurso pela divergência e dou-lhe provimento para, anulando o acórdão recorrido, determinar que outro julgamento seja proferido, com a análise do mérito da apelação da Recorrente.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Ari Pargendler: “Homologar” – escreveu **Pontes de Miranda** – “é tornar o ato, que se examina, semelhante, adequado, ao ato que devia ser. Quem cataloga classifica; quem homologa identifica” (Comentários ao Código de Processo Civil, Forense, Rio de Janeiro, 1974, Tomo VI, p. 344).

“Quando se homologa algum ato, reputa-se esse ato o homólogo do ato **in abstracto**, que se tem por modelo, ou idéia” (**op. cit.**, p. 345).

Na espécie, o MM. Juiz de Direito homologou a transação na suposição de que ela se afeiçoava aos parâmetros legais.

As razões de apelação sustentam, todavia, que a transação foi feita por pessoa que, pelo estatuto social, não teria poderes para realizar o negócio, ainda que fosse o administrador da sociedade-autora, **in verbis**:

“Caracterizado está que, para alienar bens ou reconhecer direitos ou obrigações, a diretoria ou os membros da administração tem de respeitar a prévia aprovação do ato pela assembléia especificamente convocada para tanto” (fl. 284).

Dizem mais as razões de apelação: a pessoa que assinou a transação, em nome da sociedade-autora, “já se encontrava fora da administração da empresa-autora como bem se demonstra da ata em anexo” (fl. 307).

A meu juízo, o Tribunal **a quo** podia, sim, ter decidido se a sociedade-autora se obrigara validamente na transação.

A se admitir que a sociedade-autora foi mal apresentada na transação, seja porque o ato exigia a aprovação dos acionistas, seja porque quem agiu no seu nome já não era diretor ou administrador, o negócio que pareceu *homólogo* para o MM. Juiz de Direito, não o era faltando a capacidade do agente.

O tema tem reflexos na própria representação processual da sociedade-autora em face da transação.

Primeiro, o de que se o outorgante da procuração passada em nome da sociedade-autora já não era diretor ou administrador desta, o mandato não produziu efeitos.

Segundo, o de que a sociedade-autora foi representada, na petição que veiculou a transação, pelo Dr. Elói Nunes Ferreira (fls. 202/204 e 206), que também vela, nestes mesmos autos, pelos interesses dos réus (fl. 106); até onde o patrocínio de interesses conflitantes compromete a transação, é outro tópico sujeito a exame no julgamento da apelação.

Outras questões, que demandem dilação probatória, só poderão ser decididas por meio da ação prevista no artigo 486 do Código de Processo Civil.

Com essa limitação, acompanho o voto do eminente Relator.

RECURSO ESPECIAL N. 203.920 – RS

(Registro n. 99.0013204-1)

Relator: Ministro Waldemar Zveiter
Recorrente: Banco do Brasil S/A
Advogados: Acélio Jacob Roehrs e outros
Recorrida: Construtora e Urbanizadora Rech Ltda
Advogados: Rubiney Lenz e outros

EMENTA: Processual Civil – Litigância de má-fé – Despesas com honorários de perito – Ônus.

I – A sanção à litigância de má-fé, prevista nos arts. 16 e seguintes do CPC, deve ser fundamentada. Não tem pertinência a pena de litigância de má-fé pela oposição de embargos declaratórios, quando a parte pretende claramente prequestionar normas processuais para assegurar a defesa de seus direitos, bem assim, oferece interpretação que não configura nenhuma das hipóteses que poderiam lastreá-la.

II – Cabe a quem requereu a perícia, ou ao autor, se determinada pelo juiz, efetuar o pagamento dos honorários do perito, certo que o vencido reembolsará, a final, o vencedor.

III – Recurso conhecido e provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do recurso especial e dar-lhe provimento. Participaram do julgamento os Srs. Ministros Ari Pargendler, Carlos Alberto Menezes Direito, Antônio de Pádua Ribeiro e Eduardo Ribeiro.

Brasília-DF, 9 de maio de 2000 (data do julgamento).

Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, Presidente.

Ministro Waldemar Zveiter, Relator.

Publicado no DJ de 26.6.2000.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Waldemar Zveiter: Trata-se de recurso especial interposto pelo Banco do Brasil S/A contra acórdão da Quarta Câmara Cível do Tribunal de Alçada do Estado do Rio Grande do Sul que, por unanimidade, acatou agravo de instrumento interposto pela recorrida Construtora e Urbanizadora Rech Ltda, determinando que os honorários do perito fossem reduzidos e suportados por ambas as partes, embora tenha sido a Empresa, autora da ação de revisão de cédula de crédito comercial e contrato de abertura de crédito que a tenha solicitado.

Sustenta o Recorrente, com fulcro em ambas as alíneas do permissivo constitucional, ofensa aos artigos 2^a, 17, VI; 19, 33, 458, II; e 535, todos do CPC, além de divergência jurisprudencial.

Determinei o sobrestamento do recurso, nos termos do § 3^a do art. 542 do CPC e da Resolução n. 1/1999 deste STJ (fl. 222). No entanto, em face das razões apresentadas às fls. 224/226, e considerando a pena por litigância de má-fé aplicada aos Recorrentes em valor considerável quando da

interposição dos embargos declaratórios, reconsiderarei a decisão e determinarei a inclusão do feito em pauta para julgamento.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Waldemar Zveiter (Relator): O acórdão recorrido, para determinar que os honorários de perito fossem suportados por ambas as partes, assim asseverou, no que interessa (fls. 150/151):

“No caso, verifica-se que a matéria é por demais comum e asoberba sobremaneira o Judiciário pela enxurrada de ações que visam à apuração do **quantum** efetivamente devido, ante as exigências estapafúrdias dos agentes financeiros, em qualquer mútuo creditício.

E nesse aspecto, entendo que razão assiste à Agravante na medida em que afirma que a perícia serve a ambas as partes. A Agravante certamente, na pretensão de identificar o quanto ainda deve após descontado o que indevidamente pagou, se é que assim tenha ocorrido. E ao agravado, agente financeiro, não porque lhe agrade ou lhe sirva ver reduzida sua exigência clausulada nos contratos em exame, mas que lhe serve, porquanto será o corretivo da gestação de contratos adesivos, prejudiciais e abusivos a todos quantos precisem recorrer a um organismo financeiro para firmar um contrato qualquer, pois qualquer que seja ele, o mutuante não tem saída, ou firma-o como está impresso pelo agente ou não obtém o bem da vida que visa a obter para solucionar o problema que o levou até ao Banco. E aí não existe qualquer manifestação de vontade, senão a do agente, potestativa, imperativa e soberana, e que não serve para representar legítimo Estado de Direito a que estamos todos subordinados. E nada tenho contra qualquer contrato impresso ou previamente elaborado. *O que ele precisa não ter é a carga excessiva de lesividade sempre dirigida ao tomador, que desqualifica a comutatividade contratual e o equilíbrio que deve existir para cada parte na relação negocial e, portanto, sem onerosidade excessiva para qualquer delas. O custo deve corresponder ao benefício. E não o benefício a justificar qualquer custo.*

Assim, pelos parâmetros trazidos de acórdãos de outras Câmaras, n. 197.013.477 da Segunda (fls. 132/133), n. 196.266.936 da Sétima (fls. 134/1.379) e 196.266.928 da Sexta Câmara Cível, acrescido do

posicionamento a respeito, entendo, como a Agravante, ser alto o valor de R\$ 960,00 para a feitura da perícia sobre a matéria em questão, e o que se justifica pelos próprios quesitos formulados às fls. 120/122 pela Agravante, e os quesitos do Agravado, às fls. 117/119, que não estão a exigir do profissional maior complexidade na sua elaboração, maior demanda de tempo, ou suscitação de matéria desconhecida ou inédita no seu mister diário, ou cuja sistemática não esteja já inserida em microcomputador, que certamente não exigirão do perito nomeado, vinte horas para a apreciação e consecução do laudo.

