

HABEAS CORPUS N. 11.551 – SP

(Registro n. 99.0117559-3)

Relator: Ministro Barros Monteiro
Impetrante: René François Aygadoux
Impetrada: Décima Câmara do 1^o Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo
Paciente: Rute Quadros Marin

EMENTA: **Habeas corpus** – Contrato de mandato e não de depósito – Descabimento da prisão civil.

– O **habeas corpus** constitui remédio próprio para fazer cessar ordem ilegal de prisão, não obstante tenha a respeito transitado a decisão cível.

– Qualificação equivocada do contrato como sendo de depósito, quando na verdade a avença não passou de mandato. Hipótese em que descabida a prisão civil.

Habeas corpus concedido para revogar a prisão da paciente.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas, decide a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conceder a ordem para revogar a prisão civil da paciente, na forma do relatório e notas taquigráficas precedentes que integram o presente julgado. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Cesar Asfor Rocha, Ruy Rosado de Aguiar, Aldir Passarinho Junior e Sálvio de Figueiredo Teixeira.

Brasília-DF, 21 de março de 2000 (data do julgamento).

Ministro Ruy Rosado de Aguiar, Presidente.

Ministro Barros Monteiro, Relator.

Publicado no DJ de 5.6.2000.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Barros Monteiro: O Advogado René François Aygadoux impetrou **habeas corpus** substitutivo de recurso ordinário em favor de Rute Quadros Marin, alegando, em síntese, o seguinte:

Em 4.6.1991, Cristina Aparecida Fernandes Rosa Magalhães outorgou à Paciente, advogada, mandato contendo os poderes da cláusula **ad judicium** com a finalidade de proceder à liberação de dois veículos, de fabricação estrangeira, junto à Receita Federal.

Após a alienação dos carros, as partes desentenderam-se, resultando numa ação cujo decisório reconheceu a existência de um contrato de depósito, pretensamente descumprido pela Paciente. Julgada procedente a ação de depósito, foi ela condenada a restituir, em 24 horas, ambos os veículos ou o equivalente em dinheiro, conforme documento apresentado, sob pena de prisão civil. O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo negou provimento à apelação interposta, sob os fundamentos resumidos na ementa do v. acórdão:

“Depósito. Alegação da Apelante de que teria recebido mandato para desembaraçar veículos apreendidos pela Receita Federal, vendendo-os com a autorização da apelada a quem prestou contas. Fato que não exclui a possibilidade da ocorrência de contrato de depósito nos termos do artigo 1.265. Inexistência de provas de prestação de contas ou ao menos de que a recorrida houvesse recebido o produto da venda de veículos. Recurso improvido.” (fl. 24).

Dando início à execução do julgado, a Autora requereu a citação da Ré (ora paciente), a fim de proceder à devolução dos veículos, mais custas e honorários, no importe de R\$ 52.181,13, sob pena de prisão. A Paciente, então, informou que um dos automóveis se encontrava apreendido à disposição do Juízo no pátio do “Detran” e que o outro se achava desaparecido. Aduziu, mais, que, tratando-se de execução provisória, não havia sido precedida de caução, sendo certo que não tinha recursos financeiros para fazer frente aos valores absurdos exigidos. Redargüiu a Autora, afirmando que a Paciente abandonara o bem depositado, devendo agora depositar o seu equivalente. O MM. Juiz de Direito, sem qualquer fundamentação, deferiu o pleito da Exeçüente. Foi interposto o recurso de agravo de instrumento contra tal decisão, mas o 1º Tribunal de Alçada Civil negou-lhe provimento.

Diante disso, o MM. Juiz de Direito da 14ª Vara Cível da Comarca da Capital decretou a prisão da Paciente pelo prazo de 120 dias.

Daí a impetração de **habeas corpus** em seu favor perante o 1º Tribunal

de Alçada Civil, cuja Décima Câmara denegou-lhe a ordem, ao fundamento de que, transitada em julgado a decisão proferida na ação de depósito, incide a norma do art. 1.287 do CC.

Ainda irresignado, o Impetrante impetrou o presente **habeas corpus** substitutivo do recurso ordinário, alegando:

- a) inexistência do contrato de depósito;
- b) ofensa aos limites objetivos da coisa julgada (um dos veículos já foi apreendido, não podendo a Exeçüente optar pelo equivalente em dinheiro);
- c) ausência de fundamentação da decisão interlocutória que deferiu o pleito formulado pela mesma exeçüente;

d) banimento da prisão por dívida (Pacto de São José da Costa Rica).

Pleiteou a nulidade do supra-aludido decisório e dos atos subseqüentes, na parte em que se determinou a prisão civil da Paciente.

Concedida a liminar, a autoridade apontada como coatora prestou as informações e, ao final, a Subprocuradoria Geral da República manifestou-se pela concessão da ordem.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Barros Monteiro (Relator): 1. Dos fundamentos articulados na impetração assoma a relevância do primeiro deles, qual seja, a assertiva de inexistência no caso do contrato de depósito. Fora este, aliás, um dos motivos que dera ensejo ao deferimento da medida liminar (fl. 148).

A sentença prolatada na ação de depósito registrada aspectos que necessitam ser destacados, a fim de que se possa dirimir o presente pedido de **habeas corpus**:

“A Ré não nega que se tenha estabelecido entre ela e a Autora uma relação de depósito. Ao contrário, a contestação menciona que houve documento de depósito.

Os documentos de fls. 30 e 31 dos autos da cautelar mostram que a Ré era mandatária da Autora, com poderes para acompanhar todo o procedimento judicial, e proceder à venda dos veículos, ou sua transferência para terceiros.

Com essa procuração, a Ré logrou retirar os veículos mencionados na petição inicial.

Destarte, inegável que a Ré ficou como depositária dos bens. O mandato outorgava poderes à Ré para retirar os automóveis, que pertenciam à Autora.

Sendo assim, a Ré recebeu o objeto móvel, para guardá-lo e vendê-lo, até que a Autora o reclamasse, configurando-se a situação do art. 1.265 do Código Civil.

Portanto, a Autora provou a relação de depósito, a entrega dos objetos à Ré, e a sua não-devolução, quando reclamados.

Provados os fatos constitutivos do direito da Autora, incumbia à Ré a prova dos fatos modificativos ou extintivos do direito da Autora.

Aduz a Ré que alienou os veículos a terceiros, e prestou contas à Autora, consideradas satisfatórias.

Certo, a Ré recebeu poderes expressos para alienar os veículos, ou proceder à transferência a terceiros.

Assim, se os veículos houvessem sido alienados até a data da revogação do mandato, descabida a ação de depósito, podendo a Autora apenas haver a prestação de contas, pelas respectivas vendas.

Mas não há qualquer prova de que houve a referida alienação.

Com efeito, ao ser ouvida, em depoimento pessoal, a Ré declarou que a depoente não se recorda a quem vendeu os veículos, mas informa que poderá juntar os recibos nos autos (fl. 24).

Porém, nenhum recibo de venda foi juntado, nem a Ré esclareceu quem seriam os compradores.

Os documentos remetidos pelo Detran demonstram que os veículos continuam em nome da Autora.

E a certidão de fl. 57 dos autos da busca e apreensão indica que ao menos um dos veículos ainda não estava vendido, quando a procuração foi revogada.

A Ré era mandatária da Autora, e, nessa qualidade, sabia que teria que prestar contas do mandato recebido. Assim, se venda tivesse havido, certamente teria se municiado de documentação comprobatória do negócio e do valor da transação.

Diz ainda a Ré que prestou contas à Autora que as considerou satisfatórias. Porém, não juntou quitação ou declaração, ou qualquer documento que demonstrasse a efetivação da prestação de contas. E a Ré é advogada.

Em síntese, a Ré recebeu como depositária os veículos da Autora, e não os restituiu, alegando tê-los alienado.

Porém, não provou nem a alienação, nem a prestação de contas, embora fosse fácil fazê-lo, se elas tivessem ocorrido.

Portanto, deve a Ré restituir os veículos, ou o equivalente em dinheiro.” (fls. 19/22).

Tal decisório passou em julgado, desde que o Tribunal de Justiça o manteve, entendendo que “o fato de haver recebido inicialmente mandato para agir, aliás, como advogada tão-somente, não exclui a possibilidade de ocorrência de contrato de depósito nos termos do art. 1.265 do Código Civil, uma vez que essa é a natureza do fato consistente na detenção do bem liberado” (fl. 25).

2. As circunstâncias de haverem o MM. Juiz de Direito e o egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo reputado como existente um contrato de depósito, por decisão trânsita em julgado, não obsta o emprego do **habeas corpus**, que consubstancia, tal como defende o Impetrante, uma verdadeira ação, cuja finalidade é amparar, de maneira rápida e eficaz, o direito de liberdade. Por sinal, esta colenda Turma já teve ocasião de assentar que “o **habeas corpus** constitui remédio próprio para fazer cessar ordem ilegal de prisão, não obstante tenha a respeito transitado em julgado a decisão cível”. (**Habeas Corpus** n. 8.346-SP, de que fui relator designado). A prisão ilegal repara-se através do **habeas corpus**, instituto criado para proteger o **status libertatis** quando ilegalmente tangenciado, independentemente do campo do direito em que a ilegalidade se fizer presente.

3. A narrativa dos fatos estão a indicar que a Paciente, na condição de advogada, recebeu mandato de Cristina Aparecida Fernandes Rosa Magalhães para liberar junto à Receita Federal dois *jeeps* e posteriormente vendê-los.

Enquanto a Paciente alega ter alienado os automóveis e prestado contas à sua ex-constituente, esta assevera que a venda não se consumou, tendo a causídica, juntamente com seu irmão, feito desaparecer os veículos. Eis o que motivara o ajuizamento da ação de depósito, com o fito de obter a restituição dos bens.

A qualificação feita acerca da existência do contrato de depósito entre as partes afigura-se, todavia, equivocada.

Para tanto, atente-se para a distinção que o saudoso Prof. **Washington de Barros Monteiro** fazia entre depósito e mandato, **in verbis**:

“A guarda da coisa é realmente o traço mais expressivo e mais insinuante do contrato de depósito; na relação jurídica, é o elemento de mais colorido. Cifra-se a obrigação do depositário, sobretudo, à guarda da coisa, cuja entrega lhe foi confiada. A coisa é-lhe consignada para ser guardada; a **custodia rei** é a própria essência do contrato. Para que o depósito se configure, proclamou o Supremo Tribunal Federal, preciso é que a guarda da coisa tenha entrado no contrato como fim precípua.

Sem dúvida, em vários contratos, o contratante tem igualmente obrigação de guardar a coisa recebida; assim acontece na locação (art. 1.192, I), no comodato (art. 1.251) e no mandato, quando o mandante encarrega o mandatário de receber uma coisa, ou certa quantia, e guardá-la em seguida. Em todos esses casos, porém, a guarda é coisa secundária, mera conseqüência de outro contrato, já perfeito e acabado, não configurando assim o de depósito.

Neste, entretanto, a obrigação de guardar a coisa é fundamental, a própria razão de ser do contrato.

(...)

É preciso, portanto, que a guarda da coisa intervenha no contrato como fim primacial e não em caráter acidental ou subsidiário, como mera decorrência de outra convenção. Assim, um advogado recebe documentos ou valores de seu constituinte; embora os conserve sob sua guarda, não há depósito, pois a guarda, no caso, decorre do contrato de mandato.

Da mesma forma, haverá mandato e não depósito se a coisa é entregue, não para ser guardada, mas para ser levada ou transportada para outro lugar. De modo geral, podemos dizer que o depósito se distingue do mandato, porque neste, o detentor da coisa tem uma atitude ativa, é encarregado de dar à coisa recebida determinada aplicação, enquanto naquele, o detentor se cinge a uma atitude passiva, é apenas incumbido de guardar.” (Curso de Direito Civil, Direito das Obrigações, 2ª parte, p.p. 227/228, 27ª ed.).

Ora, na espécie em debate, a Paciente não recebera os veículos para guardá-los. Cristina Aparecida Fernandes Rosa Magalhães conferira-lhe procurações, primeiro para liberá-los de retenção na Receita Federal e, depois, para aliená-los ou transferi-los a terceiros. A qualificação precisa da

avença celebrada pelas partes é a de que houve no caso mandato simplesmente. A detenção dos automóveis em poder da Paciente não passou de desempenho seu no cumprimento desse mandato. Achava-se ela encarregada de dar às coisas uma determinada aplicação e não apenas de guardá-las.

Eis por que não se caracterizou, na hipótese, o contrato de depósito, motivo pelo qual inadmissível era a propositura pela interessada da ação de depósito. Claro está que optou ela por tal via em razão de obter uma solução rápida para a controvérsia que aflorara. Mas é inegável que, por tratar-se substancialmente de contrato de mandato, mais adequado seria a ação de prestação de contas, seguida da execução por quantia certa, em sendo o caso.

Escolhendo o remédio mais célere, fê-lo, porém, erroneamente, sendo, pelas razões todas acima expostas, descabida a prisão civil da Paciente à falta de regular e específica pactuação de depósito.

4. Do quanto foi exposto, concedo a ordem, a fim de revogar a prisão civil da Paciente, determinando que se proceda às comunicações de estilo.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 44.170 – SP

(Registro n. 94.0004584-0)

Relator: Ministro Aldir Passarinho Junior
Recorrentes: Gasodiesel Produtos de Petróleo Ltda e outros
Advogados: Rubens Approbato Machado e outros
Recorrido: João Ragucci
Advogados: Oreste Nestor de Souza Laspro e outros

EMENTA: Processual Civil – Assistente técnico – Indicação de outro nome – CPC, art. 422, na redação antiga – Compromisso ainda não prestado – Possibilidade.

I – Na sistemática processual antiga do art. 422 do CPC, antes da alteração procedida pela Lei n. 8.422/1992, os assistentes técnicos prestavam compromisso, dando-se a sua substituição nas hipóteses

elencadas no art. 424, I e II, do mesmo Código, também em sua redação primitiva.

II – Caso, todavia, em que a indicação de outro assistente técnico, conquanto feita pela parte sem a apresentação de motivo específico, se deu antes de prestado tal compromisso, de sorte que não era hipótese clássica de substituição, achando-se correta a interpretação do Tribunal a quo que a admitiu.

III – Ademais, a investigação probatória, com a colheita do parecer do assistente técnico, foi mais profunda, inexistindo prejuízo – muito ao contrário – quanto à apuração da verdade dos fatos; e se ocorreu, eventualmente, algum retardamento na marcha processual, isso já está agora superado pelo decurso do tempo desde então.

IV – Recurso especial não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas, decide a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, à unanimidade, não conhecer do recurso, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Participaram do julgamento os Srs. Ministros Sálvio de Figueiredo Teixeira, Barros Monteiro e Cesar Asfor Rocha. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Ruy Rosado de Aguiar. Custas, como de lei.

Brasília-DF, 17 de fevereiro de 2000 (data do julgamento).

Ministro Cesar Asfor Rocha, Presidente.

Ministro Aldir Passarinho Junior, Relator.

Publicado no DJ de 24.4.2000.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Aldir Passarinho Junior: Gasodiesel Produtos de Petróleo Ltda interpõe, com base nas letras a e c do art. 105, III, da Constituição Federal, recurso especial contra acórdão prolatado pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que entendeu possível a substituição do assistente técnico indicado pelo Recorrido.

Alega a Recorrente que a decisão negou vigência aos arts. 421, § 1º,

I; e 424, I e II, do CPC, eis que a mudança se deu sem que se achassem presentes os motivos elencados em lei. Aduz que o prazo de indicação é preclusivo e que o pedido de substituição não foi motivado.

Salienta, mais, que àquela altura o perito judicial já havia concluído seu trabalho, de sorte que consumada a perícia técnica, sendo possível apenas requerer complementação ou esclarecimentos a respeito.

Por derradeiro, diz a Recorrente que o entendimento da Corte **a quo** destoa da orientação do 2º Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, transcrevendo ementa do julgado.

Contra-razões às fls. 96/102, sustentando que a divergência não satisfaz aos requisitos da espécie e, no mérito, afirmando que não houve substituição formal, pois o assistente técnico originalmente indicado ainda não prestara compromisso. Observa, ainda, que quando o requerimento de substituição ocorreu mais de dois meses antes da entrega do laudo em cartório e que inexistiu prejuízo ao processo.

O recurso especial foi admitido na instância de origem pelo despacho presidencial de fls. 104/105.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Aldir Passarinho Junior (Relator): Como visto do relatório, cuida-se de recurso especial em que é impugnada a substituição do assistente técnico do Recorrido, em ação ordinária de apuração de haveres promovida contra Gasodiesel Produtos de Petróleo Ltda e outros.

No tocante ao dissídio jurisprudencial, o mesmo não pode ter como configurado, eis que limitou-se a Recorrente a mencionar o aresto paradigmático exclusivamente por sua ementa, sem, também, proceder ao confronto analítico dos julgados.

Quanto à letra **a** do permissivo constitucional, invoca-se ofensa aos arts. 421, § 1º, I; e 424, I e II, do CPC, por haver a mudança de assistente técnico desatendido aos pressupostos legais.

As questões se acham prequestionadas, pelo que passo ao exame do recurso.

O acórdão estadual, conduzido pelo voto do eminente Relator, Desembargador Clímaco de Godoy, diz o seguinte (fls. 72/73):

“Ao contrário do alegado, a substituição do assistente técnico foi pleiteada em petição protocolada em 26 de maio de 1992, juntada à fl. 246 dos autos originais (fl. 50 destes autos), meses antes da apresentação do laudo. Tal petição não foi oportunamente apreciada pelo Juízo, o que determinou a reiteração feita em 27.8.1992 (fls. 51/52), sendo a pretensão deferida pela decisão agravada.

Por outro lado, não procede a alegação de que o pedido de substituição não satisfazia os requisitos dos incisos I e II do art. 424 do CPC. Ora, como ensina **João Carlos Pestana de Aguiar** (Comentários ao Código de Processo Civil, Editora RT, 2ª ed., vol. IV, p. 377), ‘é facultativa a substituição do perito ou do assistente técnico até a assinatura do termo de compromisso. Após, só caberá essa substituição nas duas hipóteses do dispositivo legal examinado’. No caso dos autos, pelo que consta das peças trasladadas, o assistente inicialmente indicado não havia sido compromissado, independentemente a substituição, portanto, de qualquer motivação.”

Penso que a interpretação dada pelo egrégio Tribunal de Justiça não atenta contra os dispositivos legais em comento, porquanto, em concreto, se o nome do primitivo assistente técnico não recebera, ainda, a aceitação formal pela Justiça, com a lavratura do termo de compromisso, cuidava-se, então, de mera indicação do profissional, e não hipótese clássica de substituição. Só é assistente técnico quem firma, ou melhor, firmava compromisso, *eis que tudo se passou na sistemática processual anterior à alteração do art. 422 do CPC pela Lei n. 8.422, de 24.8.1992*, diploma que veio a dispensar tal formalidade.

Vale, ainda, observar, que se trata de questão antiga (1992), a desaconselhar alteração na marcha processual a esta altura, mesmo porque o julgador não está vinculado a qualquer laudo, servem-lhe como elementos de informação apenas, de sorte que se a investigação probatória, com a colheita do parecer do assistente técnico, foi mais profunda, prejuízo quanto à apuração da verdade dos fatos é que não houve. Pode ser que tenha ocorrido um certo retardamento na marcha processual, mas que, agora, já foi superado, como acima explicitado.

Finalmente, traz-se à colação nota de **Theotonio Negrão**, em seu Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor, **verbis**:

“Art. 421:2. ‘Consolidado na jurisprudência do STJ o entendimento segundo o qual o prazo estabelecido no art. 421, § 1º, do CPC,

não sendo preclusivo, não impede a indicação de assistente técnico ou a formulação de quesitos, a qualquer tempo, pela parte adversa, desde que não iniciados os trabalhos periciais. Orientação que melhor se harmoniza com os princípios do contraditório e de igualdade de tratamento às partes' (STJ, Terceira Turma, REsp n. 37.311-5-SP, Rel. Min. Waldemar Zveiter, j. em 19.10.1993, não conheceram, v.u., DJU de 22.11.1993, p. 24.951, 2ª col., em.). No mesmo sentido: STJ, Quarta Turma, REsp n. 19.943-1-PR, Rel. Min. Fontes de Alencar, j. em 10.11.1992, não conheceram, v.u., DJU de 17.12.1992, p. 24.249, 1ª col., em.; STJ, Primeira Turma, REsp n. 6.269-0-CE, Rel. Min. Cesar Rocha, j. em 16.8.1993, negaram provimento, v.u., DJU de 20.9.1993, p. 19.138, 2ª col., em.; RT 469/167, 639/77, 729/748, RJTJESP 93/266, 118/356, 125/330, JTA 76/16, 98/9, Lex-JTA 140/42.”

