

HABEAS CORPUS N. 12.547 – DF

(Registro n. 2000.0022278-0)

Relator: Ministro Ruy Rosado de Aguiar
Impetrante: William David Ferreira
Impetrado: Desembargador-Relator do **Habeas Corpus** n. 20000020010410 do Tribunal de Justiça do Distrito Federal
Paciente: Rosa de França Gusmão

EMENTA: **Habeas corpus** – Prisão civil – Alienação fiduciária em garantia – Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana – Direitos fundamentais de igualdade e liberdade – Cláusula geral dos bons costumes e regra de interpretação da lei segundo seus fins sociais.

Decreto de prisão civil da devedora que deixou de pagar dívida bancária assumida com a compra de um automóvel-táxi, que se elevou, em menos de 24 meses, de R\$ 18.700,00 para R\$ 86.858,24, a exigir que o total da remuneração da devedora, pelo resto do tempo provável de vida, seja consumido com o pagamento dos juros. Ofensa ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, aos direitos de liberdade de locomoção e de igualdade contratual e aos dispositivos da LICC sobre o fim social da aplicação da lei e obediência aos bons costumes.

Arts. 1º, III; 3º, I, e 5º, **caput**, da CR. Arts. 5º e 17 da LICC. Decreto-Lei n. 911/1969.

Ordem deferida.

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, conceder a ordem. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Barros Monteiro e Cesar Asfor Rocha. Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Aldir Passarinho Junior e Sálvio de Figueiredo Teixeira.

Brasília-DF, 1º de junho de 2000 (data do julgamento).

Ministro Ruy Rosado de Aguiar, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Ruy Rosado de Aguiar: Trata-se de **habeas corpus**, com pedido de liminar, impetrado por William David Ferreira em favor de Rosa de França Gusmão contra decisão do ilustre Desembargador do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, que manteve decreto de prisão da Paciente por quatro meses, considerada depositária infiel nos autos da ação de busca e apreensão, convertida em depósito, pela recusa de entregar o veículo objeto do contrato de alienação fiduciária.

Afirmou o Impetrante ter sido o veículo furtado, o que impossibilitou à Paciente entregá-lo à credora, por motivo de força maior. Lembrou a existência de contrato de seguro total, cuja indenização estaria à disposição da financiadora. Aduziu, ainda, ser nula a sentença da ação de depósito em razão do decreto de revelia, sem que fosse nomeado curador especial, tendo em vista haver no processo interesse de idoso e ser este incapaz para gerir seus bens.

Sustentou ser ilegal a prisão civil do devedor em contrato de alienação fiduciária em garantia, pois este Tribunal “tem decidido sem qualquer restrição e de forma pacífica que o pedido de prisão por infidelidade de fidedúcia, quando o veículo, por motivo de força maior, não mais está na posse do seu depositário, não cabe pedido de restrição à liberdade, como bem observado nos julgados. REsps n. 156.965-SP e 167.378-RJ.”

Concedi a liminar pleiteada para impedir o cumprimento da ordem de prisão da Paciente, considerando os fatos alegados quanto ao destino do bem e os precedentes invocados nos autos. Outrossim, determinei fossem solicitadas informações e, após, concedida vista ao douto Ministério Público Federal (fl. 101).

Às fls. 108/109, foram prestadas as informações.

O douto Ministério Público Federal opinou pela concessão da ordem (fls. 161/168).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Ruy Rosado de Aguiar (Relator): 1. O contrato de alienação fiduciária sobre o qual versa o presente processo teve por objeto um automóvel Ford com valor de compra, em 3.2.1995, de R\$ 18.700,00,

destinado a prestar serviço de táxi na praça da cidade. A dívida assumida multiplicou-se por quatro e se elevou, em menos de dois anos, para R\$ 86.858,24, que é o saldo devedor indicado pelo banco-credor à companhia seguradora (fl. 66). A diferença é constituída substancialmente por juros, pois no período a inflação estava contida. O descumprimento do contrato, com a falta da entrega do veículo ou de pagamento do valor exigido, sujeitou a devedora à prisão civil por quatro meses, já decretada pelas instâncias ordinárias. Isso significa que a devedora, pessoa com sessenta anos de idade, com a provável renda líquida mensal de R\$ 500,00, obtida com a exploração do táxi, consumirá o total de sua renda pelo resto da vida (prevista de acordo com as tabelas de expectativa de vida vigentes no País), para pagar os juros bancários do contrato de alienação fiduciária de um automóvel de aluguel. Este caso não é único. No HC n. 14.333-DF, de que sou relator, exigiu-se da devedora de contrato de alienação fiduciária em garantia, sobre um automóvel Kadett, avaliado em R\$ 12.000,00, do qual financiara R\$ 6.000,00, o saldo devedor de R\$ 90.000,00, com juros contados no período de um ano e seis meses, igualmente com pena de prisão decretada pelo seu descumprimento.

A questão que se põe é a de saber se é ou não legítima a decretação da perda da liberdade da devedora em razão do inadimplemento de contrato com essas características.