Por outro lado, a conveniência da participação do Agravado nos custos periciais tem a sua justificativa assentada no fato de que ele é o originador do requerimento desse meio de prova por parte da Agravante. Originador porque elaborou o contrato, clausulou e exige o seu cumprimento calcado no **pacta sunt servanda**, na obrigatoriedade de contrato cuja participação não teve o aderente em sua elaboração.

Portanto, penso sobre o caso concreto que os honorários periciais ficam bem satisfeitos em montante equivalente a cinco salários mínimos (5 SM) que deverão ser suportados por ambas as partes, por metade, e com antecipação de 50%, também por metade, e o restante, nos mesmos moldes, após a entrega do laudo.

Por isso, dou provimento ao agravo para reduzir a pretensão pericial honorária, como acima enunciado.”

Opostos, então, embargos declaratórios pelo Réu, objetivando o pronunciamento do órgão julgador sobre o teor dos artigos 19 e 33 do CPC que, segundo ele, “expressamente dispõem caber à parte que requer a prática de determinado ato ou coleta de prova, antecipar os respectivos custos.” (fl. 158).

A douta Turma julgadora **a quo** rejeitou os embargos e sob o fundamento de que seriam protelatórios e, de ofício, com suporte nos artigos 16, 17, VI; e 18 do CPC, fixou penalização por litigância de má-fé de dez por cento sobre o montante do crédito pretendido dos Embargados, ora recorridos.

No voto restou consignado (fls. 164/165):

“Não procede a inconformidade vertida nos embargos.

Com efeito, inexistente omissão no acórdão embargado. Na verdade, existe tentativa de reexame da matéria, o que incabível neste recurso.

O juiz, singular, ou coletivo, não está obrigado a exaurir os fundamentos trazidos na dedução do direito em juízo, bastando-lhe formar a sua convicção sobre a conclusão do conflito com base no fundamento que entender mais pertinente para aplicação ao caso concreto.

Ademais, sua insurgência não tem qualquer sentido, pois que o julgador, para julgar como julgou, teve a exata função de interpretar a aplicação dos artigos explicitados invocados.

Nesse aspecto, portanto, os artigos invocados têm sido e estão interpretados no acórdão, e por diversos órgãos do Poder Judiciário, que tem a função jurisdicional e constitucional de interpretar as leis feitas pelo Legislativo, e não raro, mal aplicadas tanto pelo Executivo como pelas corporações financeiras, como se elas se destinassem apenas a eles, sem considerar que são dirigidas para a sociedade e, portanto, obrigatória a todas as pessoas.

E uma tal atitude de promover recurso de embargos de declaração destituído de fundamento relevante, visto que todos os artigos trazidos encontram-se presentes no acórdão, e por isso, foram retilmente espancados de omissão, implica incabível delonga promovida pelo próprio Embargante, e cuja repercussão não pode vir a sofrer o Embargado.

Por isso, e para concluir, reconheço, de ofício, que o recurso é meramente protelatório, manifestamente infundado (art. 17, VI), fazendo incidir os artigos 16 e 18 do Código de Processo Civil, e cuja penalização proponho seja fixada em dez por cento sobre o montante do crédito pretendido dos Embargados.

Portanto, ausente omissão, nego provimento aos embargos, e fixo a penalização como supra-enunciação.”

Inconformado, em seu apelo especial, sustenta o Banco, preliminarmente, nulidade do acórdão, por ausência de fundamentação para a aplicação da pena por litigância de má-fé, uma vez que a pretensão deduzida nos embargos declaratórios, ao contrário do afirmado quando de seu julgamento, era prequestionar os artigos 19 e 33 do CPC que não estão expressamente referidos no acórdão da apelação.

Inexistiu, segundo o Recorrente, o elemento vontade para provocar incidente infundado, sendo que não há interesse de sua parte na procrastinação do feito, até porque é credor das importâncias discutidas nos autos.

Em nenhum momento, acrescenta, ao pronunciar-se pela rejeição dos embargos declaratórios a Câmara julgadora oferece as razões justificadoras da aplicação da sanção, restando, no particular, a decisão recorrida, sem fundamentação, por isso que seria nula.

Sustenta, ademais, negativa de prestação jurisdicional quando o acórdão negou-se a suprir omissão que efetivamente ocorreu, em relação aos artigos 19 e 33 do CPC.

No mérito, aduz violação ao art. 17, VI, do CPC e, quanto à responsabilidade pelos honorários do perito, examinando a legislação acima, diz ser do Recorrido, ou seja, da parte que solicitou a produção da prova.

Colaciona jurisprudência a corroborar suas assertivas, não só em relação às preliminares levantadas, mas, também, quanto ao mérito.

Estou em que o apelo merece prosperar.

Com efeito, não vislumbro os requisitos do inciso VI do art. 17 para a aplicação de tão severa pena.

O Banco, sendo credor das importâncias discutidas, não tem interesse na procrastinação do feito, nem pode assim ser considerada a mera interposição de recurso de embargos declaratórios.

Como já decidiu esta Turma: “Não são protelatórios os embargos de declaração que, justificadamente, reclamam a integração do acórdão, ainda que sejam improcedentes pela compreensão diversa do Tribunal, ao considerar que a afirmação geral dele constante alcança a questão posta no recurso.” (REsp n. 188.584-MT, Relator Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, DJ de 9.8.1999).

Ou seja, no caso concreto, mesmo entendesse o Tribunal que as questões colocadas nos embargos tivessem sido apreciadas e decididas, não o foram, isso não seria motivo para a aplicação da litigância de má-fé. Sabendo como tem sido rigorosa esta Corte quanto ao preenchimento do requisito do prequestionamento, as partes buscam acautelar-se, pedindo análise explícita das matérias importantes ao deslinde da controvérsia. E não se pode dizer, que, na espécie, não havia pertinência na interposição dos declaratórios.

A atitude do Banco, a meu sentir, não foi temerária e não revela má-fé, além de não ser o incidente processual desnecessário ou meramente protelatório, inexistindo, como bem frisou o recurso, fundamentação necessária para a sanção como feita.

Por outro lado, existe previsão legal específica para o caso de embargos de declaração com caráter manifestamente protelatório, como ressei do parágrafo único do art. 538 do CPC.