Ante o exposto, não conheço do recurso especial.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 68.124 – PR

(Registro n. 95.0030040-0)

Relator: Ministro Barros Monteiro
Recorrente: Disbal – Distribuidora Sul de Baterias Ltda (em concordata preventiva)
Advogados: José Sebastião de Oliveira e outros
Recorrido: Banco do Brasil
Advogados: Leônidas Cabral de Albuquerque e outros
Interessado: Francisco Machado de Jesus (comissário)

EMENTA: Concordata – Crédito arrolado pela devedora – Impugnação intempestiva do credor.

– Cuidando-se de crédito relacionado pela concordatária, incumbe ao credor, em caso de discordância, impugná-lo em tempo

hábil, sob pena de inclusão no quadro geral de credores pelo valor então indicado. Precedentes do STJ.

Recurso especial conhecido e provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas, decide a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer do recurso e dar-lhe provimento, na forma do relatório e notas taquigráficas precedentes que integram o presente julgado. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Cesar Asfor Rocha, Ruy Rosado de Aguiar, Aldir Passarinho Junior e Sálvio de Figueiredo Teixeira.

Brasília-DF, 18 de maio de 2000 (data do julgamento).

Ministro Ruy Rosado de Aguiar, Presidente.

Ministro Barros Monteiro, Relator.

Publicado no DJ de 21.8.2000.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Barros Monteiro: O Banco do Brasil S/A impugnando o valor declarado na concordata preventiva da empresa Disbal – Distribuidora Sul Baterias Ltda, requereu a habilitação de crédito no montante de CR\$ 14.128.726,40 (quatorze milhões, cento e vinte e oito mil, setecentos e vinte e seis cruzeiros e quarenta centavos), acrescido de juros legais e correção monetária, desde o vencimento do título.

O MM. Juiz de Direito, acolhendo a preliminar de intempestividade, julgou improcedente o pedido.

A Quarta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Paraná, por unanimidade, deu provimento ao apelo do Banco, para admitir a habilitação requerida, pelo valor citado à fl. 46, com os acréscimos ali referidos, condenada a concordatária às verbas de sucumbência, prejudicado o da concordatária, em acórdão cujos fundamentos se resumem na seguinte ementa:

“Concordata preventiva. Habilitação de crédito tardia. Impugnação. Intempestividade incorrida. Decisão reformada. Tratando-se de

habilitação de crédito tardia, em concordata preventiva, relativa a crédito declarado a menor, baseada na Lei Falimentar (art. 173, § 3º, c.c. art. 98), cassa-se a decisão que julgou improcedente o pedido, a fim de que a habilitação prossiga em seus trâmites normais. Prejudicado o recurso da concordatária.” (fl. 123).

Rejeitados os declaratórios, a empresa-concordatária manifestou o presente recurso especial com arrimo na alínea a do permissor constitucional, apontando negativa de vigência dos arts. 173, **caput** e § 1º; e 98, §§ 1º, 2º e 3º, da Lei n. 7.661/1945. Sustentou que a impugnação apresentada é extemporânea, não podendo o credor insurgir-se contra os valores declarados na concordata. De outro lado, asseverou que houve supressão de instância, pois o Tribunal deliberou sobre matéria que ainda não fora apreciada em 1º grau.

Contra-arrazoado, o apelo extremo foi admitido na origem, subindo os autos a esta Corte.

A Subprocuradoria Geral da República opinou pelo provimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Barros Monteiro (Relator): Arrolado o crédito pela concordatária e publicado o edital, o Banco-recorrido ofereceu impugnação ao montante declarado, requerendo então a habilitação do seu crédito pelo valor que considera correto e atualizado. Fê-lo, porém, a destempo, motivo pelo qual o MM. Juiz de Direito terminou por indeferi-la.

Não resta a menor dúvida de que a impugnação se aforou extemporaneamente. O cerne da questão é saber se, mesmo de forma intempestiva, tem o credor o direito de impugnar a lista apresentada pela concordatária.

Esta colenda Turma, em duas oportunidades, entendeu que, “cuidando-se de crédito relacionado pela concordatária, incumbe ao credor, em caso de discordância, impugná-lo em tempo hábil, não se mostrando pertinente nesse caso a habilitação retardatária” (AgRg no Ag n. 12.204-RJ e REsp n. 11.734-0-PR, por mim relatados). No primeiro dos precedentes mencionados, proferi voto no seguinte sentido:

“A Caixa Econômica Federal impugnou o montante de seu crédito arrolado pela concordatária na lista a que se refere o art. 159, § 1º, inciso VI, da Lei de Falências. Fê-lo, porém, serodidamente, fora do prazo previsto no art. 173, § 1º, do mesmo diploma legal. Eis por que o MM. Juiz de Direito a inadmitiu por sentença confirmada pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, em sede de apelação.

A credora – ora recorrente – persiste no seu entendimento de que, não obstante relacionado o seu crédito na lista referida, possível é a habilitação retardatária, nos termos do artigo 98 do Decreto-Lei n. 7.661/1945.

Não lhe assiste razão, porém.

A Lei n. 7.274, de 10 de dezembro de 1984 introduziu alterações no sistema de habilitação dos créditos na concordata, de modo diverso do procedimento previsto para o caso de falência.

Assim, os créditos listados pela devedora poderão ser impugnados pelos credores e, se não o forem, serão considerados como incluídos no quadro geral dos credores, independentemente de declaração e verificação, no valor indicado pela concordatária (art. 173, **caput**, da Lei Falencial).

Distinta é a situação, quando houver a omissão do crédito pelo devedor. Nessa hipótese, sim, o credor sujeito à concordata terá prazo para apresentar a declaração de crédito e, se for o caso, poderá oferecer a habilitação retardatária. Consoante magistério de **José da Silva Pacheco**, ‘o procedimento de verificação dos créditos (arts. 80 a 101), que, antes da Lei n. 7.274/1984, era extensivo a todos os créditos, na concordata, agora, somente aos créditos omitidos pelo concordatário têm pertinência (art. 173, § 3º)’ (Processo de Falência e Concordata, p. 850, 5ª ed.).”

Assim, nos termos da lei, competia à instituição financeira credora impugnar em tempo hábil o crédito constante da lista. Não o fazendo, considera-se incluído no quadro geral de credores, independentemente de declaração e verificação, no valor indicado pelo devedor. “Pela redação dada ao **caput** do art. 173, pela Lei n. 7.274/1984, os credores sujeitos à concordata, arrolados pelo devedor na inicial, se não impugnados, são considerados incluídos” (**Nelson Abrão**, Curso de Direito Falimentar, p. 353, 5ª ed., revista, atualizada e ampliada).

Idêntica diretriz imprimiu à controvérsia a colenda Terceira Turma

quando da apreciação do AgRg n. 153.828-PR, de que foi Relator o eminente Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, em julgado que registra a seguinte ementa, no que ora interessa:

“A impugnação do valor de crédito arrolado pela concordatária e constante do quadro geral de credores deve ser deduzida no prazo da Lei de Falências, não podendo o credor, fora do prazo legal, usar da habilitação de crédito para majorar o valor da importância que lhe é devida. Precedente.”

Acresce que, no caso dos autos, o banco-credor nem sequer procurou justificar o seu atraso na impugnação feita ao valor declarado pela devedora. De sorte que a presente “habilitação de crédito” não passou de uma maneira de, sutilmente, obviar o prazo taxativamente estabelecido pela Lei Falencial.

Tenho, pois, que o acórdão recorrido, ao admitir a intempestiva habilitação de crédito do “Banco do Brasil S/A” malferiu a norma do art. 173, **caput** e seu § 1º, do Decreto-Lei n. 7.661/1945.

Do quanto foi exposto, conheço do recurso e dou-lhe provimento para restabelecer a sentença, carreando ao habilitante as custas processuais e os honorários de advogado da concordatária, estes últimos arbitrados em 15% sobre a diferença entre o crédito declarado pela devedora e o montante pretendido pelo banco (fl. 46), ambos atualizados monetariamente, prejudicada a questão restante.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 108.702 – RJ

(Registro n. 96.0060012-0)

Relator: Ministro Aldir Passarinho Junior
Recorrentes: Dinarte Alves de Paiva e cônjuge
Advogados: Oton Monteiro de Deus e outro
Recorridos: Capemi – Caixa de Pecúlios, Pensões e Montepios Beneficente e outro
Advogados: Jorge Leandro de Moura Martins e outros

EMENTA: Civil e Processual Civil – Seguro habitacional – Prestações de financiamento – Pagamento após aposentadoria por invalidez do mutuário – Repetição de indébito – Demonstração do erro – Ausência – Código Civil, arts. 964 e 965 – Prova – Livre apreciação pela instância ordinária revisora – Incidência do art. 130 do CPC – Ofensa ao art. 128 não configurada.

I – As instâncias ordinárias são livres para a apreciação da prova produzida nos autos, ainda que inexista debate específico das partes sobre determinado aspecto fático trazido à colação. Aplicação do preceituado no art. 130 do CPC.

II – Aquele que postula a repetição do que pagou indevidamente, deve demonstrar que o fez por erro, nos moldes do que determina o art. 965 do Código Civil. Reconhecido pelo acórdão a quo que tal circunstância não se deu no caso em comento, e que houve voluntariedade no pagamento das prestações do financiamento habitacional, o reexame da matéria importa em apreciação do contexto probatório controvertido, competência que refoge ao âmbito do STJ, ao teor da Súmula n. 7.

III – Recurso especial não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas, decide a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, à unanimidade, não conhecer do recurso, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Participaram do julgamento os Srs. Ministros Sálvio de Figueiredo Teixeira, Barros Monteiro e Cesar Asfor Rocha. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Ruy Rosado de Aguiar. Custas, como de lei.

Brasília-DF, 17 de fevereiro de 2000 (data do julgamento).

Ministro Cesar Asfor Rocha, Presidente.

Ministro Aldir Passarinho Junior, Relator.

Publicado no DJ de 24.4.2000.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Aldir Passarinho Junior: Aproveito o relatório que integra o acórdão recorrido, de fls. 208/209, **verbis**:

“Trata-se de apelação interposta contra a sentença de fls. 166/170 que, em ação titulada de cobrança de prestações pagas em promessa de compra e venda de imóvel financiado e garantido por seguro habitacional, em razão de invalidez permanente (surdez), movida a promitente-vendedora, também financiadora e estipulante (Capemi) e também à seguradora (Minas Brasil), após rejeitar as preliminares de inadequação de rito e de prescrição, teve o pedido por procedente, em parte, por entender que o autor, tendo preenchido as condições do seguro em 10.7.1990, fizera a comunicação regular do sinistro, no prazo legal, e, conseqüentemente, a partir daquela data obtivera o direito à quitação do saldo devedor e, assim sendo, tinha direito de receber, nos termos do art. 964 do Código Civil, o que fora indevidamente pago, em valores corrigidos e acrescidos dos juros legais, a partir da citação. Estabeleceu custas e honorários de 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação.

Inconformadas, recorrem ambas as rés.

A promitente-vendedora e financiadora, Capemi – Caixa de Pécúlios (fls. 176/179), sustentando, em resumo, que a decisão era ilógica, pois o pedido inicial era de devolução de prestações de seguro, tidas por indevidas, as quais foram repassadas pela estipulante, ora primeira apelante, à seguradora e, assim sendo, não poderia a Capemi responder pela demanda, eis que, a sua atividade fora de mera intermediária ou repassadora do seguro.

Daí o seu pedido de exclusão do feito, enfatizando ainda que, de qualquer forma, o pedido era de ser tido por improcedente, pois a comunicação do sinistro fora feita a destempo.

Apela também a seguradora (fls. 183/189) insistindo na preliminar de prescrição, nos termos do art. 178, § 6^a, II, do Código Civil, pois o segurado tendo ficado ciente de sua incapacidade em fevereiro de 1989, tinha de fazer a comunicação do sinistro até fevereiro de 1990 e, não o fazendo, perdera o direito ao seguro.

Enfatizou que, entre os segurados e a estipulante, havia uma evidente solidariedade e se a vítima deixara de comunicar as condições do seguro, deveria responder perante o primeiro por culpa, sem qualquer responsabilidade sua, pois só nessa hipótese, deixaria de incidir a prescrição.

Por ser o Autor carente de direito em relação à seguradora, solicitou o provimento do seu recurso para exonerá-la de qualquer responsabilidade.

Houve resposta às fls. 195/200, prestigiando as razões da sentença apelada, enfatizando que pedido era de repetição do indébito, por valores indevidamente pagos, formulado nos termos do art. 964 do Código Civil, não havendo, assim, de se falar em prescrição com lastro no art. 178, § 6º, II, do diploma civil.

Afirmou que, somente ao entrar em gozo de benefício, por invalidez permanente na função de comandante de aeronave, teve condições de pleitear a quitação do débito, sendo, portanto, tempestiva a comunicação do sinistro.”

Apreciando os recursos das seguradoras, o colendo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro deu-lhes provimento para julgar improcedente a ação, ao entendimento de que os Autores não comprovaram a existência de erro no pagamento (fls. 212/215).

Irresignados, os Autores interpõem recurso especial pela letra **a** do art. 105, III, da Carta Política, sustentando, em síntese, violação ao art. 964 do Código Civil, porquanto está demonstrado nos autos que eles se insurgiram contra o pagamento indevido, não se achando caracterizada a voluntariedade na amortização das parcelas. Aduzem que igual ofensa houve ao art. 128 do CPC, eis que admitiu a Corte **a quo** que hipótese de pagamento voluntário que a parte contrária não suscitou.

Dizem, mais, que sempre reivindicaram a suspensão dos pagamentos por devida a quitação, somente mantendo-os por se sentirem coagidos.

Contra-razões pela Capemi às fls. 229/231, argumentando que a interpretação da matéria não pode ser feita isoladamente, como pretendem os Recorrentes, com base no art. 964 do Código Civil, mas em conjunto com o art. 965, que exige a prova do erro, aqui inexistente. Acrescenta a Recorrida que a questão demanda o reexame do conjunto probatório, o que é impossível em face da Súmula n. 7 do STJ.

O recurso foi admitido na instância ordinária pelo despacho presidencial de fls. 233/234.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Aldir Passarinho Junior (Relator): Discute-se no presente recurso especial, aviado com base na letra **a** do autorizativo constitucional, violação pelo acórdão estadual aos arts. 964 do Código Civil e 128

do CPC, o primeiro porque foi rejeitado o pedido de restituição de pagamento indevido de prestações de financiamento habitacional, mesmo após a ocorrência da invalidez do mutuário-autor, e o segundo em face de haver o acórdão admitido hipótese de voluntariedade em tais amortizações, sem que as partes adversas o houvessem alegado.

O aresto **a quo**, conduzido pelo voto do eminente Desembargador Mardem Gomes, assim solucionou a controvérsia (fls. 213/214):

“No mérito, todavia, tem-se que, de acordo com a legislação brasileira, razão não assiste aos Autores.

O Código Civil Brasileiro, fiel à inspiração romana, estabeleceu, como princípio, que todo enriquecimento sem causa jurídica e que acarrete o empobrecimento de outrem, induz na obrigação de restituição, em favor de quem se prejudicou com o pagamento.

Verifica-se que, pelo texto legal – art. 964 – o que atribui direito à repetição é o *pagamento sem causa*, não podendo, assim, o **solvens** obter restituição de dívida prescrita ou decorrente de obrigação natural (art. 970, CC), porque causas existiam para a formação da relação.

Por outro lado, o Código estipula em seu art. 965 que, ‘ao que, voluntariamente pagou o indevido incumbe a prova de tê-lo feito por erro’.

Ou seja, em outras palavras, a lei brasileira exige, para a repetição, que o **solvens**, nos pagamentos voluntários, demonstre o erro em que incidira.

‘Sem a prova desse erro – leciona **Washington de Barros Monteiro**, *Obrigações*, 1^a vol., Saraiva, 1960, p. 296 –, a produzir-se por quem pagou, não se restitui o pagamento. Aquele que, deliberadamente, satisfaz o que sabia não devido, efetua apenas uma liberalidade. Realizando-a, não pode ser admitido a reconsiderar sua decisão, tomada livremente e com pleno conhecimento de causa. Inexistindo, assim, erro, mas ato refletido e consciente, eliminado fica o direito à repetição.’

No mesmo sentido, as lições de **Carvalho Santos e Clóvis Bevilacqua** (*Comentários ao Código Civil*).

No caso em análise, os Autores não fizeram, nem procuraram fazer, qualquer prova sobre o eventual erro no pagamento. Ao contrário, a prova indica que, rejeitado o pedido administrativo, e sem que tivesse

havido qualquer cobrança ou imposição, os Autores continuaram, voluntariamente, a pagar as prestações.

Perdeu-se aí, o direito à repetição, embora tal aspecto tenha passado despercebido ao julgador monocrático.

Por tais circunstâncias, ainda que por razões não invocadas pelos Apelantes, o provimento dos recursos para julgar improcedente o pedido, com custas e honorários de 10% (dez por cento) sobre o valor da causa pelos Autores.”

Tenho que ambas as questões federais suscitadas pelos Autores foram abordadas pelo acórdão, pelo que dou por satisfeito o requisito do prequestionamento.

No tocante ao art. 128 da lei adjetiva civil, creio que inexistiu violação, porquanto o que fizeram os ilustres Desembargadores foi apreciar a matéria probatória constante dos autos, no que a instância ordinária revisora é livre para fazê-lo, ainda que as partes não tenham abordado um ou outro aspecto fático encontrado nos autos. Não se trata, na espécie, de preclusão, confissão ou reconhecimento pelos Réus. O órgão judicial não está adstrito, na apreciação da prova, a que tal ou qual circunstância ou elemento, tenha sido ressaltado ou debatido.

É o que preceitua o art. 130 do CPC, **litteris**:

“Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias.”

Destarte, se no exame da prova a conclusão do Tribunal foi a de que o pagamento foi espontâneo pelos mutuários, daí aplicando a regra do art. 965 do Código Civil, em nada afrontou o art. 128 do CPC, apenas seguiu os ditames do pré-falado art. 130 da mesma lei.

No que tange ao art. 964 do CC, tem razão a Recorrida quando asseverar que a norma não pode ser interpretada dissociadamente do art. 965, o qual foi explicitamente empregado na fundamentação da decisão estadual, como visto antes.

De efeito, considerou o Tribunal de Justiça que o pagamento das prestações foi voluntário e que os Autores não provaram que o fizeram por erro (fl. 214).

Os Recorrentes, no especial, historiam os acontecimentos buscando convencer do contrário, que sempre postularam a quitação e resistiram à cobrança (fls. 220/222), mas a realidade é que esse exame, indisfarçavelmente, descamba para a reapreciação da prova, o que refoge ao âmbito competencial do Superior Tribunal de Justiça, nos termos da Súmula n. 7.

Ante o exposto, não conheço do recurso especial.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 125.145 – SP

(Registro. n. 97.0020685-8)

Relator: Ministro Aldir Passarinho Junior
Recorrente: Olímpio José Franco
Advogado: Salvador Mário Di Bernardo Neto
Recorrido: Jardim-Escola Dele e Dela Ltda
Advogados: Adriana Tognocchi Camano e outro

EMENTA: Civil e Processual Civil – Mensalidade escolar – Ação de cobrança – Prévio ajuizamento de ação consignatória – Interrupção da prescrição até o término da lide – CC, art. 173 – Notificação – Validade – Alegação de irregularidade formal – Prequestionamento – Ausência – Matéria de fato – Súmulas n. 282 e 356-STF e 7-STJ.

I – O prazo prescricional para a cobrança de mensalidades escolares se interrompe com o ajuizamento da ação de consignação em pagamento e somente tem novo começo após o término do processo. Precedentes do STJ.