Confirmam-se, ainda, sobre o ponto, os seguintes precedentes:

“Indenização por dano moral. Apreensão judicial indevida do veículo da autora. Penalidades pelo flanco do art. 538 do CPC e pela litigância de má-fé. Prequestionamento. Valor da indenização. 1. Não tem pertinência impor as penas correspondentes aos embargos protelatórios e à litigância de má-fé, quando a parte pretende claramente prequestionar diversas normas processuais para assegurar a defesa de seus direitos, bem assim, oferece interpretação que não configura nenhuma das hipóteses que poderiam lastrear a pena da litigância de má-fé. 2. O prequestionamento é indispensável para o curso do especial, e, mantida a omissão nos declaratórios, a parte deve ingressar pelo flanco do art. 535 do CPC, o que não ocorreu neste feito. 3. O valor fixado não se reveste de exorbitância capaz de provocar a intervenção, possível, da Corte, sendo certo que os paradigmas representam situações fáticas diversas que podem justificar a variação do valor fixada em cada qual. 4. Recurso especial conhecido e provido, em parte.” (REsp n. 153.459-RS, Relator Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, DJ de 8.2.1999).

“Declarada a natureza meramente protelatória dos embargos, não incidem as normas que dizem respeito à litigância de má-fé. Embargos de declaração que, ademais, tiveram por escopo obter o prequestionamento das matérias ali invocadas.” (REsp n. 181.863-RS, Relator Ministro Barros Monteiro, DJ de 14.12.1998).

“A sanção à litigância de má-fé, prevista nos arts. 16 e seguintes do CPC, deve ser fundamentada.” (REsp n. 171.008-RJ, Relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar, DJ de 21.9.1998).

“Indenização. Danos morais. Julgamento **extra petita**. Litigância de má-fé. I – Inexistência de julgamento **extra petita**, pois, dos fatos narrados e do próprio pedido, se pode inferir que a parte pleiteia indenização por danos morais. II – Incabível a pena de litigância de má-fé quando não evidenciado intuito procrastinatório da parte ao interpor embargos de declaração.” (REsp n. 225.265-RJ, Relator Ministro Eduardo Ribeiro, DJ de 6.12.1999).

Estou em que prequestionada a questão relativa à responsabilidade pelo adiantamento das despesas com os honorários do perito e por metade a cada litigante. E nesse capítulo, o acórdão recorrido, **data venia**, também não se houve com acerto.

A justificativa posta no aresto para carregá-las tanto ao Autor, que foi quem solicitou a perícia, quanto ao Réu, no sentido de ter o Banco dado causa ao pedido, com a cobrança de taxas e encargos absurdos não se sustenta, até porque tais encargos e seu grau de abusividade são questões a serem apreciadas, divergindo sobre o assunto a jurisprudência nacional.

Em princípio, segundo a melhor exegese dos artigos 19 e 33 do CPC, os honorários periciais, exceto nos casos de Justiça gratuita ou requerimento do Ministério Público, são pagos pela parte que solicitou a perícia.

A perícia foi pedida somente pelo Autor e ora recorrido não havendo motivo para que o ônus seja carregado também ao Réu, não pelos argumentos lançados no acórdão recorrido, pelo fato de ter elaborado o contrato e este ser de adesão com carga excessiva de lesividade ou porque “será o corretivo da gestação de contratos adesivos” (fl. 150). A meu sentir, o Tribunal adiantou o julgamento de matéria referente ao mérito do pedido da ação ajuizada pela Empresa-construtora.

Ora, se ficar vencido, o Banco será condenado ao ressarcimento de tais verbas, mas, até que a ação esteja julgada, tendo o exame contábil sido requerido apenas por uma das partes, esta, em princípio, é que deve arcar com o pagamento das despesas com os honorários de perito.

Citando **Hélio Tornaghi**, o eminente Ministro Barros Monteiro, no voto redigido para o Recurso Especial n. 16.826-SP, sobre o mesmo tema assim se manifestou: “De outro lado, se a prova técnica em princípio é do interesse comum, menos certo não é que a nova perícia foi insistentemente buscada pela Ré-recorrida.

Posto isto, tenho como acertado o r. pronunciamento minoritário, da lavra do ilustre Desembargador Laerte Nordi, por aplicação do disposto no art. 19 c.c o art. 33 do Código de Processo Civil, que considero **in casu** vulnerados pela r. decisão hostilizada.

Hélio Tornaghi leciona a respeito que “se a perícia é requerida por uma das partes, a essa incumbe fazer o pagamento do perito, com direito a ser reembolsada se vencer” (Comentários ao Código de Processo Civil, vol. I, p. 163, ed. 1974).” (DJ de 30.11.1992).

O mesmo entendimento restou perfilhado nos REsp's n. 4.069-SP, Relator Ministro Eduardo Ribeiro, e 45.208-SP, Relator Ministro Cláudio Santos, assim ementados:

“Despesas processuais. Perícia.

Cabe a quem requereu a perícia, ou ao autor, se determinada pelo juiz, efetuar o pagamento dos honorários do perito. O vencido reembolsará, a final, o vencedor.” (DJ de 4.2.1991).

“Embargos de retenção. Honorários do perito. Ônus.

I – Os honorários do perito devem ser pagos pelo autor quando a perícia é solicitada por ele próprio, por ambas as partes ou determinada de ofício pelo juiz (art. 33 do CPC).” (DJ de 26.2.1996).

E, ainda, mais recentemente, também da relatoria do eminente Ministro Eduardo Ribeiro, REsp n. 146.755-PR:

“Perícia inicialmente requerida por ambas as partes. Desistência do autor. Ônus da antecipação dos honorários. Se o autor desiste da produção da prova pericial, persistindo na sua realização apenas o réu, é deste, de acordo com o art. 33 do Código de Processo Civil, o ônus de antecipar a remuneração do perito.”

O dissídio apresentado, tanto em relação às preliminares, quanto ao mérito, restou satisfatoriamente comprovado.

Forte em tais lineamentos, conheço do recurso e dou-lhe provimento para cassar a pena de litigância de má-fé imposta ao Recorrente e reformar o acórdão recorrido, carreando a autora, ora recorrida, o ônus pelo adiantamento dos honorários do perito, mantido o valor estipulado na decisão recorrida de cinco salários mínimos.

RECURSO ESPECIAL N. 235.645 – SP

(Registro n. 99.0096549-3)

Relator: Ministro Carlos Alberto Menezes Direito

Recorrente: Banco Arbi S/A

Advogados: Jorge Lauro Celidônio e outros

Recorridos: Samsung Corporation Samsung Eletronics Co Ltda e outros

Advogados: Miguel Pereira Neto e outros

EMENTA: Crédito documentário – Legitimidade ativa – Denúnciação da lide – Litigância de má-fé – Multa do art. 538, parágrafo único, do Código de Processo Civil.

1. No crédito documentário o beneficiário tem legitimidade ativa para cobrar o cumprimento da carta de crédito diretamente do banco-emissor, não importando que tenha havido no negócio a presença do banco-confirmador, que não teria honrado o pagamento.

2. Sendo autônomo o crédito documentário, a relação entre o banco emissor e o beneficiário não suscita a denúnciação da lide ao banco-confirmador nem ao banco-controlador deste.

3. Não há litigância de má-fé quando o suporte da sua imposição é o exercício do direito de defesa do banco-emissor, com as alegações e documentos que entendeu pertinentes, rejeitados nas instâncias ordinárias.

4. Não há lugar para a imposição de multa nos embargos declaratórios quando destinados ao prequestionamento, nos termos da Súmula n. 98 da Corte.

5. Recurso especial conhecido e provido, em parte.

ACÓRDÃO

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

Brasília-DF, 2 de maio de 2000 (data do julgamento).

Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito: Banco Arbi S/A interpõe recurso especial, com fundamento nas alíneas a e c do permissivo constitucional, contra acórdão da Segunda Câmara Extraordinária-A do 1º Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo, assim ementado:

“Comércio internacional. Crédito documentário. Responsabilidade do banco-confirmador perante o exportador estrangeiro que não exclui a responsabilidade, principal, do banco-emissor da carta de crédito. Ação de cobrança procedente. Recurso do banco-réu improvido.” (fl. 290).

Foi aplicada multa ao Recorrente, por litigância de má-fé, nos seguintes termos:

“O Réu agiu como litigante de má-fé. Aproveitando-se da relativa complexidade do contrato de abertura de crédito documentário, deduziu defesas inconsistentes e mesmo desarrazoadas, contrariando documentos e normas de comércio claros e inquestionáveis, na tentativa de alterar a verdade dos fatos. Aplica-se-lhe a sanção correspondente a 10% (dez por cento) do valor dado à causa.” (fl. 293).

Houve embargos de declaração (fls. 297 a 303), rejeitados com imposição de multa (fls. 305 a 308), posto que manifestamente protelatórios.

Sustenta o Recorrente contrariedade aos artigos 165 e 458 do Código de Processo Civil, haja vista que no acórdão recorrido não foi decidida, ou ao menos não foi suficientemente fundamentada a questão do chamamento ao processo por meio de denúncia da lide.

Aponta negativa de vigência ao Protocolo de Genebra de 1923, oficializado pelo Decreto n. 21.187/1932, a Convenção do Panamá de 1975, oficializada pelo Decreto n. 1.902/1996 e a Lei n. 9.307/1996, pois o acórdão recorrido desprezou referidas normas, aplicando a “UCP 500” ou “Brochura 500”, que não passa de um texto emitido pela Câmara de Comércio Internacional, organização privada sediada em Paris. Afirma que o acórdão recorrido aplicou a “Brochura 500” como se norma internacional fosse, e que, assim o fazendo, deveria pelo menos tê-la aplicado por inteiro, o que ensejaria a solução da questão por arbitragem internacional.

Aduz negativa de vigência também ao art. 70, inciso III, do Código de Processo Civil, pois, estando provado o pagamento efetuado pela Recorrente, a denúncia da lide era obrigatória, haja vista o direito de regresso presente no caso.

Esclarece que, ao negar a denúncia à lide, julgando antecipadamente a lide, o Tribunal **a quo** violou o art. 330, inciso I, do Código de Processo Civil, incorrendo em cerceamento de defesa.

Indica negativa de vigência ao art. 934 do Código Civil, pois, ao afirmarem que a cobrança do crédito caberia exclusivamente contra a Recorrente, a sentença e o acórdão pretenderam forçar um pagamento a credor discutível, pagamento este que já havia sido feito.

Afirma que, ao aplicar a punição por litigância de má-fé, o acórdão recorrido feriu os artigos 17 e 18 do Código de Processo Civil, uma vez que a sua conduta não se enquadra no elenco taxativo dos casos de possível apenamento. Argumenta ser pressuposto para a punição o requerimento da parte contrária em tal sentido, no momento em que alegar os prejuízos que tenha sofrido.

Aponta divergência jurisprudencial, no que tange à interpretação dos artigos 17, 18, 458 e 538, parágrafo único, do Código de Processo Civil, trazendo à colação julgados de tribunais diversos, bem como a Súmula n. 98-STJ.

Contra-arrazoado (fls. 424 a 450), o recurso rejeitou inadmitido (fls. 452 a 455).

Provido agravo de instrumento, foi determinada a sua conversão em recurso especial (fl. 486).

Interposto recurso extraordinário (fls. 315 a 323), não admitido (fls. 456/457).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito (Relator): A Empresa-recorrida ajuizou ação ordinária alegando o que se segue: em janeiro de 1995, firmou com a Gradiente Eletrônica S/A, contrato comercial, obrigando-se a fornecer peças e partes para aparelhos de áudio, pelos quais receberia US\$ 347.100,00; tratando-se de contrato internacional, a exportadora

exigiu da importadora, no Brasil, carta de crédito fornecida por estabelecimento bancário; em 16 de janeiro o Banco-réu emitiu a carta de crédito, em caráter irrevogável, a favor da Autora; com a emissão, obrigou-se o Banco-réu, na qualidade de devedor principal, e por conta da Gradiente, a pagar à Autora, mediante a apresentação dos documentos estipulados na carta, de acordo com as regras editadas pela Câmara de Comércio Internacional; tendo a Autora cumprido todas as estipulações, o Banco-réu pagou, apenas, uma parte do crédito, encontrando-se em débito no valor de US\$ 144.612,00, ou, então, o valor de R\$ 152.341,30, tudo já devidamente atualizado. A sentença julgou procedente o pedido. O 1º Tribunal de Alçada Civil de São Paulo manteve o julgado. Anotou o acórdão recorrido que a “razão da existência da carta de crédito é justamente consubstanciar a referida obrigação, dando ao exportador a certeza do recebimento do preço da mercadoria vendida”. E, ainda, salientou que o banco-emissor não tem “como se safar da responsabilidade. E isso mesmo no caso, que se alega ter ocorrido, dele ter transferido para o banco-confirmador os fundos necessários. Após isto, aconteceu a falência do First Trade”, que por esse motivo deixou de honrar a carta de crédito, não solvendo a obrigação junto à Autora”. Por outro lado, relevou o julgado recorrido que na “carta de crédito objeto da demanda, consta cláusula (fl. 24) mandando aplicar a consolidação das regras e usos uniformes a créditos documentários editada pela Câmara de Comércio Internacional, a qual, em seu artigo 9º, letra **b**, proclama de forma expressa que o compromisso assumido pelo banco-emissor é “adicional” ao do “Banco-emitente”. A norma vem transcrita por ambos os litigantes, às fls. 103/198”. Por fim, reafirmando que a “confirmação é algo que se soma à obrigação básica, inafastável, decorrente da emissão do título”, o acórdão recorrido afirma que quanto à “ocorrência de cessão de crédito ao Cho Hung Bank, não há na prova dos autos a menor base para essa conclusão”. Os embargos de declaração foram rejeitados com imposição de multa.

Antes do exame das apontadas violações, devo fazer um breve resumo da matéria fática. Discute-se nestes autos o chamado crédito documentário. Em operações internacionais de comércio, os contratos de fornecimento envolvem, ademais, da relação entre o comprador e importador e o vendedor e exportador, uma instituição financeira que garante o pagamento do contrato por intermédio de uma carta de crédito. Assim, preenchidas as condições avençadas, o banco que emitiu a carta de crédito efetua o pagamento, com isso assegurando o cumprimento das obrigações de compra e venda no plano internacional. Na prática, o banco-emitente da carta de crédito é procurado por um cliente com o objetivo de efetuar o pagamento a um

terceiro, beneficiário, ou, ainda, autoriza outro banco a fazer o pagamento ou a negociar. Sendo irrevogável o crédito, o compromisso do banco-emissor é firme. Pode ocorrer que haja a participação de um outro banco, a pedido do banco-emissor, para confirmar o crédito irrevogável, com o que adiciona-se uma outra garantia.