II – Impossível o exame, pela instância especial, da irregularidade formal das cartas de notificação que instruem os autos, seja por ausência de prequestionamento da questão federal sobre o tema, seja por importar em reexame da prova.

III – Recurso não conhecido.

ACÓRDÃO

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

decide a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, à unanimidade, não conhecer do recurso, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Participaram do julgamento os Srs. Ministros Sálvio de Figueiredo Teixeira, Barros Monteiro e Cesar Asfor Rocha. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Ruy Rosado de Aguiar. Custas, como de lei.

Brasília-DF, 17 de fevereiro de 2000 (data do julgamento).

Ministro Cesar Asfor Rocha, Presidente.

Ministro Aldir Passarinho Junior, Relator.

Publicado no DJ de 24.4.2000.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Aldir Passarinho Junior: Olímpio José Franco interpõe, com base no art. 105, III, letra a, da Constituição Federal, recurso especial contra acórdão prolatado pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que rejeitando a preliminar de prescrição do réu, confirmou a sentença que julgou procedente ação de cobrança de mensalidades escolares.

Alega o Recorrente que em face do ajuizamento de ação consignatória por ele, Réu, houve a interrupção do prazo prescricional que, todavia, começou a correr no dia seguinte à data dos atos interruptivos, sendo que eles estão previstos no art. 172, II, e seguintes do CC.

Aduz que a competência para a fixação das mensalidades pertence ao Conselho Estadual de Educação, nos termos do Decreto-Lei n. 532/1969, recepcionado pela Constituição vigente, salientando, mais, que nas cartas incluídas nos autos não foi nominado o Recorrente, achando-se em nome de terceira pessoa, inexistindo comprovação do recebimento das mesmas pelo Réu. Acrescenta que tais cartas estão em dissonância com o art. 376 do CPC.

Diz o Recorrente que o art. 174, II, da lei adjetiva civil era inaplicável, pois seu patrono possuía poderes apenas para representá-lo na ação consignatória, que transitou em julgado em janeiro de 1993, enquanto as aludidas cartas foram subscritas em 1994, quando o advogado já havia encerrado as suas atividades concernentes à defesa do Réu.

Pugna, por derradeiro, pela observância da regra do art. 178, § 6º, inciso VII, do Código Civil.

Contra-razões às fls. 210/219, suscitando falta de prequestionamento

das questões federais. No mérito, sustenta que o acórdão limitou-se a aplicar, corretamente, o disposto no art. 172, V, do Código Civil, observando que não correu a prescrição durante todo o tempo em que as partes discutiram judicialmente, na ação consignatória precedente, os valores das mensalidades escolares, citando doutrina e jurisprudência em apoio à sua tese. Quanto às cartas, esclarece que nem na contestação, nem na apelação, o Réu negou o envio das correspondências, nem questionou a veracidade do seu conteúdo, sendo assim, válida a prova documental feita. Assere que os valores cobrados estão corretos e têm respaldo no Decreto n. 95.720/1988 e no Decreto-Lei n. 532/1969.

O recurso especial foi admitido na instância de origem pelo despacho presidencial de fls. 221/222.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Aldir Passarinho Junior (Relator): Trata-se de recurso especial aviado pela letra **a** do permissivo constitucional, sob alegação de vigência, pelo acórdão prolatado pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, dos arts. 172 e 173 do Código Civil e 376 do CPC, bem assim do Decreto-Lei n. 532/1969.

Nem a questão alusiva ao art. 379 da lei adjetiva civil, nem, tampouco, o Decreto-Lei n. 532/1969, foram examinados pela Corte **a quo**, tornando incidentes na espécie, por falta de prequestionamento, as Súmulas n. 282 e 356 do colendo STF. Ademais, o pretendido exame da validade ou não das cartas impugnadas pelo Recorrente, se formalmente corretas ou não, importaria, indubitavelmente, no reexame da prova, o que é defeso ao STJ, nos termos de sua Súmula n. 7.

No tocante à aplicação dos arts. 172 e 173 do Código Civil, assim se manifestou o voto-condutor do acórdão, relatado pelo eminente Desembargador Munhoz Soares, **litteris** (fl. 172):

“1. Rejeita-se a prescrição argüida em preliminar. O Apelante, na qualidade de litisconsorte ativo, promoveu contra a Apelada ações consignatórias que tiveram seu trânsito em julgado consumado aos 6.1.1993 e 18.1.1993. A partir deste momento é que se iniciou novo prazo prescricional, dado o enunciado do art. 172, incs. I e V, do

Código Civil. Ocorrentes causas interruptivas da prescrição, inutilizaram-se as prescrições iniciadas. O prazo prescricional, então, recomeça a partir da data do último ato do processo que o interrompeu.

Ademais disso, conforme bem observou o digno julgador **a quo**, interpelações foram feitas ao autor, através das missivas trasladadas nestes autos (fls. 46/50).”

A decisão não merece reparo.

Anteriormente ao ajuizamento da presente ação de cobrança pelo estabelecimento de ensino autor, o Réu promoveu duas ações de consignação em pagamento, que foram julgadas improcedentes em ambos os graus da instância ordinária.

O que defende o Réu é que o ajuizamento da consignatória interrompe a prescrição, mas novo prazo começa a contar no dia subsequente, independentemente do tempo do transcurso da ação.

Reza o art. 173 da lei substantiva, que:

“Art. 173. A prescrição interrompida recomeça a correr da data do ato que a interrompeu, ou do último do processo para a interromper.”

Ora, se a causa da interrupção foi o ajuizamento da ação consignatória movida pelo devedor, com o objeto de ver quitadas as mensalidades pelo valor que entendiam correto, depósito considerado insuficiente pelo Judiciário, em decisões transitadas em julgado que deram como justa a recusa da escola, parece-me evidente que isso consubstanciava impedimento lógico ao ajuizamento de uma ação de cobrança por valores superiores enquanto perdurasse a lide consignatória. Somente com o término desta é que iniciou-se o prazo prescricional, aplicando-se, portanto, à espécie, a última parte do art. 173 do CC e não a primeira.

Nesse sentido dirigiu-se a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, ao teor dos seguintes acórdãos, **verbis**:

“Civil. Ação de cobrança de mensalidades escolares. Prazo prescricional. Anterior consignatória. Interrupção. Recomeço a partir do trânsito em julgado da sentença.

A ação de cobrança de mensalidade escolar prescreve em um ano (art. 178, § 6º, VII, do Código Civil).

O curso de ação de consignação em pagamento proposta pelo

devedor interrompe a prescrição (art. 172, V, do Código Civil), cujo prazo recomeça a partir do trânsito em julgado da sentença.

Precedentes.

Recurso especial conhecido e provido.” (Quarta Turma, REsp n. 119.996-SP, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, unânime, DJU de 21.6.1999).

.....
“Mensalidade escolar. Cobrança. Prescrição.

Prescrição regulada pelo art. 178, § 6º, VII, do Código Civil, que, interrompida pelo ajuizamento de ação consignatória, recomeçou a correr após o trânsito em julgado da sentença nessa proferida.

Quanto ao momento de argüição, aplicáveis as regras dos arts. 303, III, do CPC, e 162 do Código Civil. Inexistência de afronta ao art. 517 do CPC. Recurso especial não conhecido.” (Terceira Turma, REsp n. 119.691-SP, Rel. Min. Costa Leite, unânime, DJU de 15.3.1999).

.....
“Mensalidade escolar. Prescrição.

É ânua a prescrição da ação de cobrança da mensalidade escolar (art. 178, § 6º, VII, do CC).

Interrompida a prescrição pela propositura de ação de consignação, ela recomeçou a ser contada depois do último ato praticado neste processo, e então para todas as prestações, porque todas já estavam vencidas.

Recurso não conhecido.” (Quarta Turma, REsp n. 145.797-SP, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, unânime, DJU de 19.12.1997).

Ante o exposto, não conheço do recurso especial.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 161.133 – DF

(Registro n. 97.0093530-2)

Relator: Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira

Recorrente: Ministério Público do Distrito Federal e Territórios
Recorridos: Raimundo Nonato Ferreira da Silva e cônjuge
Advogado: Juarez Ferreira Maximino

EMENTA: Processo Civil – Embargos infringentes – Sorteio do relator – Art. 533, CPC – Doutrina – Recurso provido.

I – Ainda que a lei não proíba expressamente que o relator da apelação seja o mesmo dos embargos infringentes, certo é que essa repetição só deverá ser admitida quando não for possível sortear julgador diverso daquele que relatou a apelação ou que participou do julgamento desta.

II – O objetivo da norma é possibilitar o exame da espécie, como relator, por outro julgador, diferente daquele que relatou ou simplesmente apreciou a apelação.

III – Não se mostra razoável que os infringentes, sem motivo relevante, sejam relatados pelo mesmo juiz que relatou a apelação, em manifesto prejuízo, em tese, para a parte-recorrente.

ACÓRDÃO

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

Brasília-DF, 13 de setembro de 2000 (data do julgamento).

Ministro Ruy Rosado de Aguiar, Presidente.

Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, Relator.

Publicado no DJ de 16.10.2000.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira: O casal-recorrido e seus filhos requereram em juízo a homologação de “acordo de alimentos”, estipulando a pensão destinada aos filhos e à genitora destes, no valor de trinta

por cento (30%) dos vencimentos brutos auferidos pelo cônjuge-varão. Alegaram que, não obstante continuarem casados e residindo sob o mesmo teto, o acordo tinha a finalidade de evitar “conflitos conjugais”.

A sentença, ao prestigiar a cota do Ministério Público, extinguiu o feito, nos termos do art. 267, VI, CPC, por entender que a pretensão escapava ao instituto dos alimentos.

Apelaram os interessados, tendo o Tribunal de Justiça do Distrito Federal dado provimento ao recurso, por maioria de votos, consoante esta ementa:

“Apelação. Acordo de alimentos. Homologação. Cônjuges sob o mesmo teto.

– O direito à prestação de alimentos não se encontra subordinado à circunstância da efetiva separação das partes, sendo possível a homologação do acordo atinente, entre cônjuges que convivem sob o mesmo teto, com o expreso fim de ‘prevenir litígios.’”

Opostos embargos infringentes pelo Ministério Público, não foram eles conhecidos, por ilegitimidade, em acórdão também da relatoria do mesmo Desembargador. Na ocasião, entendeu a egrégia Turma julgadora que o “órgão do Ministério Público, nos feitos judiciais onde impera o interesse de menores, não está legitimado a interpor recurso prejudicial aos interesses desses incapazes, únicos legitimadores de sua atuação”.

O *Parquet* manifestou embargos de declaração, sustentando, em preliminar, a nulidade do julgado, porque o Relator dos embargos infringentes fora o mesmo da apelação. No mais, alegou que a verificação da existência ou de prejuízo para os menores só poderia ocorrer com o julgamento do mérito dos embargos infringentes. Os declaratórios foram rejeitados, em acórdão assim sumariado:

“Embargos de declaração. Postulação de nulidade em embargos infringentes. Relator idêntico ao da apelação. Dúvida. Pedido de dissipação. Impossibilidade.

– O fato de a distribuição dos embargos infringentes ter recaído no mesmo relator da apelação embargada não acarreta nenhum prejuízo a ensejar a nulidade do julgamento.

– É juridicamente impossível dissipar dúvidas relativas ao mérito de recurso não conhecido.”

Adveio, então, recurso especial do Ministério Público, com alegação de violação aos arts. 82, I; e 533, CPC. Sustenta o Recorrente, em preliminar, a nulidade do julgamento dos embargos infringentes, uma vez relatado pelo mesmo Desembargador-relator da apelação, ao arrepio do que dispõe o art. 533, CPC, aduzindo que, tratando-se de nulidade absoluta, não se impõe a análise de eventual prejuízo decorrente. No mais, argumenta com sua legitimidade recursal.

Com as contra-razões, foi o recurso admitido, opinando o Ministério Público Federal pelo não-conhecimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira (Relator): 1. Merece análise, em primeiro lugar, a preliminar de nulidade de julgamento dos embargos infringentes, sendo de afastar-se, inicialmente, a incidência do Enunciado n. 7 da Súmula-STJ, invocada pelo Ministério Público Federal. A questão, **data venia**, como se verá, é unicamente de direito e não demanda a análise de provas.

2. Dispõem os arts. 531 e 533, CPC, com a redação dada pela Lei n. 8.950/1994:

“Art. 531. Compete ao relator do acórdão embargado apreciar a admissibilidade do recurso.”

“Art. 533. Admitidos os embargos, proceder-se-á ao sorteio de novo relator.

Parágrafo único. A escolha do relator recairá, quando possível, em juiz que não haja participado do julgamento da apelação ou da ação rescisória.”

O Tribunal de origem, ao afastar a invocada nulidade, arrimou sua conclusão em dois pontos: a) a lei não proíbe que o relator dos embargos infringentes seja o mesmo da apelação, aduzindo que, inexistindo proibição expressa, incoorre nulidade absoluta; b) ausência de prejuízo, uma vez que os embargos não foram conhecidos à unanimidade. Assim, a conclusão do julgamento não alteraria caso o processo fosse distribuído a outro desembargador.

3: Ainda que a lei não proíba, como acertadamente afirmou o acórdão impugnado, que o relator da apelação seja o mesmo dos embargos infringentes, certo é, no entanto, que essa repetição só será permitida quando não for possível a distribuição a outro julgador, diverso daquele que relatou a apelação ou que participou do julgamento desta.

Neste sentido, colhe-se a lição de **Sérgio Bermudes**:

“A escolha do relator recairá, quando possível, em juiz que não haja participado do julgamento da apelação, ou da ação rescisória.

Atentando para o fato de que alguns dos nossos tribunais têm número reduzido de juízes, hipóteses em que seria difícil impor o julgamento por quem não houvesse participado do julgamento em que se proferiu o acórdão recorrido, o Código estabeleceu a regra do § 2^a com a ressalva de que ela deve ser observada, quando possível. *Se era possível a sua observância e ela foi violada, a decisão proferida nos embargos é nula.*” (Comentários ao Código de Processo Civil, RT, 2^a ed., n. 191, p. 216, grifei).

E, aduz, mais adiante (ob. cit., p. 216), com maior ênfase:

“De qualquer forma, o relator será sempre outro que não o do primeiro julgamento, sob pena de nulidade da decisão.”

Sérgio Sahione Fadel, a propósito, em comentários ao mesmo dispositivo, de forma radical, também chega a doutrinar:

“O relator dos embargos, se possível, será um juiz que não haja participado do acórdão embargado. O relator, *sempre*, será outro que não o do primeiro julgamento, sob pena de nulidade da decisão (Primeira Turma do STF, RE n. 68.422, in DJ de 24.4.1970, p. 1.579).” (Código de Processo Civil Comentado, Forense, 4^a ed., vol. II, p. 219).

Comunga deste entendimento o mencionado **Sérgio Bermudes**, nestes termos:

No caso, não restou demonstrada qualquer impossibilidade para que a distribuição ocorresse em desembargador que não tivesse participado do julgamento da apelação. Ao contrário, como se vê dos autos, a Câmara que

apreciou os embargos infringentes é composta de oito (8) desembargadores, e nenhum deles ressaltou qualquer impedimento ou suspeição no julgamento do feito.

4. O objetivo da norma é possibilitar, o máximo possível, o exame da espécie por outro julgador, diferente daquele que apreciou a apelação, notadamente para se ensejar um novo exame do que foi decidido. E a questão é tão relevante que, quando envolve juiz de 1ª grau promovido a tribunal, é tratada como impedimento (art. 134, III, CPC).

5. Tenho, destarte, e com a devida vênia, por violado o art. 533, CPC, restando prejudicada a análise da outra questão, que a meu juízo também estaria a merecer melhor exame.

Assim, *conheço* do recurso e *dou-lhe provimento* para anular o acórdão dos embargos infringentes, ensejando que outro seja proferido, após sorteio de novo relator, nos termos da lei.

RECURSO ESPECIAL N. 168.091 – MG

(Registro n. 98.0020160-2)

Relator: Ministro Cesar Asfor Rocha
Recorrentes: Crusoé Imóveis Ltda e outros
Advogados: Jackson Valeri Lages e outros
Recorridos: Yvonne de Oliveira Silveira e outros
Advogado: Leonardo Álvares da Silva Campos

EMENTA: Processual Civil – Advogado – Intimação – Índice que lista o número de inscrição da OAB.

O Tribunal de Alçada de Minas Gerais adota um índice em que lista, por ordem ascendente, o número de inscrição na OAB do advogado, que lhe anuncia a existência de alguma intimação referente à causa que recebe o seu patrocínio.

Se nela o setor competente do Tribunal omitiu, como na hipótese, o referido número, não há que se falar em intimação regular nem em ciência inequívoca.

Recurso conhecido e provido.

ACÓRDÃO

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

Brasília-DF, 18 de maio de 2000 (data do julgamento).

Ministro Ruy Rosado de Aguiar, Presidente.

Ministro Cesar Asfor Rocha, Relator.

Publicado no DJ de 14.8.2000.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Cesar Asfor Rocha: Após o julgamento da apelação, a Recorrente peticionou ao egrégio Tribunal **a quo** alegando que os advogados subscritores haviam recebido substabelecimento (fl. 322) para acompanhar o processo no Tribunal de Justiça, em Belo Horizonte, pois que a ação é originária de Montes Claros e que, contudo, “não foram cadastrados para fins de intimação no expediente forense (Minas Gerais), não tomando ciência de nenhum ato processual a nível de Tribunal de Alçada” (fl. 350), em razão do que não puderam acompanhar o processo no âmbito daquela colenda Corte, pelo que requereram que fosse republicada a decisão prolatada na apelação, anulados os atos daí decorrentes.

O ilustrado Relator considerou normal a publicação, uma vez que pelo menos o nome de um dos advogados substabelecidos teria constado da publicação (fl. 359).

Dessa decisão, decorreu agravo regimental (fls. 361/364), onde alegou-se que, ainda que tendo o nome de um dos advogados aparecido na publicação, não teria sido feito o cadastramento do número do seu registro na OAB, para fins de intimação.

É que, naquele egrégio Tribunal, instituiu-se uma fórmula inteligente para facilitar, aos advogados, a localização de intimação relativa a feito de que atue, qual seja a elaboração de um índice onde se faz constar, pela ordem ascendente, o número da inscrição na OAB dos advogados, com a correspondente alusão ao processo que tenha atuação.

E, na hipótese, mesmo constando o nome de um dos advogados, o número de sua inscrição na OAB não apareceu naquele referido índice.

O agravo foi improvido, por maioria, daí o recurso especial em exame, com base na letra **a** do permissor constitucional, por alegada ofensa ao § 1º do art. 236 do Código de Processo Civil.

Sem resposta, o recurso foi admitido na origem.

Era o de importante a relatar.

VOTO

O Sr. Ministro Cesar Asfor Rocha (Relator): É certo que o § 1º do art. 236 do Código de Processo Civil estabelece que na Capital do Estado as intimações são consideradas feitas pela só publicação no órgão oficial, sendo indispensável, sob pena de nulidade, que da publicação conste o nome das partes e de seus advogados.

Como registrado no voto prolatado pelo ilustrado Juiz Baía Borges, a questão que se coloca é se uma vez feita a intimação pelo nome do advogado, como se deu no caso em exame, mas sendo omitido o número de sua inscrição na OAB do sistema de intimações, sistema esse “relativamente recente, de se fazer a intimação apenas pelo número” (fl. 391), teria ou não havido a falta de intimação.

Hoje em dia, em face de ser cada vez mais crescente o volume de intimações aos advogados, alguns tribunais, sensíveis a essas dificuldades, estão adotando um sistema de índice através do qual, ou por ordem alfabética ou pelo número de inscrição na OAB, resta facilitada a localização das intimações que possam ser do interesse de cada causídico.

Nada obstante isso, o egrégio Tribunal **a quo**, por maioria, entendeu como sendo bastante para se ter por consumada a intimação a simples existência do nome do advogado na resenha da publicação do resultado, sem que constasse o número da inscrição na OAB de nenhum dos advogados substabelecidos.

Sem razão, contudo.

A questão foi melhor elucidada, **data venia**, pelo ilustrado Juiz Belizário de Lacerda, e extraio as seguintes passagens de seu douto voto-vencido, a saber:

“Os advogados foram substabelecidos apenas na fase recursal.

Tendo o processo tramitado perante a Comarca de Montes Claros e sendo os substabelecidos domiciliados em Belo Horizonte, logicamente que o substabelecimento teve como fim o acompanhamento do recurso, razão pela qual imperioso que constasse da publicação o nome de um dos novos procuradores.

Apesar do nome de um dos patronos substabelecidos estar na publicação, é certo que o de nenhum deles foi listado no índice por advogados.

O índice por advogados, com a devida **venia** do eminente Relator, é a lista que os orienta.

Se nela não existe, como no caso **in** tela, o nome de um daqueles que, impreterivelmente, deveria existir, não há que se falar em intimação regular e nem em ciência inequívoca.” (fls. 386/387).

Entendo, igualmente, que a omissão do número da inscrição da OAB no índice elaborado pelo próprio Tribunal, induz a que se tenha por inexistente a intimação, pois que é através dela que o advogado recebe a notícia de que, naquela edição do Diário Oficial, consta alguma intimação que lhe diga respeito, por isso mesmo que essa omissão importa em ausência de intimação.

Diante de tais pressupostos, conheço do recurso e dou-lhe provimento para desconstituir a decisão recorrida para reabrir o prazo para que a Recorrente possa aviar o recurso que entender contra o acórdão da apelação, que começará a contar da intimação que for feita do retorno deste processo ao egrégio Tribunal de origem.

RECURSO ESPECIAL N. 196.319 – MS

(Registro n. 98.0087601-4)

Relator: Ministro Cesar Asfor Rocha
Recorrente: Aurélio Pereira de Rezende (espólio)
Representado por: Antônia Lourdes de Souza Rezende (inventariante)
Advogados: Carmelino de Arruda Rezende e outros
Recorrido: Adeir Alves Fernandes

Advogados: Antônio Rivaldo Menezes de Araújo e outros

Sustentação oral: Carmelino Rezende (pelo Recorrente)

EMENTA: Direito Civil – Simulação ilícita – Nulidade alegada pela parte – Possibilidade.

No aparente contrato de parceria pecuária que serve para encobrir empréstimo de dinheiro, denominado “vaca papel”, com juros usurários, como retratado na hipótese, é possível à parte que o celebrou (o comparsa do verdadeiro simulador) ter a iniciativa de argüir a sua anulação.

Recurso conhecido e parcialmente provido.

ACÓRDÃO

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

Brasília-DF, 27 de junho de 2000 (data do julgamento).

Ministro Ruy Rosado de Aguiar, Presidente.

Ministro Cesar Asfor Rocha, Relator.

Publicado no DJ de 4.9.2000.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Cesar Asfor Rocha: O Recorrido promoveu contra o Recorrente uma ação de cobrança que foi respondida com a alegação de que o contrato de parceria pecuária formalizado entre as partes, de onde originou-se a dívida, encobriria, em verdade, contrato de mútuo, simulado, que não poderia prevalecer por força do disposto nos arts. 103 e 104 do Código Civil, além do que o contrato teria estabelecido juros onzenários, infringindo, pois, a Lei de Usura.

A ação foi julgada procedente e a apelação foi improvida, nos termos assim sumariados:

“Quem, conscientemente, concorreu para a avença simulada não pode alegar a torpeza em seu favor. Assim, se houve simulação no negócio celebrado pelas partes, esta somente poderia ser argüida por terceiros que comprovassem a lesão de eventuais direitos, jamais pelos próprios contratantes. Se a simulação, porém, se propuser a um objetivo ilícito, prejuízo a terceiro ou infração a preceito de lei, os contratantes nada poderão alegar um contra o outro, pelo princípio **nemo de improbitate sua consequitur actionem**, dando-se uma validade relativa. É o que dispõe o artigo 104 do Código Civil.” (fls. 144/145).

Do r. aresto que manteve a sentença que julgou procedente a ação, extraio as seguintes passagens:

“O Apelante foi vencido na ação de cobrança que lhe foi ajuizada. O magistrado entendeu que, embora estivesse frente a um contrato simulado, já que a parceria pecuária encobriria, em verdade, um contrato de mútuo, a simulação praticada ou seria inocente e, assim, não traria prejuízo a ninguém, ou, se maliciosa, não poderia um contratante nada alegar contra o outro, já que a argüição somente poderia partir de terceira pessoa.

Como é cediço, a simulação consiste na realização de um ato que aparentemente é normal, mas que, na verdade, não visa ao efeito que deveria produzir, pressupondo sempre o concurso de duas pessoas com o intuito de iludir terceiros.” (fl. 134).

.....
“Ora, se houve simulação na transação existente entre as partes, esta somente poderia ser suscitada por terceira pessoa que comprovasse a lesão de direito, jamais pelos próprios participantes, pois a ninguém é dado alegar a própria torpeza, pois deve prevalecer o princípio da boa-fé, que impera nas relações negociais. Dessa forma, é inconcebível acolher a pretensão do Apelante, no sentido de ser reconhecida a simulação em negócio do qual participou voluntariamente.” (fl. 135).

.....
“No presente caso, observa-se que está incontroverso no feito que houve o chamado instituto da *simulação*, que é o que transparece das alegações das partes, uma vez que o contrato, segundo o Apelante, encobriria o empréstimo de dinheiro a juros ditos onzenários e extorsivos.” (fl. 135).

.....

“O documento que representa um contrato de parceria pecuária não seria, na realidade, segundo o Réu, o que está ali contratado, mas sim seria, via de consequência, diante da afirmativa de ter recebido dinheiro ao invés de gado, um mútuo. Tendo tal ocorrido, estamos diante de um ‘ato simulado’ em relação ao verdadeiro ato, que foi intencionalmente ocultado pelas partes, que teria sido o empréstimo de dinheiro.

Ora, das duas uma:

a) ou a simulação daquelas que se pode considerar *inocentes*, porque não houve desejo de prejudicar ou enganar terceiros ou mesmo fraudar a lei;

b) ou foi celebrada com o intuito de fraudar a lei ou prejudicar terceiros, quando então será considerada maliciosa.

Na primeira hipótese, tem incidência o artigo 103 do Código Civil, e, como se infere dos ensinamentos retroexpendidos, não haverá defeito em qualquer dos casos do artigo 102, pelo que, então, o ato subsistirá. Logo, o ato não poderá ser taxado de nulo, visto que nem sequer é anulável, diante dos claros das disposições contidas no artigo 103 do Código Civil. E, se o ato subsiste, é lícito ao autor ajuizar a presente ação, para compelir o réu a lhe entregar o objeto ali declarado como sendo o devido.

Na segunda hipótese, teria incidência o artigo 104 do Código Civil. Mas ainda que se trate de um ato jurídico anulável, é evidente que tal anulação não poderia ser pleiteada por qualquer dos partícipes da negociação, mas sim pelo terceiro prejudicado. Aquele que participou da negociação de um ato simulado com infração do artigo 104 do **Codex** referido não pode alegar essa causa, para anulação da venda, porque estaria ocorrendo aí a incidência do brocardo acima mencionado: **nemo de improbitate sua consequitur actionem**, remansosa regra que já estava insculpida no Digesto, Livro 47, Título 1^a, Fragmento 12, § 1^a.

De se ver, destarte, quer seja por uma, seja por outra das hipóteses, seja porque houve simulação inocente, seja porque teria havido simulação maliciosa, ainda que verdadeira fosse a assertiva do Réu, porquanto tanto em uma, quanto por outra das modalidades de simulação, o ato jurídico deve permanecer incólume entre as partes, e, como tal, a obrigação ali contida e representada, ainda que não verdadeira, deve

ser cumprida e fielmente observada como sendo a real intenção das partes.” (fls. 137/138).

.....
“Suponha-se, agora, que o contrato celebrado seria nulo, porque estaria havendo ofensa a uma lei de ordem pública, como é a Lei de Usura.

Não há dar guarida à pretensão. Se houve infração da Lei de Usura, tal é irrelevante *para as próprias partes* nele envolvidas, principalmente pelo fato de que foi celebrado, num reconhecimento expresso do seu valor do que nela estava contido, dos fatos nela ventilados e que deve, assim, ser fielmente cumprido.

Admitir-se a argumentação do Apelante seria, em última análise, fazer prevalecer sua própria torpeza: no momento que lhe era conveniente, firma o instrumento. Em seguida, quando novamente lhe é conveniente, vem querer negar sua existência e lhe atribuir uma nulidade que *não existe*, como se a negociação pudesse estar ao sabor e ao talante de sua vontade exclusiva.” (fl. 141).

Daí o recurso especial em exame com base na letra c do permissor constitucional por sugerida divergência com os julgados que indicam que teriam dado interpretação distinta ao art. 104 do Código Civil, na medida em que aceitariam ser possível ao contraente alegar, em litígio contra o outro, a simulação que vise a fraudar a norma de ordem pública, cujo sentido vetorial seria oposto ao do aresto hostilizado.

Sem resposta, o recurso foi inadmitido na origem, tendo o seu curso sido desembaraçado por conta de provimento que dei ao agravo de instrumento.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Cesar Asfor Rocha (Relator): Conhecido o recurso pela divergência, prossigo no seu exame, aplicando o direito à espécie.

Como visto, o Recorrido promoveu contra o Recorrente uma ação de cobrança que foi respondida com a alegação de que o contrato de parceria pecuária formalizado entre as partes, de onde originou-se a dívida, encobriria, em verdade, contrato de mútuo, simulado, que não poderia prevalecer

por força do disposto nos arts. 103 e 104 do Código Civil, além do que o contrato teria estabelecido juros onzenários, infringindo, pois, a Lei de Usura.

A ação foi julgada procedente e a apelação foi improvida, nada obstante ter o r. aresto combatido registrado que “no presente caso, observa-se que está incontroverso no feito que houve o chamado instituto da *simulação*, que é o que transparece das alegações das partes, uma vez que o contrato, segundo o Apelante, encobriria o empréstimo de dinheiro a juros ditos onzenários e extorsivos” (fl. 135).

Isso porque, “se houve simulação na transação existente entre as partes, esta somente poderia ser suscitada por terceira pessoa que comprovasse a lesão de direito, jamais pelos próprios participantes, pois a ninguém é dado alegar a própria torpeza, pois deve prevalecer o princípio da boa-fé, que impera nas relações negociais. Dessa forma, é inconcebível acolher a pretensão do Apelante, no sentido de ser reconhecida a simulação em negócio do qual participou voluntariamente” (fl. 135).

Em suma, a tese adotada pelo v. acórdão hostilizado é a de que, em face do disposto no art. 104 do Código Civil, mesmo que se a simulação se propuser “a um objetivo ilícito, prejuízo a terceiro ou infração a preceito de lei, os contratantes nada poderão alegar um contra o outro, pelo princípio **nemo de improbitate sua consequitur actionem**, dando-se uma validade relativa”.

Sem razão, contudo.

Como já consignado pelo eminente Ministro Ruy Rosado de Aguiar, o “v. acórdão recorrido admitiu expressamente que houve um contrato encobrindo outro, a permitir a violação à regra de ordem pública sobre a usura. Cuida-se do conhecido ‘vaca-papel’, contrato onzenário através do qual o prestador do dinheiro cobra juros acima do permitido na lei, simulando um contrato de parceria, com a obrigação de devolução em dobro de cabeças de gado após um certo tempo, e, em caso de mora, a obrigação de pagar os frutos da produção normal do rebanho. Isto é, uma obrigação em dinheiro foi transformada em dívida de valor, com ofensa ao disposto no art. 1º do Decreto n. 22.626/1933, e desvirtuado o contrato de parceria pecuária, previsto nos arts. 4º e 5º do Decreto n. 59.566/1966, sem nenhum risco para o prestador, ou seja, o contrato em exame violou duas vezes a legislação federal, sendo contrato nulo porque realizado com fraude à lei”.

Diz-se que ocorre a simulação quando se detecta a existência de divergência entre a vontade real e a vontade declarada pelos integrantes de um

negócio jurídico, havendo ou não intenção de prejudicar a terceiros ou de violar a lei.

A simulação pode ser inocente – quando não há intenção de prejudicar a terceiros nem de violar a lei – ou fraudulenta (ou ilícita) – quando ocorre violação da lei de que decorra um benefício direto para o simulador. Esses dois tipos de simulação foram albergados, respectivamente, pelos arts. 103 e 104 do Código Civil.

Da leitura dos autos, especialmente dos trechos acima reproduzidos, percebe-se com facilidade a ocorrência de simulação, pois as partes entabularam um complexo procedimento destinado a criar uma aparência enganadora: primeiramente, dissimularam o contrato de mútuo com juros usuários; posteriormente, celebraram o ato aparente, que é o que se vê, qual seja o de parceria, encobrando aquele outro que não podia ser *mostrado* ante a proibição contida no Decreto n. 22.626/1933, tido como de ordem pública, porquanto editado para espancar a usura.

Não há dúvida, pois, que simulação existiu.

Nada obstante isso, deu-se ao negócio uma validade relativa à consideração de que, pelo estabelecido no art. 104 do Código Civil, “os contratantes nada poderão alegar um contra o outro”.

É certo, como observa **Custódio P. U. Miranda** (no v. Simulação, in Enciclopédia Saraiva do Direito, v. 69), “embora a lei seja de um rigor absoluto em proibir a argüição da simulação pelos próprios simuladores, a jurisprudência tem admitido, em certos casos, tal alegação, anulando negócios simulados por iniciativa do comparsa do verdadeiro simulador”.

Em situação assemelhada, a egrégia Terceira Turma, sob a condução do eminente Ministro Nilson Naves, ao julgar o REsp n. 2.216-SP, deu pela anulação do negócio realizado, tendo o eminente Ministro Eduardo Ribeiro, em seu judicioso voto, consignado ser possível, nesse quadro, “alegar-se simulação, sem contrariar o objetivo a que visa atingir o questionado artigo 104 que, diga-se de passagem, consagra norma que a doutrina considera superada. Fraudulenta ou não a simulação – esta a atual tendência – há que se admitir possa qualquer dos partícipes pretender a declaração da verdadeira natureza do ato, ressaltando-se apenas terceiros de boa-fé. Essa a sistemática do Anteprojeto do Código Civil. Enquanto não ocorre a mudança legislativa, não se impede sejam introduzidos temperamentos, especialmente quando esteja em causa a salvaguarda de outra norma de ordem pública, como acentuado”.

Por tais considerações, mesmo tendo o Recorrente participado do contrato como comparsa do verdadeiro simulador, poderia ele postular pela decretação de sua nulidade, daí que o egrégio Tribunal local deveria ter examinado a matéria de defesa por ele suscitada, que poderia utilmente ser levantada a seu favor.

Diante de tais pressupostos, conheço do recurso pela alínea c e dou-lhe parcial provimento para que a colenda Corte de origem prossiga no julgamento da apelação como achar de direito.

RECURSO ESPECIAL N. 210.351 – RJ

(Registro n. 99.0032968-6)

Relator: Ministro Cesar Asfor Rocha
Recorrente: Luxor Transportes Ltda
Advogados: Eduardo Vicentini e outros
Recorrido: Jorge Maia Gross
Advogados: Fernando da Costa Pontes e outros

EMENTA: Civil – Danos morais e estéticos – Cumulatividade.

Permite-se a acumulação de valores autônomos, um fixado a título de dano moral e outro a título de dano estético, derivados do mesmo fato, quando forem passíveis de apuração em separado, com causas inconfundíveis.

Hipótese em que do acidente decorreram seqüelas psíquicas por si bastantes para reconhecer-se existente o dano moral; e a deformação sofrida em razão da mão do Recorrido ter sido traumáticamente amputada, por ação corto-contundente, quando do acidente, ainda que posteriormente reimplantada, é causa bastante para reconhecimento do dano estético.

Recurso não conhecido.

ACÓRDÃO

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

Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do recurso. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Ruy Rosado de Aguiar, Sálvio de Figueiredo Teixeira e Barros Monteiro. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Aldir Passarinho Junior.

Brasília-DF, 3 de agosto de 2000 (data do julgamento).

Ministro Ruy Rosado de Aguiar, Presidente.

Ministro Cesar Asfor Rocha, Relator.

Publicado no DJ de 25.9.2000.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Cesar Asfor Rocha: O ora recorrido ajuizou ação indenizatória pelas lesões sofridas, quando se encontrava em coletivo de propriedade da ora recorrente, em acidente de trânsito provocado pelo preposto da Ré e que lhe causou a amputação da mão direita, que veio a ser reimplantada em microcirurgia.

A ação foi julgada parcialmente procedente em 1^a grau tendo a Ré sido condenada nas seguintes verbas, além das custas e honorários:

“1. Pensões vencidas de lucros cessantes a partir da data do acidente até a do trânsito em julgado da presente, e, mesmo, a do efetivo pagamento, de uma só vez, à razão de 1 (um) salário mínimo (atual ao tempo do pagamento), mensal, mais férias e décimo terceiro salário, sobre tal montante incidindo juros simples contados a partir da citação;

2. Pensões vincendas à razão de 1 (um) salário mínimo atual (ao tempo do pagamento) e mensal, mais férias e décimo terceiro salário, durante todo o período de sobrevida ao Autor, devendo seu nome ser incluído na folha de pagamento da Ré;

3. Dano estético cujo valor arbitro em 30 (trinta) salários mínimos;

4. Dano moral que arbitro em 70 (setenta) salários mínimos, considerando o que disposto nos arts. 8^a e 84 do Código de Telecomunicações.” (fl. 127).

A Ré apelou alegando: (1) julgamento **ultra petita** pela inclusão do décimo terceiro salário e das férias, que, além de não expressamente pedidos, seriam decorrentes do trabalho e o Recorrido não estaria trabalhando; (2) julgamento **extra petita** por terem sido concedidas verbas autônomas de dano moral e dano estético que, ademais, não poderiam ser cumuladas e ainda teriam sido fixadas além do permitido; (3) inacumulabilidade do dano material com o moral; e (4) inobservância da portaria do Ministério do Trabalho que estipularia o percentual de 15% para a incapacidade laborativa na espécie e não 100% aceito pelo juízo sentenciante.

O apelo foi parcialmente acolhido pela Oitava Câmara do Tribunal de Alçada Cível do Estado do Rio de Janeiro sob as seguintes e *únicas* considerações:

“Como reconhecido pelo próprio Apelante, se constou da parte expositiva do pedido, não há necessidade de ser expressa em cada ponto a pretensão de indenização, no caso dos danos estético e moral, certo que a contemplação deles cumulada como feito na sentença, é atualmente indiscutível a possibilidade por norte jurisprudencial.

Quanto à insurgência da fixação em 100% da incapacidade laborativa do acidentado, decorrente da amputação e reimplante de sua mão direita, os minuciosos esclarecimentos do douto perito prestados às fls. 104/106, tornam-se indiscutíveis, aqui integrados eles, o que leva a ser a decisão recorrida inatacável em todos estes pontos, merecendo apenas ligeiro retoque quanto a contemplar na indenização, verba correspondente a férias, que seriam devidas pelo empregador, mas não pelo responsável pela reparação dos danos.” (fls. 147/148).

Rejeitados os aclaratórios, a Ré ingressou com recurso especial que foi parcialmente provido, por reconhecida violação ao art. 535 do Código de Processo Civil, para o fim de que fossem supridas as omissões referentes à alegada ilegalidade da inclusão do 13^a nas verbas indenizatórias.

Retornando o processo ao egrégio Tribunal local, e julgados os embargos de declaração, as omissões foram supridas com os seguintes fundamentos:

“Diante do comando emanado do v. aresto do egrégio STJ, é de ser dado provimento parcial aos presentes embargos de declaração, para suprir a omissão referente à questão da prática de ilegalidade, na inclusão do décimo terceiro salário nas verbas indenizatórias, alegada

pela Apelante, repelindo-se, porém, tal argüição. Mesmo inexistente prova dos exatos ganhos do Autor, jamais foi contestada a afirmação do mesmo de que, ao tempo do acidente que o vitimou, quando passageiro de coletivo da Embargante, era funcionário do jornal O Dia, que custeou o dispendioso tratamento do autor, através da Associação Ary de Carvalho (fls. 18 a 28 e 34), sendo, portanto, inegável o vínculo empregatício a ensejar a inclusão da aludida parcela do décimo terceiro salário.