Em monografia preciosa, **Ligia Maura Costa** mostra que a “abertura de um crédito documentário irrevogável exerce uma influência decisiva sobre o beneficiário; o crédito dá-lhe a certeza de um pagamento ulterior. Esta garantia repousa na solvabilidade quase sempre certa do banqueiro e, também, na obrigação primária e direta deste último em favor do beneficiário”. Para a citada autora o “compromisso direto e autônomo do banco reduz, em grande parte, os riscos do comércio internacional. De fato, preservar o beneficiário do risco de não pagamento é o principal objetivo do crédito documentário irrevogável. A certeza dessa obrigação firme do banqueiro faz do mecanismo do crédito uma técnica efetivamente válida” (O Crédito Documentário, Saraiva, 1994, p.p. 72/73).

Neste tipo de contrato as relações jurídicas se formam entre o vendedor, exportador, e o comprador, importador, e entre este e o banco-emissor da carta de crédito, e, evidentemente, entre o primeiro e o banco, sendo a segunda a principal, mediante a qual o banco assume a responsabilidade de pagar o valor da compra ao beneficiário. Pode ocorrer, contudo, quando é o crédito irrevogável, que haja um outro banco, chamado de banco-confirmador, que, como descreve **Arnaldo Rizzardo** “será mandatário ou correspondente daquele que abre o crédito. O Banco-emissor autoriza ou solicita a um outro banco para confirmar o crédito irrevogável. Caso confirme, o banco-intermediário se torna compromissário a satisfazer o crédito, podendo o exportador agir contra ele se não houver a satisfação do crédito. Por outras palavras, o banco-intermediário se compromete, frente ao vendedor, a atender a obrigação assumida pelo banco que abriu o crédito”. Para **Rizzardo**, o banco-intermediário, atuando como banco-confirmador, “assume ante o beneficiário as mesmas obrigações que possui o banco-emissor. Cabe-lhe pagar, aceitar ou negociar a cambial. É que ele se reveste de uma obrigação autônoma relativamente ao beneficiário” (Contratos de Crédito Bancário, RT, 4ª ed. 1999, p.p. 107 e 112).

É evidente que o crédito documentário está cumprido quando o banco-emissor paga o valor da compra ao beneficiário, honrando a carta de crédito. E, havendo banco-confirmador, a relação entre o banco-emissor e o banco-confirmador, ou intermediário, encerra-se “quando o primeiro

entrega os documentos supra-referidos ao segundo, e recebe dele o que despendeu” (**Rizzardo**, cit., p. 115).

O que houve nestes autos foi exatamente a relação jurídica decorrente do crédito documentário irrevogável, com a intervenção do banco-confirmador. Os fatos postos na sentença, aceitos pelo acórdão recorrido, e, por isso, insuscetíveis de reexame nesta Corte, a teor da Súmula n. 7, é que o First Trade International Bank & Trust Ltd “era o banco-confirmador, atuando a mando do banco-emissor e portanto, co-responsável ao pagamento, e ainda, o fato do banco-réu haver remetido a importância devida àquele, do que fez prova, não contraditada pela Autora, por meio do documento de fl. 67”. Assentou, também, a sentença que houve inadimplência do banco-confirmador, “o qual, não obstante notificado da entrega da mercadoria (cf. documento de fls. 116/117) não remeteu ao beneficiário a quantia devida, sendo certo que o Réu não produziu qualquer prova nesse sentido (remessa do crédito), cujo ônus lhe competia”. Da mesma forma, a sentença afirmou que não houve cessão de crédito da Autora, valendo a afirmação da autora de que o Cho Hung Bank “atua em seu nome, como se observa dos documentos por ela juntados à réplica”. O acórdão recorrido reforça esse aspecto ao assinalar que “não há na prova dos autos a menor base para esta conclusão” de ter havido a cessão de crédito, atuando o Cho Hung Bank “em nome da Autora, como banco negociador, encarregado de fazer a apresentação dos documentos necessários à liberação do pagamento”, não havendo falar em cerceamento de defesa, alegado de passagem na apelação, “só se admitindo a prova documental para a demonstração da pretensa cessão de direito. Ademais, não tendo sido notificado da imaginária cessão, o banco-réu, pagando à autora, não corre o risco de pagar mal”.

Com esse quadro teórico e de fato, passamos ao exame das questões postas pelo recurso especial.

A primeira alegação é de violação ao art. 458 c.c. a primeira parte do art. 165 do Código de Processo Civil. Respeitando embora a irresignação vigorosa da Recorrente, não enxergo nenhuma violação. Não há o mais leve traço de falta de fundamentação, seja na sentença, seja no acórdão recorrido. Ao revés, tanto a sentença quanto o acórdão estão fundamentados com pertinência aos temas postos pela Empresa-recorrente. A responsabilização do banco-confirmador, postulada pelo Banco-recorrente foi afastada com posição teórica muito clara, considerando a realidade dos autos, o mesmo se podendo dizer quanto à incidência do art. 70, III, do Código de Processo Civil. Anote-se que na contestação o Banco-recorrente requereu, apenas,

“serem chamados ao processo”, a Gradiente Eletrônica, empresa-compradora, importadora, com base no art. 77, I, do Código de Processo Civil, que deveria ser a devedora, sendo o Banco-recorrente parte ilegítima, o First Trade International Bank & Trust Ltd e o Hanil Bank, “para que expliquem as operações havidas com a Samsung”, o Tower Bank “instituição financeira controladora do First Trade Bank, a qual, através de seu diretor Eduardo Peña, se comprometeu a cuidar do assunto junto à de sua controlada First Trade, tal seja, aquela referente ao segundo embarque das mercadorias da Gradiente, da mesma forma como já havia sido feito com relação ao terceiro embarque, de mesmo valor, cuja assunção se comprova através da juntada de *fac simile* datado de 25 de julho de 1995 (doc. 12)”, o Cho Hung Bank, que pretendeu o recebimento do mesmo crédito, “o que só é possível, é claro, para quem seja titular do crédito”, e, finalmente, a Açaí Agropecuária Ltda, que seria “interveniente avalista/fiel depositária”, que teria de ser chamada ao processo “por força, dentre outras razões do que se contém na cláusula 13^a do contrato de 12.1.1995 (p. 8)”. A sentença repeliu o chamamento desejado entendendo que a “obrigação assumida perante o beneficiário é exclusiva do banco-emissor, e nada obstante a possibilidade de interveniência de outros bancos, a responsabilidade pelo pagamento é única daquele, porquanto os outros atuam em seu interesse não se podendo opor ao beneficiário as exceções que, eventualmente, tenha em relação a esses”. E o acórdão recorrido entendeu que foi correto o indeferimento do “chamamento ao processo de várias empresas, escolhidas a esmo, visando ‘ao perfeito e cristalino esclarecimento das operações havidas com a Samsung’ (fl. 204), hipótese que obviamente não se enquadra nas previsões do art. 77 do CPC”. Está, portanto, muito claro que não houve falta de fundamentação.