No tocante ao grau de incapacidade, desassistete razão à Recorrente, uma vez que o sr. perito do Juízo prestou esclarecimentos, em duas oportunidades (fls. 80/81 e 104/106), referindo-se expressamente à Portaria n. 4, de 11.6.1959 (fl. 104), concluindo, após exame minucioso das lesões sofridas pelo Autor, por estimar a incapacidade em 100%, o que foi acolhido na sentença (fl. 126) e pela Câmara, que se pronunciou, de forma sintética, porém clara, a respeito da manutenção do aludido percentual (fl. 148), dentro do princípio da livre apreciação da prova (art. 131 do CPC).” (fls. 183/184).

Os novos aclaratórios foram rejeitados, com aplicação de multa de um por cento sobre o valor da causa, porque seriam protelatórios.

Daí o recurso especial em exame com base nas letras a e c do permissor constitucional por sugerida divergência com os julgados cujos breves trechos das ementas são transcritos e por alegada violação aos arts. 458, II; e 535, II, do Código de Processo Civil, pois o aresto seria omissivo por não ter apreciado a alegada violação aos arts. 269, I; 293 e 460 do Código de Processo Civil, também apontados como afrontados, isto porque a sentença seria **extra petita**, por incluir na condenação a verba correspondente ao 13^a que não teria sido pedida na inicial, bem como as verbas de danos moral e estético.

Alegou ainda violação ao art. 538, porque os segundos embargos não seriam protelatórios, ao art. 333, I, porque o Autor não teria se desincumbido da prova de seu direito, e ao art. 335, por ofensa às regras da experiência comum, quanto ao percentual da incapacidade.

Devidamente respondido, o recurso foi admitido na origem.

Era o de importante a relatar.

VOTO

O Sr. Ministro Cesar Asfor Rocha (Relator): 1. Não vislumbro nenhuma

ofensa ao art. 535, II, do Código de Processo Civil, pois no aresto não havia mais nenhuma omissão a ser suprida, pois o egrégio Tribunal afirmou que a inclusão na condenação das verbas correspondentes e dos danos moral e estético foram veiculadas na inicial.

2. Pelos mesmos fundamentos contidos no acórdão, reproduzidos no relatório, também não reconheço nenhuma afronta aos arts. 269, I; 293 e 460 do Código de Processo Civil.

É que a condenação na verba correspondente ao 13^a decorreu do fato de ser “inegável o vínculo empregatício a ensejar a inclusão da aludida parcela” (fl. 183), tendo sido correta a apreciação referente aos danos estético e moral, pois, “como reconhecido pelo próprio apelante, se constou da parte expositiva o pedido, não há necessidade de ser expressa em cada ponto da pretensão de indenização” (fls. 147/148).

3. Assim, não havia mesmo nenhuma omissão a ser suprida, por isso mesmo tenho por correto o entendimento de que os últimos embargos foram protelatórios, do que decorre a imposição da multa de um por cento sobre o valor da causa.

4. A pretensão da Recorrente no que seja atinente a se ter por violados o art. 333, I, porque o Autor não teria se desincumbido de provar o seu direito, e art. 335, por ofensa às regras da experiência comum, quanto ao percentual da incapacidade, encontra o intransponível empeco decorrente do Enunciado n. 7 da Súmula-STJ, segundo o qual “a pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial”, em vista de as instâncias ordinárias decidirem soberanamente sobre os fatos da causa.

5. Quanto à objeção em face da condenação em danos morais e estéticos, igualmente sem razão a Recorrente.

É lícita a cumulação dos dois mesmo quando derivados do mesmo fato, sendo possível a sua apuração em separado, quando forem inconfundíveis as suas causas, como na hipótese.

O juiz reconheceu que do acidente decorreram seqüelas psíquicas por si bastantes para reconhecer-se existente o dano moral; e a deformação sofrida em razão da mão do Autor ter sido traumáticamente amputada, por ação corto-contundente, quando do acidente, ainda que posteriormente reimplantada, foi reconhecida como dano estético.

Observo que a fixação do dano moral em setenta salários mínimos e do dano estético em trinta, está aquém dos parâmetros adotados nesta Turma a título de danos morais, na intensidade aqui percebida.

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

RECURSO ESPECIAL N. 225.679 – SE
(Registro n. 99.0070104-6)

Relator: Ministro Barros Monteiro
Recorrente: Panamericana de Seguros S/A
Advogados: José Ignácio Botelho de Mesquita e outro
Recorridos: Nelcy do Prado Martins e outro
Advogado: Waldemar Peixoto de Araújo

EMENTA: Execução – Embargos – Prazo para oferecimento – Termo inicial – Juntada da carta precatória.

– Quando os embargos tiverem de ser julgados pelo juízo deprecante, o prazo para sua apresentação começa a fluir da juntada da carta precatória aos autos da execução. Art. 738, I, do CPC.

Recurso especial conhecido e provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas, decide a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer do recurso e dar-lhe provimento, na forma do relatório e notas taquigráficas precedentes que integram o presente julgado. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Ruy Rosado de Aguiar, Aldir Passarinho Junior e Sálvio de Figueiredo Teixeira.

Brasília-DF, 11 de abril de 2000 (data do julgamento).

Ministro Ruy Rosado de Aguiar, Presidente.

Ministro Barros Monteiro, Relator.

Publicado no DJ de 26.6.2000.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Barros Monteiro: Panamericana de Seguros S/A ofereceu embargos à execução por título judicial que lhe é movida por Nelcy do Prado Martins e outra.

Julgados procedentes, em parte, os embargos em 1ª grau, o Tribunal

de Justiça de Sergipe, por unanimidade, deu provimento ao apelo dos Embargados, prejudicado o dos Embargantes, para considerar intempestivos os embargos opostos, em acórdão cujos fundamentos se resumem na seguinte ementa:

“Ação de embargos à execução. Prazo para interposição. Início da contagem.

– Para o exercício da ação de embargos do devedor, o prazo é contado a partir da intimação da penhora, e não da juntada da precatória aos autos. Entendimento **nemini** discrepante do STJ. Apelo dos Embargados provido. Apelo dos Embargantes prejudicado. Decisão unânime.” (fl. 243).

A Corte estadual recebeu os declaratórios para complementar a decisão, nestes termos:

“Quanto ao primeiro ponto, por óbvio que fora utilizado como espeque da decisão o art. 738, I, do CPC, já atualizado pela reforma, já que se levou em consideração não a data da intimação da penhora, e sim a data da sua juntada, consoante se observa no corpo do voto do Relator à fl. 244 dos autos, quando assim se expressa:

‘no processo de execução em apenso, especificamente às fls. 219 e 220, constam as intimações dos embargantes da penhora em 4.12.1995 e 6.12.1995. Nesta data foi intimada a Panamericana de Seguros S/A, e os respectivos termos foram juntados aos autos em 19.12.1995. Ora, em assim sendo, o seu prazo para embargos expirou em 29.12.1995, consoante edita a norma inserta no art. 738, I, do CPC.’

Entendo, também, que não era necessário aguardar o retorno da precatória aos autos, desde que já havia sido juntada prova bastante da intimação da penhora, qual seja, o auto respectivo, tendo por satisfeito o mandamento do artigo acima invocado, com a atualização da Lei n. 8.953/1994. A intempestividade dos embargos, portanto, é extrema de dúvidas.” (fl. 254).

Irresignada, a Embargante manifestou o presente recurso especial com arrimo na alínea a do permissor constitucional, apontando violação aos arts.

471, 516 e 738, I, do CPC. Sustentou que, nos casos em que a penhora e a intimação do devedor para embargar a execução se efetuar por precatória, contar-se-á o prazo da juntada da precatória aos autos da execução. De outro lado, de forma sucessiva e subsidiária argüiu a nulidade do acórdão por ter apreciado questão não sujeita à devolução, uma vez que já decidida anteriormente com trânsito em julgado.

Contra-arrazoado, o apelo extremo foi admitido, subindo os autos a esta Corte.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Barros Monteiro (Relator): 1. Não colhe a preliminar suscitada em contra-razões.

A ora recorrente, conforme procuração inserta à fl. 155 e v. dos autos da ação principal, em apenso, outorgou mandato, dentre outros, ao Dr. Marcelo Henrique Mayer, a quem foi conferido o poder de substabelecer com ou sem reservas. Com base nos poderes em que foi investido, o mencionado causídico substabeleceu-os à Dra. Simone Ayub Moregola (fl. 155v.). Ora, assim sendo, ostentando os mesmos poderes que o advogado substabelecete, a referida procuradora, à sua vez, substabeleceu-os ao ilustre patrono que subscreve o recurso especial interposto.

De outro lado, a extemporaneidade da apelação interposta pela Empresa-embargante constitui matéria cujo conhecimento não se acha devolvido à instância excepcional.

2. O acórdão recorrido, em sede de apelação, considerou que o prazo para o oferecimento dos embargos à execução se contava a partir da intimação da penhora e não a contar da juntada aos autos da carta precatória. Alertado o Tribunal, nos declaratórios opostos, acerca da nova redação do art. 738, I, do Código de Processo Civil, introduzida pela Lei n. 8.953/1994, modificou ele a motivação justificadora da invocada intempestividade dos embargos do devedor, qual seja, a de que o prazo fluíra da juntada dos termos de penhora aos autos da carta precatória, ocorrida em 19.12.1995.

Não é bem assim, porém, em face do novo texto dado pela aludida Lei n. 8.953, de 1994, ao art. 738, I, do CPC, **in verbis**:

“O devedor oferecerá os embargos no prazo de dez (10) dias, contados:

I – da juntada aos autos da prova da intimação da penhora;”

Ora, a juntada da prova da intimação da penhora não equivale à aneção dos termos de penhora aos autos da carta precatória expedida, mas sim da juntada da própria deprecada aos autos da execução em curso perante o juízo deprecante. Nesse sentido, por sinal, o escólio de **Theotônio Negrão**: “Se os embargos vão ser julgados no juízo deprecante, que é a hipótese mais comum, começa o prazo para sua oposição com a juntada da precatória, depois de cumprida, aos autos principais (art. 738, I, c.c. art. 241, IV)” (Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor, nota 3 ao art. 747, p. 752, 31ª ed.).

Tal como assinalado no comentário supra, o disposto no art. 738, I, da lei processual deve ser interpretado em consonância com a norma do art. 241, IV, do mesmo estatuto processual civil.

De tal opinião compartilha o processualista **Cândido Rangel Dinamarco**, para quem: “Agora, num movimento nitidamente liberalizante em prol da efetividade da defesa, a Lei n. 8.953, de 13 de dezembro de 1994, impôs radical guinada a essa orientação: o prazo para embargar a execução por dinheiro conta-se, tanto quanto o prazo para contestar no processo de conhecimento, ‘da juntada aos autos da prova da intimação da penhora’. Essa prova será o *aviso de recepção* trazido pelos Correios, ou a certidão de afixação e publicação do edital, ou o mandado cumprido pelo oficial de Justiça e trazido com certidão diretamente aos próprios autos da causa ou aos de eventual precatória – contando-se o prazo, nessa última hipótese, do dia em que juntada esta aos autos da execução” (A Reforma do Código de Processo Civil, p.p. 258/259, ed. 1995).

Essa também é a jurisprudência prevalecente nesta egrégia Turma, desde que havida a intimação posteriormente à data de vigência da citada Lei n. 8.953, de 13.12.1994 (cf. REspS n. 97.991-MG e 121.518-ES, Relator Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira; 142.883-RJ, por mim relatado, a **contrario sensu**).

Malferido restou, destarte, o art. 738, inc. I, do CPC, pois a empresa-devedora antecipou a apresentação de seus embargos, fazendo-a antes mesmo da juntada da carta precatória aos autos da execução.

3. Ante o exposto, conheço do recurso e dou-lhe provimento, a fim de

que, afastada a intempestividade dos embargos à execução, o colendo Tribunal de origem julgue as apelações como entender de direito.

É o meu voto.

RECURSO ESPECIAL N. 239.557 – SC

(Registro n. 99.0106562-3)

Relator: Ministro Ruy Rosado de Aguiar
Recorrentes: Lúcia Clades Rodrigues e outros
Advogados: José Luiz de Moura e outro
Recorrido: Banco Meridional do Brasil S/A
Advogados: Anacleto Canan e outros

EMENTA: Promessa de compra e venda – Embargos de terceiros – Hipoteca – SFH.

A garantia hipotecária do financiamento concedido pelo SFH para a construção de imóveis não atinge o terceiro adquirente da unidade.

Recurso conhecido e provido.

ACÓRDÃO

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

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

Ministro Ruy Rosado de Aguiar, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Ruy Rosado de Aguiar: Lúcia Clades Rodrigues, Luiz Gonzaga Bettega Sperandio e Itamar Paludo promovem, contra Banco Meridional do Brasil S/A, Markize Construtora Ltda, Lauri Paludo e s/m, Stella Maris Sarayva, César Paludo e s/m e Noely Cristina de Loyola Paludo, ação de embargos de terceiro para afastar o ato de penhora realizado na execução promovida pelo Banco contra a Empresa-construtora e outros, tendo por objeto as lojas 19, 21 e 34, subdivididas nos imóveis 30 e 31 do Centro Comercial Itajoara, adquiridas pelos Autores diretamente da segunda embargada, consoante provam os recibos de arras com promessa de compra e venda (docs. 4, 5 e 6). Tal empreendimento fora financiado pelo Banco Meridional do Brasil S/A, como agente financeiro do SFH (fls. 13, 17 e 22), tendo sido dado em garantia hipotecária o próprio imóvel (o terreno e o edifício a construir), o qual se destinava à comercialização ao público pelo sistema de incorporação imobiliária. Salientaram que, embora tenham efetivado o pagamento dos imóveis na sua totalidade, os bens encontram-se hipotecados ao Banco, para garantia da dívida constituída pelos demais embargados. Alegaram que a falta de registro da escritura pública não obsta a pretensão dos Autores, porquanto adquiriram e pagaram integralmente os valores contratados. Requereram, ao final, a concessão de “liminar para suspender as praças das unidades adquiridas, prosseguindo-se a execução somente com relação aos demais bens penhorados”.

Julgada improcedente a ação, os Embargantes apelaram, e a egrégia Primeira Câmara Civil do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, por votação unânime, negou provimento ao recurso, assim ementando o acórdão:

“Embargos de terceiro. Contratos. Compromisso de compra e venda. Condomínio. Incorporação. Hipoteca. Prova da posse.

Se o contrato de compromisso de compra e venda de unidade comercial ou residencial de prédio é posterior à hipoteca instituída pela incorporadora em favor do agente financeiro, o compromissário-comprador – que não detém a posse caso o prédio ainda esteja em construção – é carecedor da ação de embargos de terceiro, pois que reservados à defesa de direitos daqueles que se encontram na qualidade de ‘senhor e possuidor, ou apenas possuidor’ (CPC, art. 1.046, § 1^o).” (fl. 122).

Os Embargantes ingressaram com recurso especial, por ambas as alíneas, alegando afronta ao art. 1.046, § 1^a, do CPC, além de dissídio jurisprudencial. Esclarecem os Recorrentes que sempre detiveram a posse das unidades comerciais, pois estas estavam totalmente concluídas quando lhes foram entregues, o que não ocorreu com as unidades residenciais, ainda em construção. Sustentam que são senhores e possuidores das referidas lojas, “uma vez que sempre detiveram a posse mansa e pacífica das mesmas, tornando perfeitamente admissível a oposição de embargos de terceiro”. (fl. 132).

Com as contra-razões, o Tribunal de origem negou seguimento ao recurso especial, daí o Agravo de Instrumento n. 247.981-SC (autos apensos), que provi para melhor exame.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Ruy Rosado de Aguiar (Relator): Os Embargantes adquiriram, mediante contrato de promessa de compra e venda celebrado com a construtora, as lojas referidas na inicial; os dois primeiros autores pagaram à vista o preço integral e foram de logo imitados na posse das lojas, enquanto o terceiro pagou NCZ\$ 16.777,00, devendo ser financiada a quantia de NCZ\$ 13.829,00, com imissão na posse no dia da escritura definitiva.

A construtora recebera financiamento do Banco Meridional pelo Sistema Financeiro da Habitação para erguer o prédio, instituindo hipoteca sobre o terreno e o que viria a ser construído, cujas unidades seriam comercializadas. A construtora assumiu o compromisso de comunicar a comercialização ao Banco, que deveria figurar como interveniente anuente. No caso dos autos, a construtora descumpriu essa obrigação e celebrou contratos de promessa de compra e venda, recebendo o preço sem a participação do Banco. Agora, o Banco promove a execução e atinge também as unidades prometidas vender aos ora embargantes.

Em primeiro lugar, tenho que a ação de embargos de terceiros serve para a proteção dos direitos advindos do contrato de promessa de compra e venda, ainda que não registrado, quando o ato de penhora incide sobre o imóvel objeto da avença.

Em segundo, de modo diverso do que foi entendido pelo r. acórdão recorrido, a existência de anterior hipoteca instituída pelo construtor ou

incorporador em favor do banco que financiou a construção, não impede a defesa do direito dos adquirentes pelos embargos de terceiros, conforme já expus no voto proferido no REsp n. 187.940-SP, cuja fundamentação invoco:

“2. Versa o presente recurso sobre a possibilidade de execução de imóvel hipotecado ao agente financeiro (instituição de crédito imobiliário), em garantia de dívida da construtora ou incorporadora do edifício (devedora), já tendo sido o bem objeto de contrato de promessa de compra e venda celebrado com terceiro, que pagou integral ou parcialmente as suas prestações à promitente-vendedora, e que vem a sofrer a penhora do apartamento que adquiriu, na execução da hipoteca promovida pela instituição de crédito imobiliário por inadimplemento da construtora, devedora hipotecária.

A causa deve ser examinada e julgada nas circunstâncias do negócio realizado, tratando-se de aquisição de casa própria com financiamento concedido por instituição financeira à construtora ou incorporadora do prédio, com ou sem financiamento por agente financeiro aos adquirentes finais.

Desde logo fica definido que o negócio de financiamento e a venda das unidades habitacionais ocorreu no âmbito do Sistema Financeiro da Habitação, como se pode ver da cláusula 4ª do contrato de financiamento de Delfin S/A – Crédito Imobiliário, exequente, com a construtora Marcovena Ltda, onde é feita referência à vigência da legislação do BNH, e à cláusula 12, onde se afirma que o contrato está vinculado ao SFH.

Faço esse registro inicial porque é preciso definir que o financiamento concedido à Empresa-construtora tinha o fim único de permitir a construção de um prédio destinado à venda. Os terceiros adquirentes fariam o pagamento das suas prestações com recursos próprios diretamente à construtora, ou obteriam um financiamento pessoal junto à mesma ou a outra instituição financeira, hipótese em que tocaria a esta saldar o débito do promissário-comprador perante a construtora, ficando o imóvel hipotecado em favor da instituição que financiou o promissário-comprador, adquirente final (mutuário). Nessa situação, cabe ao financiador do prédio construído para ser alienado cobrar-se da construtora, sobre os bens dela, sua devedora, ou sobre os créditos dela em relação aos terceiros adquirentes.

Relembro algumas disposições legais sobre o Sistema Financeiro da Habitação:

a) em primeiro lugar, as sociedades de crédito imobiliário, como a Delfin S/A – Crédito Imobiliário, ora recorrida e autora do processo de execução, são órgãos integrantes do Sistema Financeiro da Habitação (art. 8º, III, da Lei n. 4.380/1964), submetidas à legislação específica;

b) em segundo lugar ‘as sociedades de crédito imobiliário somente poderão operar em financiamento para construção, venda ou aquisição de habitações mediante:

I – abertura de crédito a favor de empresários que promovam projetos de construção de habitações para venda a prazo;

II – abertura de crédito para a compra ou construção de casa própria com liquidação a prazo de crédito utilizado;

III – desconto, mediante cessão de direitos de receber a prazo preço da construção ou venda de habitação;

IV – outras modalidades de operações autorizadas pelo Banco Nacional de Habitação’. (art. 39 da Lei n. 4.380/1964);

c) em terceiro ‘os créditos abertos nos termos do artigo anterior pelas Caixas Econômicas, bem como pelas sociedades de crédito imobiliário, poderão ser garantidos pela caução, a cessão parcial ou a cessão fiduciária dos direitos decorrentes dos contratos de alienação das unidades habitacionais integrantes do projeto financiado.

§ 1º Nas aberturas de crédito garantidas pela caução referida neste artigo, vencido o contrato por inadimplemento da empresa financiada, o credor terá o direito de, independentemente de qualquer procedimento judicial e com preferência sobre todos os demais credores da empresa financiada, haver os créditos caucionados diretamente dos adquirentes das unidades habitacionais, até a final liquidação do crédito garantido.

§ 2º Na cessão parcial referida neste artigo, o credor é titular dos direitos cedidos na percentagem prevista no contrato, podendo, mediante comunicações ao adquirente da unidade habitacional, exigir, diretamente, o pagamento em cada prestação da sua percentagem nos direitos cedidos.’ (art. 22 da Lei n. 4.864/1965).

Atentos a essas características é que os pareceristas Profs. **Miguel Reale**, **Miguel Reale Jr.** e **Pedro Alberto do Amaral Dutra** assim descreveram a relação negocial do agente financeiro, do construtor e do adquirente:

‘A relação jurídica que o construtor estabelece, primeiro com o agente financeiro que lhe empresta recursos para a construção do imóvel e, a seguir, com os adquirentes finais aos quais vende as unidades habitacionais, é transitória – e assim sua presença no circuito negocial do SFH – porquanto satisfaz o construtor sua dívida com o agente financeiro ao ceder a este o crédito resultante da venda das unidades habitacionais, para cuja compra irão os adquirentes finais buscar financiamento junto ao mesmo agente financeiro.’

‘Os adquirentes finais tomam empréstimo junto às sociedades de crédito imobiliário – que vencerá correção monetária e juros – para compra a prazo dos imóveis do construtor, e este cede o crédito destas alienações à sociedade de crédito imobiliário, em quitação do empréstimo que com ela contraíra.’ (O Sistema Financeiro da Habitação, Estrutura, Dirigismo Contratual e a Responsabilidade do Estado, *in* A Atividade de Crédito Imobiliário e Poupança, Abecip, p. 11).

A hipoteca que o financiador da construtora instituir sobre o imóvel garante a dívida dela enquanto o bem permanecer na propriedade da devedora; havendo transferência, por escritura pública de compra e venda ou de promessa de compra e venda, o crédito da sociedade de crédito imobiliário passa a incidir sobre “os direitos decorrentes dos contratos de alienação das unidades habitacionais integrantes do projeto financiado” (art. 22 da Lei n. 4.864/1965), sendo ineficaz em relação ao terceiro adquirente a garantia hipotecária instituída pela construtora em favor do agente imobiliário que financiou o projeto. Assim foi estruturado o sistema e assim deve ser aplicado, especialmente para respeitar os interesses do terceiro adquirente de boa-fé, que cumpriu com todos os seus compromissos e não pode perder o bem que lisamente comprou e pagou em favor da instituição que, tendo financiado o projeto de construção, foi negligente na defesa do seu crédito perante a sua devedora, deixando de usar dos instrumentos próprios e adequados previstos na legislação específica desse negócio.

As regras gerais sobre a hipoteca não se aplicam no caso de edificações financiadas por agentes imobiliários integrantes do Sistema Financeiro da Habitação, porquanto estes sabem que as unidades a serem construídas serão alienadas a terceiros, que responderão apenas pela dívida que assumiram com o seu negócio, e não pela eventual

inadimplência da construtora. O mecanismo de defesa do financiador será o recebimento do que for devido pelo adquirente final, mas não a excussão da hipoteca, que não está permitida pelo sistema.

Tanto assim que o contrato firmado entre a Delfin S/A (mutuante) e a construtora (mutuária) dispôs especificamente sobre o modo pelo qual seriam transferidas as obrigações aos terceiros adquirentes, o qual é inconciliável com a execução da hipoteca contra os adquirentes:

– ‘Cláusula 18 – A mutuária liberar-se-á de suas obrigações junto à mutuante, no que pertine ao principal e encargos relativos ao financiamento, transferindo esse ônus, em proporção, aos adquirentes das unidades imobiliárias em construção, ou pagando, a qualquer tempo, tudo o que for devido à mesma mutuante.’

– ‘Cláusula 21 – Havendo alienações de unidades durante a fase de construção, a mutuária ficará obrigada a entregar à mutuante, juntamente com os respectivos contratos de compromisso de compra e venda, devidamente registrados em cartórios, os títulos representativos de parte de preço e relativos à poupança.

§ 1^a – Os títulos mencionados nesta cláusula ficarão com a mutuante, como garantia subsidiária do cumprimento da obrigação assumida pela mutuária, no que pertine à execução das obras financeiras.

§ 2^a – A mutuante, à proporção que for recebendo dos mutuários finais o valor dos títulos que lhe foram entregues, irá procedendo ao depósito das correspondentes importâncias em conta de DPL da mutuária.’

3. Ainda que não houvesse regra específica traçando esse modelo, não poderia ser diferente a solução. O princípio da boa-fé objetiva impõe ao financiador de edificação de unidades destinadas à venda apreciar-se para receber o seu crédito da sua devedora ou sobre os pagamentos a ela efetuados pelos terceiros adquirentes. O que se não lhe permite é assumir a cômoda posição de negligência na defesa dos seus interesses, sabendo que os imóveis estão sendo negociados e pagos por terceiros, sem tomar nenhuma medida capaz de satisfazer os seus interesses, para que tais pagamentos lhe sejam feitos e de impedir que o terceiro sofra a perda das prestações e do imóvel. O fato de

constar do registro a hipoteca da unidade edificada em favor do agente financiador da construtora não tem o efeito que se lhe procura atribuir, para atingir também o terceiro adquirente, pois que ninguém que tenha adquirido imóvel neste país, financiado pelo SFH, assumiu a responsabilidade de pagar a sua dívida e mais a dívida da construtora perante o seu financiador. Isso seria contra a natureza da coisa, colocando os milhares de adquirentes de imóveis, cujos projetos foram financiados pelo sistema, em situação absolutamente desfavorável, situação essa que a própria lei tratou claramente de eliminar. Além disso, consagraria abuso de direito em favor do financiador que deixa de lado os mecanismos que a lei lhe alcançou, para instituir sobre o imóvel – que possivelmente nem existia ao tempo do seu contrato, e que estava destinado a ser transferido a terceiro, – uma garantia hipotecária pela dívida da sua devedora, mas que produziria necessariamente efeitos sobre o terceiro.

No comum dos negócios, a existência de hipoteca sobre o bem objeto do contrato de promessa de compra e venda é fator determinante da fixação e abatimento do preço de venda, pois o adquirente sabe que a presença do direito real lhe acarreta a responsabilidade pelo pagamento da dívida. Não é assim no negócio imobiliário de aquisição da casa própria de edificação financiada por instituição de crédito imobiliário, pois que nesta o valor da dívida garantida pela hipoteca não é abatido do valor do bem, que é vendido pelo seu valor real, sendo o seu preço pago normalmente mediante a obtenção de um financiamento concedido ao adquirente final, este sim garantido com hipoteca pela qual o adquirente se responsabilizou, pois essa é a sua dívida.

Das três personagens que participaram do negócio, dois com intuito de lucro (portanto, correndo riscos) e um com o propósito de adquirir a casa própria, os dois primeiros negligentes e inadimplentes, – o primeiro por escolher mal o seu financiado e por deixar de adotar as medidas permitidas na lei para receber o seu crédito sem causar prejuízo a terceiros, o segundo por não pagar o financiamento recebido, – somente correu o risco e perdeu o terceiro, que adquiriu e pagou.

Inteiramente aplicável a observação feita por **Fernando Noronha** ao examinar o tema à luz do princípio da boa-fé objetiva:

‘Na verdade, credor e agente financeiro sabem que são as

prestações que forem sendo pagas pelos adquirentes que assegurarão o reembolso do financiamento concedido. Portanto, se a empresa interrompe os pagamentos devidos, o agente financeiro deveria reconhecer a eficácia, em relação a si, dos pagamentos anteriores feitos pelos adquirentes e, para garantir direitos futuros, deveria notificar estes para que passassem a depositar as prestações subseqüentes, sob pena de se sujeitarem aos efeitos da hipoteca assumida pelo incorporador.' (O Direito dos Contratos e seus Princípios Fundamentais, Ed. Saraiva, 1994, p.p. 182/183).

4. A situação dos autos foi assim apreciada na r. sentença de lavra da Dra. Lília Lúcia Venosa:

‘Quanto ao mérito, como bem ponderam os Embargantes, há manifesto abuso de direito da Embargada em penhorar a unidade autônoma construída com recursos obtidos pela mutuária-executada, em decorrência da inadimplência desta, já que é ela, Embargada, quem agiu negligentemente, ao ter permitido a venda das unidades autônomas, bem como deixado de notificar os adquirentes a lhe pagarem diretamente as prestações pagas à construtora-mutuária.

Ora, não se pode impingir aos adquirentes a responsabilidade por débito da construtora quando o agente financiador concorreu indiretamente com a sua ocorrência, em conseqüência de sua má administração, que resultou inclusive em sua liquidação, amplamente noticiada no País.

Com efeito, celebraram os Embargantes típico contrato de adesão, em que não cabe discussão acerca das cláusulas nele dispostas. Enquanto o adquirente paga, não sem prolongado sacrifício, as prestações de sua casa própria, a construtora-mutuária, muitas vezes, deixa de cumprir o contrato de mútuo, sem que sobre ela recaiam as conseqüências jurídicas de tal inadimplemento, já que sobre as unidades autônomas pesa o ônus da hipoteca a garantir tal contrato. E ao invés de a mutuante, sabedora da situação financeira da mutuária, providenciar a intimação dos adquirentes para que lhe paguem diretamente as prestações do preço da unidade autônoma, mantém-se inerte até que o débito lhe permita a constrição das unidades hipotecadas, deparando-se o adquirente, de um dia para outro, sem concorrer com qualquer

ato de inadimplência, com um ato constrictivo que poderá levá-lo a perder o imóvel onde reside, bem como as prestações pagas ao longo, quiçá, de toda sua vida laboral.

A tal situação deve se pôr um termo e vem sendo alterada pela jurisprudência dos nossos tribunais, com temperança à letra fria da lei, como nos espelham os arestos colacionados pelos Embargantes, em especial o aresto de lavra do eminente Relator Celso Pinheiro Franco, carreado aos autos às fls. 83/84, em cujo voto rico em fundamentos acolhe a pretensão dos adquirentes em caso semelhante.

Ora, sendo o contrato de mútuo, por sua natureza, eminentemente **intuitu personae**, era obrigação da Embargada ter pleno conhecimento das condições financeiras da construtora-mutuária ao longo da relação negocial, cabendo-lhe acautelar-se quando se iniciou o inadimplemento por parte desta, intimando os adquirentes a lhe pagar diretamente o que vinham pagando àquela, mormente em se tratando de Sociedade de Crédito Imobiliário criada para viabilizar a política nacional de habitação e planejamento territorial, que visa a facilitar e promover a construção e a aquisição da casa própria.

Apesar de ter sido constituído o ônus hipotecário antes de os Embargantes adquirirem a unidade autônoma penhorada, contratando cientes do mesmo, o que se deve perquirir é se houve liberdade de contratar por parte dos adquirentes, ou seja, se aquiesceram, mediante livre manifestação de vontade, na constituição de tal ônus.

Ora, a liberdade de contratar não se verificou no caso vertente, à evidência, pois é fato incontroverso que a aquisição de casa própria pelo Sistema Financeiro da Habitação se dá através de contratos com cláusulas preestabelecidas, regulamentadas pelo Governo Federal.

Assim sendo, contrataram sem efetivamente querer onerar sua unidade autônoma e garantir, com ela, dívida de outrem. Tal fato é crucial para vislumbrar-nos a dimensão da situação inferior em que é colocado o adquirente da casa própria em face do nosso ordenamento jurídico, no qual todas as regalias, garantias e abusos são concedidos aos detentores do capital, mesmo considerando-se que a Embargada está sujeita às normas do Sistema

Financeiro da Habitação, instituído precipuamente para atender aos reclamos habitacionais da população mais carente.

Como conceitua **Saleilles**, in *De La Personalité Juridique*, lição XXII, p. 547, o abuso de direito é o corretivo indispensável ao exercício do direito subjetivo, de forma a conciliar os direitos da comunidade e os do indivíduo.

Alvino Lima, por seu turno, com maestria escreve, in *Culpa e Risco*: ‘O maior prejuízo social constitui, pois, o critério fixador do ato abusivo, no caso do abuso de direito, causando danos a terceiros, num erro de conduta imputável moralmente ao agente, mas no exercício de um direito causador de um dano socialmente mais apreciável. A responsabilidade surge, justamente, porque a proteção do exercício deste direito é menos útil socialmente do que a reparação do dano causado pelo titular deste mesmo direito...’ E ainda: ‘Distinguem-se, pois, as esferas do ato ilícito e do abusivo, ambos geradores de responsabilidade; naquele transgridem-se os limites objetivos traçados pela própria lei, negando-se ou excedendo-se ao direito; no ato abusivo, há obediência apenas aos limites objetivos do preceito legal, mas fere-se ostensivamente a destinação do direito e o espírito da instituição’.

Portanto, no caso vertente, não se pode cerrar os olhos à importante questão social posta em julgamento. Em momento algum foi noticiado aos Embargantes o inadimplemento da construtora, cuja obrigação por ela contraída junto à Embargada garantiam com suas unidades, a fim de que alguma providência pudessem tomar para evitar o lesivo ato construtivo ora **sub judice**.’ (fls. 411/414).

5. Ainda considero que a financiadora instituiu a construtora sua mandatária, a evidenciar que apenas desta tem a receber, conforme ficou bem evidenciado no voto do eminente Dr. Remolo Palermo, quando do julgamento da apelação:

‘Com efeito, examinando-se o contrato de ‘mútuo’ e garantia hipotecária, de fls. 110/123, verifica-se que a financiadora instituiu como sua mandatária a Construtora Marcovena S/A, que depois foi adquirida pela ‘Unimov’, que incorporou a obra, podendo compromissar as vendas e receber o preço das unidades para repasse em seguida.

É o que se vê das cláusulas 20 a 22 do contrato de financiamento, às fls. 118/119 dos autos, sendo certo que, no caso, em não tendo havido o repasse dos créditos pela mutuária à mutuante, os adquirentes por tal descumprimento não podem responder com suas unidades porque integrariam elas a garantia hipotecária.

Assim, face aos termos do contrato a mutuante, em verificando a inadimplência da mutuária e sabedora das vendas, deveria notificar os compromissários para que passassem a pagar seus débitos diretamente em seus escritórios. E não simplesmente aguardar os débitos se avolumarem para, escudando-se na garantia hipotecária, executar os adquirentes, que não foram inadimplentes, que cumpriram com seus compromissos e que se encontram na posse direta dos imóveis.

Portanto, a execução da mutuária, no caso, não pode prejudicar os direitos dos compradores, eis que não se houveram com culpa, sendo que o mesmo não se pode afirmar em relação à Embargada.' (fls. 510/511).

6. Por fim, refiro que esta egrégia Quarta Turma já apreciou situação assemelhada, quando do julgamento do REsp n. 78.459-RJ, e assim decidiu:

‘Embargos de terceiro. Promessa de compra e venda. Execução hipotecária. Imóvel financiado pelo SFH.

O promissário-comprador que adquire imóvel financiado pelo SFH e emite notas promissórias em favor da construtora, que as cede fiduciariamente ao agente financeiro, tem ação de embargos de terceiro contra a penhora do seu apartamento, efetuada na execução promovida pela financeira, ou por quem o substituiu, contra a construtora e promitente-vendedora, pois a sua responsabilidade se limita ao pagamento do seu débito, que pode ser executado diretamente contra ele pela credora que recebeu os títulos em cessão fiduciária.

Recurso conhecido e provido.’

7. Posto isso, conheço do recurso, por ofensa aos dispositivos legais acima citados e dou-lhe provimento para restabelecer a r. sentença.”

No mesmo sentido, já havia decidido a egrégia Primeira Câmara Civil do TJSC, com voto do eminente Desembargador Carlos Prudêncio, transcrito nos autos:

“Se o compromisso de compra e venda, assim como a imissão de posse de terceiros sobre imóveis adquiridos junto à construtora, ocorre antes da propositura da execucional hipotecária em cujo seio se dá a constrição judicial ensejadora dos embargos, a procedência destes é inarredável. Não se pode esquecer, nestes casos, os direitos dos terceiros de boa-fé frente à hipoteca, que deveria ter atingido apenas a construtora, mas que veio abarcar os compradores que cumpriram fielmente suas obrigações.

Outrossim, nesses tipos de empreendimentos, o preço dos imóveis é pago diretamente à construtora, sendo que esta é quem repassa os pagamentos ao credor hipotecário. Ora, se a mesma não repassa ditos valores, seja por qualquer motivo, o possível direito de seqüela do credor hipotecário não opera, dada a excepcionalidade desses negócios. Cumprindo os terceiros adquirentes com suas obrigações, estão a salvo da constrição judicial proposta pela entidade bancária.” (fl. 125).

O r. acórdão recorrido indeferiu a pretensão dos Embargantes porque teriam celebrado o negócio depois de instituída a hipoteca, mas isso não é motivo impeditivo para a persistência do direito do terceiro, pois o financiamento é normalmente concedido antes ou no início da construção, com a concomitante instituição da garantia. Ocorre que, com a comercialização, a obrigação do adquirente é a de cumprir com a sua prestação, sobre a qual incide o interesse do financiador em se ressarcir do financiamento concedido, tanto que deveria ter atuado como interveniente; se isso não aconteceu, o descumprimento é da construtora e do próprio banco, que não fiscalizaram de modo adequado o cumprimento do contrato.

Também é afirmado que os Embargantes não exerciam a posse do imóvel. Ainda que aceita essa assertiva (decorrente do fato de que o prédio não estava construído, o que significaria a inexistência da penhora), não há razão para excluir do âmbito da defesa nos embargos de terceiros o direito que lhes decorre do contrato de compra e venda, segundo o qual pelo menos os dois primeiros autores pagaram a integralidade do preço e foram imitados na posse.

Sobre o uso dos embargos para a defesa de outros direitos, já assim me manifestei:

“**Pontes de Miranda** critica acerbadamente o novo Código de Processo Civil por não repetir o diploma de 1939, que autorizava embargos para a defesa da posse ou direito (art. 707, CPC de 1939). Segundo ele, seria involução grave excluir da proteção dos embargos o direito de crédito, ou direito pessoal, ou o próprio à posse, depois da lenta evolução do instituto, desde o velho Direito português. Por isso, preconiza esforço de interpretação para aplicação das normas do Código em vigor no sentido de ampliar a sua incidência, a fim de não derruir o que foi lentamente conquistado. Sustenta que a ‘posse’ a que se refere o art. 1.046 deve ser entendida em sentido amplíssimo, abarcando todo e qualquer direito, independentemente de sua natureza, que possa ser atingido por ato judicial. ‘Fazer dos embargos de terceiro ação relativa à propriedade ou à posse é deturpá-la’. Cita dois casos em que a necessidade dos embargos transparece de forma irretorquível: direito de crédito de terceiro, indevidamente arrolado pelo inventariante; o direito pessoal do pai que se dispõe a obter a guarda do menor, que o juiz deposita em mãos de outrem. Parece, realmente, que a limitação do instituto à propriedade, à posse e à garantia de direito real, enumerados na lei, apequena o instituto, desvirtuando-o de sua finalidade e deixando-o sem remédio rápido direitos que o sistema jurídico deve igualmente garantir ou proteger. A norma processual que regula os instrumentos de amparo aos direitos materiais reconhecidos na legislação civil deve ser entendida e aplicada de tal forma que não se chegue ao ponto de negar sua própria finalidade, deixando fora do âmbito protetivo das ações mais expeditas algumas situações que ali deveriam estar, por exigência do desenvolvimento histórico do nosso Direito, ou da própria lógica. Esse defeito pode ser evitado através de interpretação extensiva, cabível no caso. Aliás, tratando-se de embargos de terceiro, não é nova a necessidade de construir um instituto mais consentâneo com a realidade e as exigências da Justiça: quando a lei processual concedia a ação impugnativa apenas ao senhor e possuidor, a jurisprudência estendeu-a ao simples possuidor, estabelecendo um princípio de ordem geral: ‘Consideram-se relevantes todos os embargos que se calcam nos termos da lei ou que se adaptam, em tese, à respectiva letra’. (RT, vol. 636, outubro de 1988, p. 19).”