A segunda alegação é de negativa de vigência a tratados e lei federal, o Protocolo de Genebra, de 1923, Decreto n. 2.187, de 2.3.1932, a Convenção do Panamá, Decreto n. 1.902, de 9.5.1996, e a Lei n. 9.307, de 23.9.1996. Alega que a Autora sempre procurou responsabilizar o Banco-recorrente com a aplicação da chamada “UCP 500”, regras sobre o tema editadas pela Câmara de Comércio Internacional. Mas, ainda aqui não vejo razão alguma para ensejar o conhecimento do especial. Evidentemente, não se demonstrou em que ponto estaria a alegada negativa de vigência, à medida que o recurso menciona a aceitação da arbitragem, que, sob todas as luzes, não está em jogo. O acórdão recorrido refere-se a uma determinada cláusula no contrato objeto da demanda, que manda aplicar a consolidação de regras e usos uniformes relativos aos créditos documentários editada pela

Câmara de Comércio Internacional, relevando que está a “norma transcrita por ambos os litigantes”. Desde logo, já se vê, sem muito esforço, que o acórdão recorrido cuidou de examinar o contrato e identificar as regras nele previstas, o que já inviabiliza o especial, a teor da Súmula n. 5 da Corte. Todavia, embora insuperável o obstáculo, ajunta-se outro, assim o fato de que o acórdão recorrido cuidou de apreciar a relação jurídica entre o banco-emissor e o banco-confirmador, afirmando que este último “assume responsabilidade perante o exportador (atua em nome próprio, ainda que por conta do banco-emissor), mas sem desonerar o réu, que, como emitente da carta de crédito, só estará liberado com a satisfação do direito da beneficiária do título, irrelevante se a mesma demorou ou não para exercê-lo”. Seja pelo fato de estar presente a Súmula n. 5 da Corte, seja pela compreensão de que a relação jurídica entre o banco-emissor e o banco-confirmador não atravança a relação jurídica entre o banco-emissor e o beneficiário, não há falar em negativa de vigência das regras apontadas.

O terceiro ponto do especial é sobre o art. 70, III, do Código de Processo Civil. Em primeiro lugar, tenha-se presente que a contestação indicou o litisconsórcio da Gradiente, empresa-compradora, pelo art. 77, I, do Código de Processo Civil. Mas, de todos os modos, não creio que haja nenhuma violação ao art. 70, III, indicado. A regra menciona o litisconsórcio daquele que estiver “obrigado, pela lei ou pelo contrato, a indenizar, em ação regressiva, o prejuízo do que perder a demanda”. O que se pretende é que o banco-confirmador, atuando a mando do banco-emissor, seja co-responsável pelo pagamento, o que teria sido admitido pela sentença, sendo certo que igualmente o Tower Bank, como controlador do banco-confirmador, também deveria estar presente porque assumiu o compromisso direto de pagar as cartas de crédito pendentes perante o banco-confirmador, seu controlado. Vê-se, desde logo, que da longa lista inaugural, a argumentação resume-se, agora, no especial, a, apenas, dois. Mas, sem nenhuma razão. O que ficou muito claro na sentença e no acórdão recorrido é que a relação jurídica está confinada ao beneficiário e ao banco-emissor. E essa posição não está discrepante da doutrina, como já vimos. E, na lógica do sistema do crédito documentário, assim, de fato, deve ser. A relação jurídica primária, ou principal, se dá entre o banco-emissor e o beneficiário porque existe uma obrigação irrevogável de pagamento da carta de crédito, não podendo haver escusas. A relação jurídica entre o banco-emissor e o banco-confirmador não se vincula à relação entre o primeiro e o beneficiário. O que acontece é o nascimento de uma outra obrigação autônoma do banco-confirmador perante o beneficiário, nascida do contrato entre este e o

banco-emissor. Se, por qualquer eventualidade, o banco-confirmador não honra a sua obrigação, está livre o beneficiário para investir contra o banco-emissor, diretamente. Não há neste contrato entre o banco-emissor e o beneficiário qualquer vinculação com o banco-confirmador. A lesão porventura causada pelo banco-confirmador está vinculada à relação mantida entre este e o banco-emissor. São relações autônomas, ainda que tenha o banco-confirmador assumido obrigação junto ao beneficiário. Todavia, essa obrigação não libera o banco-emissor da obrigação primária, também dita principal. É, de fato, uma garantia adicional, não excludente daquela que nasce com a emissão da carta de crédito. Se não fosse assim, o sistema do crédito documentário estaria contaminado por inteiro, à medida que o banco-emissor poderia, em tese, malbaratar o seu compromisso pela escolha de banco-confirmador que poderia deixar de cumprir o seu compromisso, lesando o beneficiário e livrando a responsabilidade do banco-emissor. Da mesma forma, qual a vinculação do banco-controlador do banco-confirmador com a transação documentária entre o emissor e o beneficiário? Nenhuma. Se o controlador assumiu a responsabilidade de quitar as cartas de crédito perante o banco-confirmador, seu controlado, o certo é que tal fato não tem ligação alguma na relação jurídica entre o emissor e o beneficiário. Desse modo, a meu sentir, não existe violação alguma ao art. 70, III, do Código de Processo Civil.

A quarta violação apontada é a do art. 330, I, do Código de Processo Civil. Mas, o fundamento que está apresentado, expressamente, é que a “infringência ao art. 70, III, do Código de Processo Civil faz aparecer o cerceamento de defesa, incontestavelmente, porque desprezado o princípio basilar do contraditório”. Com todo respeito ao esforço dos eminentes patronos do Banco-recorrente, não há cerceamento de defesa, na cobertura do art. 330, I, do Código de Processo Civil, pelo fato de haver sido indeferido, fundamentadamente, o pedido de denúncia à lide. Por outro lado, no caso, o julgamento antecipado da lide não encontra obstáculo algum no viés do cerceamento de defesa. E assim é porque, como já demonstrado à saciedade, o que se está examinando é o contrato de crédito documentário em que se procura filtrar a responsabilidade do banco-emissor pelo pagamento, diante da existência de um banco-confirmador. Decidiu-se que, nesses contratos, a responsabilidade do banco-emissor exsurge clara, independentemente da relação jurídica entre ele e o banco-confirmador, que não honrou o compromisso.

O quinto combate é sobre o art. 934 do Código Civil. Mas, não tem, pelo menos na minha compreensão, nenhum fundamento. É evidente que a

sentença e o acórdão, afirmando a responsabilidade do Banco-recorrente, não “negaram a correta vigência ao artigo 934 ao pretenderem forçar o pagamento (relembre-se já feito ao First Trade) a pretendente discutível”. Ora, o que está prescrito no dispositivo de lei federal apontado é que o pagamento deve ser feito ao credor, e, no caso, o credor, diante da clara relação jurídica existente, é a Autora. Se o banco-emissor pagou ao banco-confir-mador, que, por sua vez, não pagou ao beneficiário, o problema está fora da relação de crédito documentário entre o banco-emissor e o beneficiário, presente a argumentação antes deduzida.

O sexto combate está em torno dos artigos 17 e 18 do Código de Pro-cesso Civil. O acórdão recorrido entendeu que o “réu agiu de má-fé. Aproveitando-se da relativa complexidade do contrato de abertura de crédito documentário, deduziu defesas inconsistentes e mesmo desarrazoadas, contrariando documentos e normas de comércio claros e inquestionáveis. Apli-ca-se-lhe a sanção correspondente a 10% (dez por cento) do valor dado à causa”. Todavia, não creio que essa penalidade possa prosperar. É certo que a condenação por litigância de má-fé independe de requerimento (REsp n. 36.718-SP, Relator o Sr. Ministro Cláudio Santos, DJ de 13.2.1995), e, ainda, que existe precedente no sentido de que para “aferir se a conduta da Recorrente foi, ou não, de litigante de má-fé, da forma como fundamenta-da a decisão e posta a irrisignação recursal, inevitável reapreciar os ele-mentos de ordem fática, o que também é inviável nesta Instância” (AgRg no Ag n. 214.216-MG, da minha relatoria, DJ de 17.12.1999). Todavia, neste caso, não se está diante do reexame de elemento de fato, mas, sim de sa-ber, se a apresentação de “defesas inconsistentes e mesmo desarrazoadas, contrariando documentos e normas de comércio claros e inquestionáveis, na tentativa de alterar a verdade dos fatos”, configura a litigância de má-fé, nos termos do art. 17 do Código de Processo Civil. Eu entendo que não. O Ban-co-recorrente pretendeu uma interpretação do contrato de crédito documen-tário que impusesse a responsabilidade pelo pagamento ao banco-con-fir-mador, que foi repelida; pretendeu, também, apresentar fatos e documen-tos que corroborariam a sua interpretação, assim, por exemplo, a alegada existência de cessão de crédito, também rejeitada, pelo exame da prova dos autos. Não se pode, portanto, dizer que as alegações do Banco-recorrente em sua defesa tenham tido o pressuposto de alterar a verdade dos fatos. Pro-curou, isso sim, defender-se, sem agredir a tramitação do feito. Não me pa-rece que tenha sido tentativa de alterar a verdade dos fatos o reforço defen-sivo do Banco-recorrente; manifestou a sua versão, que não foi aceita.

Finalmente, o Banco-recorrente investe contra a multa imposta com base no art. 538, parágrafo único, do Código de Processo Civil. Tem razão. A multa foi imposta sem que o órgão julgador tenha considerado os termos da Súmula n. 98 da Corte, presente neste caso.

Em conclusão, eu conheço do especial, em parte, e, nessa parte, dou-lhe provimento para afastar a pena da litigância de má-fé e a multa dos declaratórios.

RECURSO ESPECIAL N. 283.320 – RS

(Registro n. 2000.0106840-7)

Relator: Ministro Ari Pargendler
Recorrente: Banco do Brasil S/A
Advogados: Néelson Buganza Júnior e outros
Recorrido: Mário Cordeiro Luz
Advogados: Ivo Gabriel da Cunha e outros

EMENTA: Comercial – Depósito bancário, realizado por ordem judicial, no interesse de herdeiro menor de idade – Correção monetária.

O depósito bancário, realizado por ordem judicial, no interesse de herdeiro menor de idade, deve, alcançada a maioridade deste, ser devolvido com correção monetária, ainda que essa cláusula não tenha sido explicitada pelo juiz. Recurso especial não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do recurso especial. Participaram do julgamento os Srs. Ministros Carlos Alberto Menezes Direito, Nancy Andrichi e Waldemar Zveiter. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro.

Brasília-DF, 23 de outubro de 2000 (data do julgamento).

Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, Presidente.

Ministro Ari Pargendler, Relator.

Publicado no DJ de 4.12.2000.

RELATÓRIO

Mário Cordeiro Luz propôs ação ordinária contra o Banco do Brasil S/A (fls. 21/25).

Lê-se na petição inicial:

“No ano de 1942, tramitou perante o então 1º Cartório de Órfãos e Ausentes, desta Comarca, o inventário dos bens deixados por falecimento de Deolinda Cordeiro Luz, mãe do Autor e, ao qual, concorreram o pai deste, Hugo Fournier Luz, como viúvo-meciro e ele Autor, como filho único do casal, ainda menor de idade, pois nascido em 19 de maio de 1932.

Em 25 de novembro de 1942, o MM. Juiz de Direito determinou, nos autos do processo de arrolamento supramencionado, que a quantia de CR\$ 10.000,00 (dez mil cruzeiros), moeda da época, que coube ao Autor por sua qualidade de herdeiro-filho e, então, menor absolutamente incapaz, fosse depositada no Banco do Brasil S/A, agência local, à ordem judicial, na condição de que somente poderia ser levantado por ordem do Juízo, salvante os juros que poderiam ser recebidos pelo pai do Autor, tudo conforme documentação inclusa” (fl. 21).

“Em março de 1993, nos autos do referido processo de inventário, então arquivados no atual Cartório Judicial da 3ª Vara Cível, desta Comarca, sob n. 22278026269, peticionou o Autor no sentido de que fosse oficiado ao Banco do Brasil S/A, agência local, a fim de que prestasse informações sobre o depósito e o seu valor atual, pois jamais houvera o seu levantamento, mesmo parcial, nem dos juros.

Em resposta, o Banco do Brasil S/A declarou textualmente ‘não existir nos registros do Banco qualquer importância em depósito judicial, em nome de Mário Cordeiro Luz, em que pese a guia do recolhimento apresentada’.

E procurando justificar a inexistência do depósito, o Banco do Brasil S/A formulou hipóteses absurdas para tanto, sem o mínimo

embasamento documental, tais como ‘provável transferência do numerário para o Banrisul’, ‘presumível saque pelo interessado’ e, ainda, ‘haver o numerário se esvaído com as sucessivas alterações do padrão monetário’” (fl. 22).

“Saliente-se que, em 21 de novembro de 1994, o Banco do Brasil S/A depositou em juízo a importância de R\$ 867,56, reconhecendo, assim, sua responsabilidade perante o Autor, montante este que deverá ser abatido do valor da condenação” (fl. 23).

A MMa. Pretora Dra. Itala Stoquetti de Abreu julgou procedente o pedido para condenar o Banco do Brasil S/A a pagar a Mário Cordeiro Luz “a quantia de Cr\$ 10.000,00 (padrão monetário da época – 1942), acrescida de correção monetária e juros remuneratórios a partir da data do depósito (aplicando-se os índices incidentes à espécie) e de juros de mora de 6% a.a. a contar da citação (fl. 33 v. – 12 de março de 1997)” – fl. 102.

A egrégia Quarta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Relator o eminente Desembargador Vasco Della Giustina, reformou a sentença, em parte, para que até setembro de 1964 o depósito fosse corrigido segundo a variação do salário mínimo e para que a quantia já devolvida, de R\$ 867,56, fosse descontada do valor da condenação (fl. 157).

O acórdão foi assim ementado:

“Apelação cível. Obrigações. Cobrança. Depósito judicial em estabelecimento bancário feito há mais de 50 anos. Ilegitimidade passiva afastada. Prescrição não reconhecida. Correção monetária integral. A fluência apenas de juros legais, como única pena de impontualidade, representa séria injustiça para o credor. Pagamento abatido do **quantum** final do valor da condenação. Atualização dos valores de 1952 a 1964 pela variação do salário mínimo. Apelo da autora provido e parcialmente o do réu” (fl. 148).