Posto isso, conheço do recurso por ofensa ao disposto no art. 1.046 do CPC e dou-lhe provimento para julgar procedentes os embargos, com inversão dos ônus da sucumbência.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 248.135 – SP

(Registro n. 2000.0012732-9)

Relator: Ministro Ruy Rosado de Aguiar
Recorrente: Caio Ferreira (espólio)
Advogada: Juliana Pinheiro Christino Netto
Recorrido: Consórcio Nacional Volkswagen Ltda
Advogados: Gudrun Damm Beltramo e outros

EMENTA: Consórcio – Morte do consorciado – Seguro – Doença preexistente – Legitimidade passiva da administradora.

– A administradora que assegura ao consorciado a liberação do veículo em caso de morte tem a obrigação de cumprir com tal prestação. O fato de não ter cobrado a indenização da seguradora não a exonera da responsabilidade, sendo por isso parte legítima para responder à ação na qual os herdeiros lhe exigem a liberação.

– A administradora não se beneficia com a omissão do consorciado que, no contrato de adesão, deixou de declarar doença preexistente, se não demonstrada a má-fé desse comportamento.

– Recurso conhecido e provido para o fim de julgar procedente a ação.

ACÓRDÃO

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

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

Ministro Ruy Rosado de Aguiar, Presidente e Relator.

Publicado no DJ de 19.6.2000.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Ruy Rosado de Aguiar: O espólio de Caio Ferreira ajuizou ação ordinária de obrigação de fazer contra Consórcio Nacional Volkswagen Ltda e disse que o **de cujus**, para a aquisição de automóvel Volkswagen, firmara contrato de adesão a grupo de consórcio, com cláusula que incluía o pagamento de valor referente a prêmio de seguro de vida e de seguro de quebra de garantia, que veio a ser contratado com a Itaú Seguros. Depois de sorteado, Caio Ferreira veio a falecer, sendo uma das causas a diabetes. Requereu o seu espólio à administradora a liberação do veículo, o que lhe foi negado sob a alegação de que, nos termos do contrato, não estaria coberta a morte causada por doença preexistente.

O magistrado admitiu a legitimidade da administradora, mas julgou improcedente o pedido, considerando que, por ser o falecido portador de diabetes anteriormente à celebração do contrato de seguro, e em virtude da existência de cláusula contratual que excluía a cobertura no caso de doença preexistente, era incabível a pretensão do Autor.

Interposta apelação, negou provimento a tal recurso o egrégio 1^a Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo:

“Seguro de vida. Segurado portador de diabetes. Doença contraída anteriormente à contratação. Morte em decorrência, também, desse mal. Cláusula contratual excluindo a cobertura nessa hipótese. Ausência de exigência de realização de exame médico. Irrelevância. Ação improcedente. Recurso improvido.” (fl. 104).

Colhe-se do voto do eminente Relator do processo no Tribunal de origem:

“Outrossim, ciente o consorciado da própria doença (fl. 25), não poderia ignorar as consequências da referida cláusula.

Não é razoável dizer que a Apelada teria agido de má-fé. Ora, se não houve exigência de realização de exame médico, levou-se em conta

a exclusão, desde o primeiro momento, de toda ‘doença contraída anteriormente à presente contratação’ (n. 16, fl. 16 v.), sendo que, repita-se, o consorciado falecido tinha conhecimento de ser portador do mal há mais de quinze anos (fl. 25).” (fl. 106).

Rejeitados embargos declaratórios, interpôs o Autor recurso especial, alínea c, por entender que o acórdão recorrido consagra entendimento diverso do adotado pelo TAMG e pelo TAPR, em casos semelhantes. Sustenta, pois, que a doença preexistente do falecido não constitui fator impeditivo ao recebimento da indenização e conseqüente liberação do veículo, visto que o mesmo aderira ao contrato, sem que lhe tivesse sido exigido exame médico. Ademais, o Recorrido não provou, no curso do processo, a má-fé do consorciado.

Sem as contra-razões, e inadmitido o recurso na origem, subiram os autos, em virtude de provimento ao Agravo n. 258.225.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Ruy Rosado de Aguiar (Relator): Tenho por demonstrada a divergência sobre questão reiteradamente examinada neste Tribunal, estando bem nítida a diferença entre os julgados, que examinaram situações assemelhadas.

O Superior Tribunal de Justiça, por suas duas Turmas de Direito Privado, tem entendido que “se a seguradora aceita a proposta de adesão, mesmo quando o segurado não fornece informações sobre o seu estado de saúde, assume riscos do negócio. Não pode, por essa razão, ocorrendo o sinistro, recusar-se a indenizar” (REsp n. 198.015-GO, Terceira Turma, Relator Ministro Eduardo Ribeiro). Seguindo a mesma orientação, decidiu-se nesta Quarta Turma: “A empresa que explora plano de seguro-saúde e recebe contribuições de associado sem submetê-lo a exame, não pode escusar-se do pagamento da sua contraprestação, alegando omissão nas informações do segurado” (REsp n. 229.078-SP). Na verdade, a escusa somente pode ocorrer quando demonstrada a má-fé do segurado que, tendo inteiro conhecimento da letalidade da doença, contrata o seguro omitindo a informação que poderia fornecer. O r. acórdão, todavia, inverteu essa interpretação para exigir prova da má-fé da Ré, à falta do que julgou improcedente a ação, quando a improcedência somente poderia ser reconhecida se provada pela Ré a má-fé do Autor.

Assim, diante da divergência entre o r. julgado e os paradigmas, estou em conhecer do recurso e dar-lhe provimento, para julgar procedente a ação e liberar o veículo sorteado ao autor do espólio.

A questão da legitimidade da Ré foi julgada pela sentença, sem que contra isso tenha ela se insurgido; sequer abordou o tema nas suas contrarrazões de apelação, limitando-se ao exame do mérito (“Dita apólice de seguro é de clareza meridiana quanto às obrigações assumidas pela seguradora no sentido de não indenizar quando o falecimento ocorre por doença preexistente”, fl. 91), nem no presente recurso especial, que não impugnou. A matéria, portanto, está vencida.

De qualquer forma, a administradora figurava como beneficiária do seguro, daí a sua obrigação de, “ocorrendo o óbito de consorciado contemplado, liberar o veículo da alienação fiduciária que o grava, desde que satisfeitos os eventuais débitos anteriores à data do óbito”, como consta do documento de fl. 28, não impugnado. Essa obrigação é que está sendo exigida na ação, assim como formulada na pretensão inicial.

Sob um outro aspecto, observo que, em precedente anterior, esta Turma reconheceu a legitimidade passiva da seguradora para responder à ação promovida pelo espólio, para que efetuasse o pagamento da indenização à administradora, e assim, finalmente, liberar o veículo já entregue (REsp n. 207.176-SP). A credora da indenização é a administradora, que a recebe para quitação das prestações devidas a partir do óbito, e liberação do bem. Porém, a administradora que não age na cobrança do seguro e se omite na defesa do interesse que não é apenas seu, mas também o é dos herdeiros do consorciado falecido, descumpra o seu dever de administrar o grupo de consórcio e por isso também tem a responsabilidade de indenizar os prejudicados pelos danos decorrentes de sua negligência. Não é razoável que a companhia administradora, depois de contratar o seguro e inserir na prestação mensal a parcela correspondente ao prêmio, venha simplesmente a se omitir na cobrança da indenização, uma vez ocorrendo o sinistro, passando a exigir dos herdeiros o pagamento das prestações como se nada tivesse acontecido, desconhecendo a existência do contrato do seguro, cujo prêmio cobrou e no qual figura como beneficiária exatamente para a cobertura desses pagamentos em situação tal. O mesmo argumento também serve para que se reconheça a legitimidade da administradora para responder à ação na qual se exige a liberação do bem objeto do consórcio, após o sinistro.

Por tais fundamentos, e pela peculiaridade com que foi posta a relação

processual, tenho que deve ser reconhecida, no caso dos autos, a obrigação de a administradora liberar o veículo, ressalvado o seu direito de cobrar o que lhe for devido pela seguradora em razão do contrato em que figura como estipulante e beneficiária.

Também tem a obrigação de restituir o que recebeu após o óbito, corrigido desde o pagamento e com juros legais desde a citação, pois tais pagamentos eram indevidos.

Assim, conheço do recurso, pela alínea c, e dou-lhe provimento para julgar procedente a ação, condenada a Ré à liberação do veículo e à devolução das importâncias recebidas depois do óbito do consorciado, às custas do processo e aos honorários advocatícios, que arbitro em 15% sobre o valor corrigido das prestações que fluíam após o óbito até o final do plano.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 249.382 – RS

(Registro n. 2000.0017662-1)

Relator: Ministro Ruy Rosado de Aguiar
Recorrentes: Abrelina Pereira de Lima e outros
Advogados: Herton Luís Muhlbeier e outro
Recorrido: Ilson Augusto Damm
Advogado: Jorge Luiz Wachter

EMENTA: Mandato – Juros – Termo inicial.

Os juros devidos pelo mandatário que desvia o numerário devido ao mandante fluem desde a data do abuso, e não da interpelação ou da citação. Art. 1.303 do Código Civil.

Recurso conhecido e provido.

ACÓRDÃO

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

dar-lhe provimento. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Aldir Passarinho Junior, Sálvio de Figueiredo Teixeira, Barros Monteiro e Cesar Asfor Rocha.

Brasília-DF, 18 de maio de 2000 (data do julgamento).

Ministro Ruy Rosado de Aguiar, Presidente e Relator.

Publicado no DJ de 26.6.2000.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Ruy Rosado de Aguiar: Abrelina Pereira de Lima, Eva Edite de Almeida, Leandrina Lima dos Santos, Altamiro dos Santos, Irondina Godois de Lima, Dorvalina Lima Cezar e Pedro Aquiles Maciel Cezar ajuizaram ação de prestação de contas contra Ison Augusto Damm. Alegaram os Autores que Otaviano Vítor de Lima e Cândida Pereira de Lima, falecidos, dos quais são filhos, genros e nora, outorgaram procuração ao Réu para a cessão dos direitos que Otaviano possuía em razão da morte de seus pais, João José de Lima e Generosa Maria de Lima. O Réu, por sua vez, após a cessão dos mencionados direitos a Antônio Ianovich, deixou de prestar contas dos valores recebidos, nada transferindo aos Autores. Assim, pediram a condenação do Réu a prestar contas, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas, sob pena de não lhe ser lícito impugnar as contas por eles apresentadas.

Em virtude de acordo celebrado em audiência, comprometeu-se o Réu a prestar as contas exigidas. Este, no entanto, apresentou contas negativas. Impugnadas estas pelos Autores, o magistrado a final julgou procedente o pedido, condenando o Réu a pagar quantia referente à cessão realizada (Cr\$ 20.000,00), corrigida monetariamente a partir da efetivação de tal negócio e acrescida de juros, contados desde a citação.

Apelaram os Autores e o Réu, este pedindo a reforma integral da decisão, aqueles alegando que os juros deveriam incidir a partir do momento em que o mandatário recebeu a quantia relativa ao negócio efetuado, deixando de repassá-la aos mandantes.

A egrégia Sexta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul negou provimento aos apelos:

“Ação de prestação de contas. Contrato de mandato. Sentença da

primeira fase substituída por acordo devidamente homologado. Contas não prestadas pelo réu. Sentença da segunda fase. **Quantum** não impugnado no recurso. Juros de mora em relação ao valor devido pelo mandatário. Termo inicial. Interpretação do artigo 1.303 do CCB. Necessidade de constituição em mora. Lição doutrinária. Apelos não providos.” (fl. 116).

A ilustre Desembargadora Helena Cunha Vieira, Relatora da apelação, fundamentou seu doto voto na seguinte lição de **Carvalho Santos** (Código Civil Brasileiro Interpretado, 1937, v. XVIII, p.p. 258/259):

“Há quem sustente e algumas legislações admitem que, na hipótese de retenção do dinheiro que deveria ser entregue ao mandante, o mandatário só responderá pelos juros depois de constituído em mora.

O nosso código é omissivo a respeito, devendo, por isso mesmo, prevalecer a regra geral, que nos levará a idêntica conclusão.

Quer dizer: para serem devidos os juros, será preciso que o mandante interpele o mandatário, de acordo com os princípios do direito comum, a não ser que o mandante, ao outorgar a procuração, lhe haja fixado prazo para remessa, com o qual o mandatário concordara, pois neste caso, havendo prazo fixado, desde logo o mandatário ficará constituído em mora: **dies interpellat pro homine** (cf. **Cunha Gonçalves**, ob. cit., n. 1.022; **Baudry-wahl**, ob. cit., n. 685).” (fl. 120).

Irresignados, os Autores interpuseram recurso especial, alíneas **a** e **c**, alegando ofensa ao artigo 1.303 do Código Civil, bem como divergência jurisprudencial. Sustentam que deve ser aplicado ao caso a norma específica, qual seja, o artigo 1.303 do CC; a interpelação, para constituir em mora o mandatário, seria desnecessária, haja vista que o supracitado dispositivo de lei fixara este marco ao explicitar que o mandatário pagará juros “desde o momento em que abusou”; o mandatário, ao deixar de repassar o valor recebido ao mandante, teria cometido um ato ilícito; destarte, em conformidade com o artigo 962 do Código Civil, dever-se-á considerá-lo em mora desde a prática de tal conduta, daí fluindo os juros. Alegam ser isolado o posicionamento doutrinário embaixador do acórdão em questão, trazendo aos autos as lições de vários doutrinadores em sentido oposto. Ademais, colacionam julgados que consagram entendimento diverso do adotado no aresto recorrido.

Não apresentadas as contra-razões, foi o recurso admitido na origem, somente quanto à alínea **a**, vindo-me os autos.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Ruy Rosado de Aguiar (Relator): Cuida-se de definir o termo inicial para a contagem dos juros da dívida do mandatário que deixa de repassar ao mandante o numerário que recebeu em razão do mandato.

Não encontrei precedentes neste Tribunal, mas no egrégio Supremo Tribunal, em duas oportunidades, houve manifestação no sentido de que os juros fluem desde a data em que deixou de haver o repasse, nos precisos termos do art. 1.303 do Código Civil: “pelas somas que devia entregar ao mandante, ou receber para despesas, mas empregou em provento seu, pagará, o mandatário, juros, desde o momento em que abusou”.

Em acórdão de 25.10.1929, ficou decidido:

“Os juros devem contar-se, não da interpelação judicial, segundo a regra mencionada, mas do dia em que o réu recebeu o produto da venda das apólices e deixou de levá-lo à conta-corrente que mantinha com José Maria de Araújo Gomes.

A razão é que, nesta hipótese particular, deixa de vigorar a referida regra, para aplicar-se a exceção do art. 180 do Código Comercial, o qual reza: ‘O comissário que distrair do destino ordenado os fundos do seu comitente, responderá pelos juros a datar do dia em que recebeu os mesmos fundos’.

Esse artigo da comissão mercantil aplica-se ao mandato, **ex vi** do dispositivo expresso do art. 164 do Código Comercial: ‘As disposições do Título VII – da Comissão Mercantil – arts. 167, 168, 169, 170, 175, 180, 181, 182, 183, 184, 185, 187, 188, são aplicáveis ao mandato mercantil’.

Será esta a solução, se, argumentando-se com a opinião de **T. de Freitas**, na nota 1 ao art. 456 da Consolidação, se considerar o mandato em lide como comercial, por ser comerciante o mandatário e se haver convencionado entre ele e o mandatário o contrato de conta-corrente comercial, a que a Autora e o Réu se referem.

Se, porém, dito mandato for considerado civil, como parece que o é, não variará a solução, atento o art. 1.303 do Código Civil:

‘Pelos somas que devia entregar ao mandante, mas empregou em proveito seu, pagará o mandatário juros desde o momento em que abusou.’

Esse artigo 1.303 reproduz o nosso Direito anterior, como o atestam **Clóvis** (Código Civil, v. 5^a, p. 48); **João Luiz Alves** (Código Civil, 2^a ed., p. 933) e **Vieira Ferreira** (Código Civil, p. 561).

Eis, na realidade, o dispositivo do art. 626 do Digesto Portuguez, v. 3^a:

‘Se o mandatário empregar em seu uso o dinheiro do mandante, deve pagar-lhe juro desde a data do emprego.’ (Ap. Cív. n. 4.208, Rel. Min. E. Lins, na Rev. de Jur. Brasileira, v. V, p. 470).”

Mais recentemente, no RE n. 14.496, julgado em 12.11.1956, Primeira Turma, Relator o eminente Min. Luís Galotti, assim ficou ementado o acórdão:

“Ação de prestação de contas. Juros, desde o momento em que o mandatário abusou. Art. 1.303 do Código Civil. A segunda fase da ação de prestação de contas e prosseguimento da primeira, mas não se trata ainda de execução.”

Isso porque o nosso Direito tem regra especial para o caso da mora do mandatário que embolsa os valores que não são dele, mas do mandante, praticando, com o desvio, ato ilícito que deve ser reparado mediante o pagamento dos juros contados desde então. Uma das razões para tanto, – além da conveniência de fortalecer o princípio da confiança, ínsita neste tipo de contrato –, está no fato de normalmente ser apenas o mandatário quem sabe o momento do surgimento da sua obrigação de transferir ao mandante as vantagens provenientes do mandato.

Com o respeito que se deve ter para com a opinião de **Carvalho Santos**, a verdade é que a doutrina predominante favorece a tese dos Recorrentes:

“Os interesses começam a fluir desde que o mandatário inverteu o dinheiro, ou outro bem que pertença ao mutuante, e não desde a interpelação judicial, à parte ou incluída na citação judicial (Quinta Câmara Cível do Tribunal de Apelação do Distrito Federal, 13 de janeiro de 1942, A. J., 62, 351; 2ª Grupo de Câmaras Cíveis do Tribunal de Justiça de São Paulo, 7 de outubro de 1948, R. dos T., 177, 607).” (**Pontes de Miranda**, Tratado de Direito Privado, Parte Especial, Tomo XLIII, p. 50).

O Prof. **Caio Mário** fornece explicação fundada na natureza da obrigação do mandatário:

“Pelas quantias recebidas para despesas ou pelas que pertencerem ao mandante, e empregar em proveito próprio, pagará o procurador juros desde o momento em que as utilizar, independentemente de interpelação, pois que é seu dever não as usar para si, e é de princípio que nas obrigações negativas o devedor é constituído em mora pelo fato só de fazer o que lhe era vedado. Mesmo quando não as empregue para si, estará sujeito aos juros moratórios pelas quantias pertencentes ao mandante, se as retiver indevidamente, a partir da interpelação constitutiva em mora.” (Instituições de Direito Civil, vol. III, p. 283, 9ª ed., Rio de Janeiro, Ed. Forense, 1993).

Para finalizar, lembro a doutrina de **De Plácido e Silva**:

“Consoante regra estabelecida, não se devem contar os juros da interpelação judicial; sim, desde o momento em que esse abusou. É também o princípio do Código Comercial, exarado no art. 180 e aplicável ao mandato mercantil: ‘O comissário que distrair do destino ordenado os fundos do seu constituinte, responderá pelos juros a datar do dia em que recebeu os mesmos fundos’.

É esta, aliás, a regra instruída pela praxe mercantil, em virtude do que o capital frutifica desde o momento em que se contabiliza a carga de quem o recebe.

E de outra maneira não há resolvido a jurisprudência dos tribunais: ‘Em se tratando de mandato comercial ou civil, os juros da mora contam-se, não da interpelação judicial, mas da data em que o mandatário empregou em seu proveito somas que devia entregar ao

mandante'." (Tratado do Mandato e Prática das Procuраções, vol. II, p. 770, Rio de Janeiro, Ed. Forense, 1989).