Opostos embargos de declaração (fls. 160/162), foram rejeitados (fls. 167/170).

Daí o presente recurso especial, interposto pelo Banco do Brasil S/A, com base no artigo 105, inciso III, letras **a** e **c**, da Constituição Federal, por violação do artigo 535 do Código de Processo Civil, dos artigos 177

e 1.280 do Código Civil, da Lei n. 370, de 1937, do Decreto n. 1.508, de 1937, da Lei n. 2.313, de 1954 e da Lei n. 6.899, de 1991 (fls. 176/186).

VOTO

Os autos dão conta de que, em 25 de novembro de 1942, nos autos de inventário, o MM. Juiz de Direito ordenou o depósito judicial de quantia herdada por menor de idade.

A liberação do depósito só foi requerida em março de 1993, e, a princípio, o Banco do Brasil S/A negou que o depósito judicial permanecesse sob sua responsabilidade – mas, mais tarde, pôs à disposição do Juízo a quantia de R\$ 867,56 (oitocentos e sessenta e sete reais e cinquenta e seis centavos).

Agora se discute se o depósito judicial subsiste, e se a respectiva quantia deve ser acrescida de juros e de correção monetária.

A MM. Pretora condenou o Banco do Brasil S/A ao pagamento da “correção monetária e juros remuneratórios a partir da data do depósito (aplicando-se os índices incidentes à espécie) e de juros de mora de 6% a.a. a contar da citação” (fl. 102).

O Tribunal **a quo** reformou, em parte, a sentença, para que a atualização do depósito judicial se processe “até setembro de 1964” (fl. 157) pela variação do salário mínimo. “A partir de 1.10.1964” – completou o acórdão – “devem ser, igualmente, levados em conta na correção os índices oficiais: ORTN (1.10.1964 a 29.1.1986); OTN (1.3.1986 a 31.1.1989); BTN (1.12.1989 a 31.12.2001); IGPM (1.1.1992 até o dia do pagamento)” – fl. 157.

As razões do recurso especial dizem, preliminarmente, que o acórdão é omissivo, porque deixou de enfrentar “a alegada violação ao art. 1.280 do Código Civil” (fl. 178) – e, nessa linha, teria contrariado o artigo 535, II, do Código de Processo Civil. O argumento, todavia, não foi demonstrado (fl. 161, **in fine**), e, por isso, o Tribunal **a quo**, acertadamente, silenciou a respeito.

O tema seguinte é o da prescrição, que o acórdão afastou, forte em que “não corre prescrição contra depositante (Lei n. 2.313, art. 2^a, § 1^a)” – fl. 151.

As razões do recurso especial, neste tópico, ignoraram o fundamento do julgado. Ao invés de sustentar que, sim, corre a prescrição contra o

depositante, passaram por cima dessa questão, afirmando que o prazo prescricional é de vinte anos – sem convencer de que ele flui nos contratos de depósito de dinheiro por tempo indeterminado.

A subsistência do depósito judicial constitui questão de fato, bem resolvida nestes termos:

“... sem maior ressonância a assertiva de que os recursos foram transferidos para o Tesouro Nacional, pois, ausente qualquer prova neste sentido, o que indubitavelmente competia ao demandado” (fl. 151).

Fica, assim, por decidir se a indexação do depósito, primeiro à variação do salário mínimo, e, depois, à correção monetária, contraria a Lei n. 6.899, de 1981 – que as razões do recurso especial disseram violada sem indicar o artigo especificamente contrariado (omissão, salvo melhor juízo, sem conseqüências, porque substancialmente a Lei n. 6.899, de 1981 tem um só artigo – o artigo 1^o).

Se o depósito irregular for, pura e simplesmente, assimilado ao mútuo, a conclusão será a de que, nos termos do que foi decidido no RE n. 94.125-RJ, Relator o Ministro Cunha Peixoto, “o dinheiro que está depositado com o sacado pertence a este e não ao depositante” (RTJ n. 103, p. 299). “Feito o depósito irregular, transferido o domínio do dinheiro ao depositário, somente readquire, o depositante, o domínio da coisa fungível depositada, mediante o ato de pedir a restituição, ao exercício de pretensão de direito material” (ibid., voto do Ministro Firmino Paz, p. 316). E o depositário só terá de devolver o que recebeu, por se tratar de dívida “de dinheiro e não de valor” (ib., voto do Relator, p. 301).

Mais apropriada, no entanto, parece a lição de **Carvalho de Mendonça**, distinguindo os elementos que separam o depósito irregular do mútuo, **in verbis**:

“Estes elementos doutrinários resumem-se no seguinte: no depósito irregular, há sempre o escopo da guarda, no mútuo o seu fim principal e único é o uso da coisa. Não se alegue ser artificiosa a distinção. A alma da convenção, pondera **Messa**, ‘o que determina a sua natureza, não pode ser outra coisa que o fim querido pelas partes, pois a este fim, exatamente, é subordinada a determinação dos direitos e dos deveres dos contratantes. A restituição tem em cada um dos casos razão diversa, que promana do escopo da entrega” (Tratado de

Direito Comercial Brasileiro, Livraria Freitas Bastos S/A, 1960, vol. VI, 2ª parte, p. 447).

Ora, na espécie, tratando-se de depósito judicial, originariamente feito no interesse de menor, o Banco do Brasil S/A tinha a obrigação de conservar o dinheiro depositado para que não perdesse a sua substância; esta era a finalidade da lei, aplicada pelo juiz quando ordenou o depósito.

A indexação monetária é, portanto, de rigor, a partir do momento em que foi incorporada ao nosso ordenamento jurídico – sem qualquer ofensa ao artigo 1º da Lei n. 6.899, de 1981.

Quid, em relação a período anterior, em que, a teor do julgado, o depósito deve ser atualizado por cláusula de escala móvel (variação segundo os aumentos do salário mínimo)?

O tema nada tem a ver com o artigo 1º da Lei n. 6.899, de 1981, de modo que, aí, o recurso especial está prejudicado.

O Tribunal **a quo** deferiu o pedido, nessa parte, por razões de equidade, **in verbis**:

“Assim, entendo que por razão de equidade e justiça, pode e deve o salário mínimo servir como critério para a atualização até setembro de 1964, pena de não se atualizar o valor inicial” (fl. 157).

Quer dizer, aplicou o artigo 127 do Código de Processo Civil. Se havia lei, e a equidade prevaleceu sobre ela, ou se a solução não foi de equidade, essa seria a norma a ser indicada como violada.

Obiter dictum, antes da institucionalização da correção monetária no nosso país, a indexação por cláusula de escala móvel estava além da diligência exigível do depositário judicial. Até 1964, prevalecia entre nós o princípio do valor nominal da moeda, e também, de certo modo, a ilusão de que o seu poder aquisitivo era estável. No ano de 1942, quando ocorreu o depósito **sub judice**, com certeza, nele não estava subentendida a cláusula de escala móvel adotada pelo acórdão recorrido (variação segundo os aumentos do salário mínimo).

Voto, por isso, no sentido de não conhecer do recurso especial.