Posto isso, conheço do recurso, por ambas as alíneas, e dou-lhe provimento para determinar a contagem dos juros desde 13 de agosto de 1976.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 261.789- MG

(Registro n. 2000.0055140-6)

Relator: Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira
Recorrente: Banco Real S/A
Advogados: Edelberto Augusto Gomes Lima e outros
Recorridos: Fundação São Judas Ltda e outros
Advogados: Cláudio Manoel Pereira Salomé e outros

EMENTA: Processual Civil – Extinção do processo por abandono (art. 267, III, § 1º, CPC) – Impossibilidade de extinção de ofício – Precedentes da Corte – Execução não embargada – Interesse do réu na solução do conflito – Súmula, Enunciado n. 240 – Inexistência – Possibilidade de extinção de ofício – Hipóteses de execução não embargada e de réu revel – Doutrina – Interesse predominantemente público do processo – Recurso desacolhido.

I – Nos termos da orientação deste Tribunal, não se faculta ao juiz, na hipótese do inciso III do art. 267, CPC, extinguir o processo de ofício, sendo imprescindível o requerimento do réu, dado ser inadmissível presumir-se desinteresse do réu no prosseguimento e solução da causa. Daí o Verbete Sumular n. 240, segundo o qual “a extinção do processo, por abandono da causa pelo autor, depende de requerimento do réu”.

II – Diversa é a situação, no entanto, quando se trata de execução não embargada.

III – O processo, em sua visão contemporânea, é instrumento

de realização do direito material e de efetivação da tutela jurisdicional, sendo de feição predominantemente pública, que não deve prestar obséquios aos caprichos de litigantes desidiosos ou de má-fé.

ACÓRDÃO

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

Brasília-DF, 13 de setembro de 2000 (data do julgamento).

Ministro Ruy Rosado de Aguiar, Presidente.

Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, Relator.

Publicado no DJ de 16.10.2000.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira: Extinta a execução de título extrajudicial, com base no art. 267, III, CPC, após cumprida a exigência do § 1º do mesmo dispositivo legal, apelou o Exeqüente ao Tribunal de Alçada de Minas Gerais, que negou provimento ao recurso, consoante esta ementa:

“Execução. Abandono do feito. Extinção. Possibilidade.

– Se intimado o exeqüente, inclusive pessoalmente, para diligenciar o prosseguimento do feito sem que nenhuma providência seja tomada, caracterizado restará o abandono da causa a que alude o art. 267, III, e seu § 1º, do CPC, autorizando, conseqüentemente, a extinção do processo sem julgamento do mérito.”

Daí a interposição do recurso especial de que se cuida, fundamentada nas alíneas a e c do permissor constitucional, no qual o Recorrente sustenta violação à regra do § 3º do art. 267, afirmando a impossibilidade de

ser decretada, de ofício, a extinção do processo por abandono da causa, mas tão-somente quando existente prévia provocação da parte contrária.

Sem as contra-razões, foi o recurso admitido.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira (Relator): 1. Como se vê dos autos, o Exeqüente, em conformidade com o que dispõe o art. 267, III, § 1º, CPC, foi intimado pessoalmente (fl. 28), em 5.11.1998, para dar prosseguimento à execução ajuizada em 10.11.1987, deixando, no entanto, transcorrer o prazo concedido, sem qualquer manifestação. Daí a extinção do processo sem julgamento de mérito.

A jurisprudência deste Tribunal, não obstante a divergência na doutrina, acabou por consolidar entendimento no sentido de não ser admissível a extinção do processo, *de ofício*, com base no art. 267, III, CPC (abandono), ao argumento de ser impossível presumir-se desinteresse do Réu no prosseguimento da solução da causa. A propósito, confira-se o REsp n. 20.408-MG (DJ de 1.6.1992), de minha relatoria, assim ementado:

“Processo Civil. CPC, art. 267, III (abandono). Impossibilidade de extinção de ofício. Divergência doutrinária. Precedente da Corte. Recurso conhecido e provido.

I – Não se faculta ao juiz, na hipótese do inciso III do art. 267, CPC, extinguir o processo de ofício, sendo imprescindível o requerimento do réu.

II – Inadmissível presumir-se desinteresse do réu no prosseguimento e solução da causa.”

Com a mesma orientação, o REsp n. 9.442-PR (DJ de 7.10.1991), da relatoria do Ministro Eduardo Ribeiro, assim ementado:

“Extinção do processo. Abandono da causa pelo autor. CPC, art. 267, III.

A extinção do processo, com tal fundamento, não pode fazer-se de ofício. Necessidade de requerimento da parte contrária.”

No mesmo sentido, mais recentemente, os REspS n. 203.217-RJ (DJ de 21.2.2000) e 168.036-SP (DJ de 13.9.1999), relatados pelo Ministro Barros Monteiro e por mim.

A Corte Especial deste Tribunal, diante desses precedentes, editou o Enunciado n. 240 de sua Súmula, segundo o qual “a extinção do processo, por abandono da causa pelo autor, depende de requerimento do réu”.

2. Em princípio, portanto, a razão socorreria o Recorrente.

No caso dos autos, todavia, tenho que não se aplica o entendimento acima exposto.

Impõe-se registrar que o motivo de se exigir o requerimento da parte contrária pela extinção do processo decorre, em primeiro lugar, da própria bilateralidade da ação, no sentido de não ser o processo apenas do Autor. Ou seja, é também direito do Réu, que foi acionado judicialmente, pretender desde logo a solução do conflito. Além disso, porque o abandono da causa se equipara à desistência tácita. Logo, se para a desistência expressa não se pode prescindir do consentimento do réu, o mesmo interesse deve ocorrer em se tratando de abandono, na mesma linha, **mutatis mutandis**, do disposto no art. 569, notadamente após a introdução, pela Lei n. 8.953/1994, do seu parágrafo único.

Na execução *não embargada*, no entanto, não há como presumir eventual interesse do Executado na continuidade do processo. Com efeito, considerando que a execução visa exclusivamente à satisfação do direito do credor, não se encontra motivo para se aguardar, nesse caso, iniciativa do réu requerendo a extinção do processo, sua anuência ou a sua ciência, porquanto, em princípio, não teria ele interesse na continuidade da execução. Em outras palavras, o devedor, que deixou de embargar a execução, não tem motivo para opor-se à extinção do processo.

Hipótese semelhante, aliás, é o que ocorre quando revel o réu, pois da mesma forma não haveria como o demandado invocar qualquer impedimento para a extinção do processo. A respeito, **Humberto Theodoro Júnior** afirma:

“Quando, porém, o abandono for só do autor (art. 267, III), e o réu não for revel, não deve o juiz decretar a extinção sem antes ouvir o demandado. É que, também, o réu tem legítimo interesse na composição da lide, através da sentença de mérito e, por isso, pode tomar diligência para contornar a omissão do autor, e ensejar o andamento

do feito paralisado. Só quando a inércia de ambos os litigantes demonstrar que há total desinteresse pela causa, é que o juiz, então, decretará a extinção do processo sem julgamento do mérito.” (Curso de Direito Processual Civil, vol. I, Forense, p. 336).

Outra seria a situação se o Réu tivesse apresentado embargos à execução, porque, aí sim, se poderia presumir interesse do mesmo na solução definitiva da controvérsia. Na espécie, entretanto, tal não ocorreu.

Em suma, tratando-se de execução não embargada, o abandono da causa pode ser causa de extinção, de ofício, do processo, independentemente de requerimento, anuência ou ciência da parte contrária. Em outras palavras, caracterizada, nos termos do art. 267, III, CPC, a desídia ou negligência do credor, único interessado na execução, admissível a extinção do processo, independentemente de provocação.

Ademais, o processo é instrumento predominantemente de interesse público, que não deve ficar aos caprichos de litigantes desidiosos.

Em conclusão, *não conheço* do recurso.

RECURSO ESPECIAL N. 264.495 – SP

(Registro n. 2000.0062580-9)

Relator: Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira
Recorrente: Abel Ferreira
Advogado: Paulo Estevão de Carvalho
Recorrida: Companhia de Seguros do Estado de São Paulo – Cosesp
Advogados: Olavo Salvador e outros

EMENTA: Processo Civil – Execução – Penhora de TDAs (Títulos de Dívida Agrária) por oficial de Justiça – Princípios da adequação e da satisfação do interesse do credor – Doutrina – Recurso provido.

I – A interpretação da lei processual, no tocante ao processo executivo, deve levar em consideração a harmonia entre o objetivo de satisfação do crédito e a forma menos onerosa para o devedor. A

conciliação desses dois princípios contrapostos é que deve nortear a solução de cada caso concreto e mediar a aplicação dos arts. 655, 656 e 620 do Código de Processo Civil.

II – Ao escolher os bens para a penhora, o oficial de Justiça deve adequar os interesses contrapostos de menor onerosidade para o devedor e de satisfação do interesse do credor, que limitam a sua liberdade de escolha, devendo atentar, sempre que possível, para a gradação legal.

III – Na espécie, contrapõem-se, como devedora, a companhia de seguros e, como credor, o segurado em estado de invalidez permanente, cuja indenização contratual está a pleitear. Em outras palavras, a penhora de TDAs, além de não onerar substancialmente a devedora, prejudica a satisfação do interesse do credor.

ACÓRDÃO

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

Brasília-DF, 13 de setembro de 2000 (data do julgamento).

Ministro Ruy Rosado de Aguiar, Presidente.

Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, Relator.

Publicado no DJ de 16.10.2000.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira: Para garantia da execução por título extrajudicial movida pelo Recorrente contra a Recorrida, com base em apólice de seguro de vida em grupo, o oficial de Justiça procedeu à penhora de um lote de Títulos da Dívida Agrária – TDA-E.

Contra o recebimento dos embargos da devedora, “estando o juízo garantido pela penhora de bens” (fl. 51), o Exeqüente interpôs agravo de instrumento perante o 2^a Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, em face da

desobediência da gradação legal prevista nos arts. 655 e 656, CPC, restando desprovido o recurso, em acórdão com esta ementa:

“Agravo de instrumento. Execução por título extrajudicial. Seguro. Despacho de recebimento dos embargos, dando por garantido o juízo. Alegado vício na penhora realizada, por inobservância da ordem legal de vocação. Desacolhimento. Constrição livremente realizada por oficial de Justiça. Inexistência de nomeação pela devedora. Inaplicabilidade das disposições contidas nos arts. 655 e 656 do CPC. Recurso improvido.

A penhora efetivada por oficial de Justiça, estando disciplinada pelos artigos 659 e seguintes da Lei de Ritos, não se submete às restrições estabelecidas nos artigos 655 e 656, relativos à nomeação de bens. Faz-se livremente, a critério daquele, o qual apenas está obrigado a verificar sejam os bens livres e desembaraçados, bastantes para o pagamento do principal, juros, custas e honorários advocatícios.” (fl. 91).

O recurso especial aponta divergência jurisprudencial e violação ao art. 655, I e II, CPC. Sustenta o Recorrente que: *a*) o oficial de Justiça deve obedecer à gradação legal prevista no art. 655; *b*) a seguradora dispõe de dinheiro em contas bancárias, passível de penhora; *c*) os títulos não se negociam facilmente; *d*) o auto de penhora registra “uma autêntica nomeação de bens” (fl. 102), já que registra os títulos como indicados pela devedora.

Contra-arrazoado, foi o recurso admitido na origem.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira (Relator): Trata-se de penhora, por oficial de Justiça, de um lote de Títulos da Dívida Agrária – TDA-E – pelo seu valor de face. Contra essa penhora, insurgiu-se o credor, com os fundamentos de desobediência à gradação legal e de dificuldade de liquidez do título.

Neste contexto, duas situações se apresentam: de um lado, a ausência de nomeação de bens pelo devedor, que preferiu transferir a escolha dos bens a serem penhorados ao oficial de Justiça, o qual não precisa, em princípio, ater-se à gradação do art. 655, CPC. É o que se colhe do REsp n.

1.454-GO (DJ de 14.12.1992), Relator o Ministro Bueno de Souza, assim ementado:

“Processual Civil. Recurso especial. Execução. Penhora de bens. Gradação legal.

[...]

2. Salvo nomeação feita no prazo legal, a penhora recairá livremente sobre bens do devedor, independentemente de gradação legal.”

Por esse entendimento, não se exige do oficial de Justiça, ao proceder à penhora, obediência à ordem legal, deixando a seu alvitre a opção por tais ou quais bens.

De outro lado, todavia, figuram os vários precedentes desta Corte, no sentido de que as TDAs não se prestam para a *nomeação* à penhora, facultando ao credor a recusa, em face da dificuldade de sua comercialização e do princípio de satisfação do crédito, inerente ao processo executivo. A propósito, exemplificam o REsp n. 252.950-SP (DJ de 14.8.2000) e a MC n. 1.488-SP (DJ de 17.5.1999), ambas da relatoria do Ministro Garcia Vieira, assim como os REsps n. 183.947-SP (DJ de 18.12.1998) e 108.914-SP (DJ de 3.11.1997), relatores os Ministros Milton Luiz Pereira e Demócrito Reinaldo, com estas ementas, no que interessam:

- “Execução fiscal. Penhora. TDA. Ordem da Lei n. 6.830/1980.

A devedora não obedeceu à ordem estabelecida pelo artigo 11 da Lei n. 6.830/1980 porque, em primeiro lugar vem o dinheiro e não os títulos da dívida pública. A credora e o julgador não estão obrigados a aceitar os TDAs como garantia.

Recurso provido.”

- “Processual Civil. Execução fiscal. Penhora. Substituição. TDA.

A Fazenda estadual não pode ser compelida a aceitar a substituição de bens penhorados por TDAs.

A execução é feita no interesse do exequente e não do executado.

Medida cautelar improcedente.”

- “Processual Civil. Execução fiscal. Penhora. Depósito de TDAs. Impossibilidade. CTN, art. 151, II. CPC, art. 655. Lei n. 6.830/1980 (art. 11).

[...]

2. Inadmissível a nomeação e penhora de TDAs sem cotação na Bolsa de Valores. A execução é feita no interesse do exequendo e a penhora serve de garantia ao sucesso da cobrança forçada.”

• “Processual Civil. Execução. Nomeação à penhora de títulos da dívida agrária sem cotação na Bolsa. Impossibilidade.

Em face do sistema jurídico processual vigente, a execução é feita no interesse do exeqüente, não se admitindo a nomeação à penhora de títulos sem cotação na Bolsa de Valores, sem quantificar-lhes o valor (total) e com omissão quanto ao vencimento de cada um.

Títulos da Dívida Agrária (TDAs) de valoração duvidosa deservem para garantia do juízo, em execução, porquanto a incerteza no dizente à respectiva quantificação em dinheiro (valor real) impede o exequente de conhecer, antecipadamente, se bastam ou não para cobrir o **quantum debeatur**.

Recurso a que se nega provimento.”

A interpretação da lei processual, no tocante ao processo executivo, deve levar em consideração a harmonia entre o objetivo de satisfação do crédito e a forma menos onerosa para o devedor. A conciliação desses dois princípios contrapostos é que deve nortear a solução de cada caso concreto e mediar a aplicação dos arts. 655, 656 e 620 do Código de Processo Civil. A respeito, o REsp n. 1.813-RJ (DJ de 19.3.1990), de que fui Relator:

“1. O princípio segundo o qual a execução deve realizar-se da forma menos onerosa possível para o devedor não tem o condão de subverter o procedimento contemplado em lei, um dos sustentáculos do devido processo legal.”

Neste passo, a liberdade de escolha do meirinho deve pautar-se pela não oneração excessiva do devedor e também pela exigência de satisfação do interesse do credor. Com esta orientação, a doutrina de **Araken de Assis**:

“O oficial seguirá a gradação do art. 655 não porque a ela se adscreeva, em razão do **munus**, e encontre nela uma forma de saborear isenção e indiferença pelo destino e sacrifícios do devedor, e, sim, em homenagem à comodidade do credor, a quem interessa penhorar bens

que dispensem ou favoreçam o demorado e dispendioso procedimento de conversão.

[...]

Na hipótese improvável de exuberância de bens penhoráveis, o oficial escolherá, *sem prejuízo da oportuna objeção do credor*, aqueles mais facilmente apreensíveis, nos limites traçados pelo princípio da adequação.

[...]

A penhora por oficial de Justiça se orienta, obviamente, pelo princípio da adequação.” (Manual do Processo de Execução, 6ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2000, n. 184, 184.1, 184.6, p.p. 534/548).

Na mesma linha, **Humberto Theodoro Júnior**:

“Na escolha dos bens à penhora, o oficial procurará evitar prejuízos desnecessários ao devedor, atentando para a regra do art. 620, que determina seja a execução feita pelo modo menos gravoso para o executado. Dará preferência aos bens livres e observará, quanto possível, a gradação legal.” (Processo de Execução, 18ª ed., São Paulo, Leud, 1997, cap. XIX, n. 20, p. 331).

Ao comentar o art. 659, CPC, preleciona de seu turno **Amílcar de Castro**:

“302. A função executiva é exercida por atividades diversas, que vão do ato material da apreensão e depósito dos bens à apreciação de casos concretos por critérios jurídicos, e por isso mesmo exige variedade de atitudes e de conhecimentos. É intuitiva a necessidade de divisão do trabalho e especificação de funções; confiar todos os atos ao juiz-executor seria, no dizer de **Carnelutti**, violar o princípio da economia *‘perchè per le mansioni inferiori sarebbe spreca la cultura che è necessaria, invece, al compimento degli atti più delicati e più complicati’*. Entretanto, não se deve esquecer que as funções inferiores são partes desintegradas da superior, subtraídas das atribuições do órgão principal, não só pelo motivo de economia processual acima indicado, como por inconvenientes à sua dignidade, que deve ser zelosamente resguardada diante dos cidadãos. E todas são exercidas pelo Estado, e informadas pela conveniência de se reintegrar, tanto quanto possível,

o direito do exeqüente com o mínimo de despesa, de incômodo e de sacrifício do executado.

Ao realizarem a penhora, portanto, os oficiais de Justiça devem ter bem presentes os interesses opostos do credor e do devedor, e obedecendo fielmente aos termos do mandado executivo, não deverão exceder-se na apreensão de bens, nem deixar de penhorar tantos quantos provavelmente bastem para assegurar a satisfação do principal, juros, custas e honorários advocatícios.” (Comentários ao Código de Processo Civil, v. VIII, 2ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1976, n. 302, p.p. 225/226).

E, ainda sobre o tema, o magistério de **Enrico Tullio Liebman**:

“A gradação é estabelecida para facilitar o melhor andamento da execução, dando preferência aos bens que se podem mais facilmente alienar, e com melhores resultados. Mas, na escolha dos bens, os oficiais de Justiça devem também procurar conciliar possivelmente os interesses das partes, evitando prejudicar o executado mais do que for necessário. As disputas eventuais deverão ser resolvidas tendo em mente estas finalidades da lei.” (Processo de Execução, 4ª ed., São Paulo, Saraiva, 1980, n. 61, p. 133).

Na espécie, com o quadro dos precedentes desta Corte acima transcritos, se a devedora nomeasse os mesmos títulos à penhora e o credor os impugnasse, as TDAs não valeriam e a penhora – por oficial – recairia sobre outros bens. Ou seja, tendo o devedor devolvido a escolha à liberdade do oficial de Justiça, obteve o favorecimento de ver penhorados bens de liquidez questionável. Ao contrário, se houvesse se antecipado à constrição e exercido o direito de nomeação, a penhora não teria sido efetivada, desde que o credor a impugnasse.

É de ressaltar-se, outrossim, que a devedora é uma companhia de seguros, instada a pagar o débito contratual de aproximadamente R\$ 14.000,00 (quatorze mil reais), ao passo que o credor cobra esse valor como reparação da invalidez permanente em que se encontra. Em outras palavras, o caso concreto está a indicar que a penhora de TDAs, além de não onerar substancialmente a devedora, prejudica a satisfação premente do interesse do credor.

Com estas considerações, *conheço* do recurso especial, pela violação ao art. 655, CPC, e *dou-lhe provimento* para declarar ineficaz a penhora e ensejar que outra seja feita, com vista à satisfação da execução.