Antes de prosseguir, vale mencionar a experiência da jurisprudência alemã, que mais de uma vez enfrentou situações assemelhadas, embora não tão drásticas quanto a que agora nos ocupa. Diante de uma fiança dada ao banco por pessoa com a renda mensal de 1.150 DM, em garantia de 100.000 DM, a Corte Constitucional Alemã afastou a validade da fiança e aplicou o princípio do livre desenvolvimento da personalidade: “Esse direito da fiadora era coarctado pela executoriedade de um encargo de tal monta e tão desproporcionado dos seus rendimentos que importaria a sua asfixia econômica para toda a vida” (**Joaquim de Souza Ribeiro**, *Constitucionalização do Direito Civil*, Boletim da Faculdade de Direito, Coimbra, 1998, v. LXXIV, p.p. 729/750)”.

2. A Constituição de 1988 enuncia no seu primeiro artigo que o Estado Democrático de Direito tem como princípio fundamental a dignidade da pessoa humana (art. 1º, inc. III). No seu artigo 3º define a construção de uma sociedade justa como objetivo da República (art. 3º, inc. I) e inclui, entre os direitos fundamentais, os direitos à liberdade e à igualdade (art. 5º, **caput**). Com isso, considerou a dignidade da pessoa humana

como núcleo do sistema, norma orientadora do ordenamento constitucional e do infraconstitucional, dignidade que deve ser preservada, porquanto sem ela não há a efetivação dos direitos da personalidade.

A dignidade é o valor que unifica o sistema, é “qualidade intrínseca da pessoa humana, irrenunciável e inalienável, na medida em que constitui elemento que qualifica o ser humano como tal” (**Ingo Wolfgang Sarlet**, *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, p. 104), existe para todos e é igual em todos (*Declaração Universal dos Direitos*, ONU, 1948).

Presente a vida, a liberdade é o primeiro pressuposto da dignidade da pessoa humana. Também, as condições justas e adequadas de vida (*idem*, p. 108), seja nas relações do indivíduo com o Estado, seja no trato com as organizações que exercem o poder econômico e social, nas searas do Direito Público e do Direito Privado. “A tutela da personalidade não pode se conter em setores estanques, de um lado, os direitos humanos, e de outro, as chamadas situações jurídicas de Direito Privado. A pessoa, à luz do sistema constitucional, requer proteção integrada, que supere a dicotomia Direito Público e Direito Privado e atenda à cláusula geral fixada pelo texto maior, de promoção da dignidade humana” (**Gustavo Tepedino**, *Temas de Direito Civil*, p. 50).

Cuida-se de estabelecer a vinculação entre aquele princípio fundamental da dignidade da pessoa humana e mais os direitos fundamentais que expressam e definem os valores da personalidade, com a norma judicial a ser aplicada no caso concreto.

3. Surge então a questão relacionada com a eficácia horizontal, ou em relação a terceiros, da norma constitucional sobre a relação de Direito Privado.

Luís Afonso Heck expõe as duas correntes da experiência alemã, uma que admite a eficácia direta, não de todos, mas pelo menos de uma série de direitos fundamentais diante de terceiros, como acontece com a norma de igualdade salarial entre homens e mulheres, e outra, que lá predomina e ele aplaude, de eficácia apenas indireta, pela qual “os tribunais cíveis estão obrigados, em virtude da Constituição, a considerar, na interpretação e emprego das cláusulas gerais, os direitos fundamentais como ‘linhas diretivas’. Se eles desconhecem isso e decidem, por conseguinte, em prejuízo de uma parte processual, então eles a violam em seus direitos fundamentais” (*Direitos Fundamentais e sua Influência no Direito Civil*, *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, 1999, n. 16, p. 111). Essa também a lição de **Konrad Hesse**: “A interposição do legislador aparece como o caminho adequado

para a tutela dos direitos fundamentais frente a lesões e perigos procedentes do âmbito não-estatal” (Derecho Constitucional y Derecho Privado, Civitas, p. 66). A relação continuaria sendo de direito ordinário, a ser resolvida de acordo com as normas infraconstitucionais que permitem a incidência dos princípios e normas constitucionais, com a precisão dos conceitos indeterminados e principalmente pelo uso das cláusulas gerais.

Não me parece que a eficácia na relação de Direito Privado seja somente indireta, pois bem pode acontecer que o caso concreto exija a aplicação imediata do preceito constitucional, quando inexistir norma infraconstitucional que admita interpretação de acordo com a diretiva constitucional, ou faltar cláusula geral aplicável naquela situação, muito embora esteja patente a violação ao direito fundamental. Cumpre atentar para a advertência de **Robert Alexy**: “Se algumas normas da Constituição não devem ser tomadas a sério, afigura-se difícil fundamentar, porque outras devem ser consideradas quando surgir alguma dificuldade. Há uma ameaça de dissolução da Constituição. Assim, a decisão fundamental sobre os direitos fundamentais há de ser em favor de uma completa vinculação jurídica no contexto da possibilidade de sua judicialização” (Colisão e Ponderação como Problema Fundamental da Dogmática dos Direitos Fundamentais, in: *Recht, Vernunft, Diskurs*, tradução de **Gilmar Ferreira Mendes**). **Ingo Wolfgang Sarlet** observa, acredito, com absoluto acerto, que há possibilidade de se transpor diretamente o princípio vinculante dos direitos fundamentais para a esfera privada, quando se cuida de relações desiguais de poder (*op. cit.*, p. 338) entre as grandes corporações empresariais e o particular, porque similar à desigualdade que se estabelece entre o indivíduo e o Estado. É a situação dos autos.

No caso dos autos, porém, a distinção entre eficácia direta e indireta frente a terceiros é irrelevante. Tanto seria possível aplicar diretamente o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, como a cláusula geral do art. 17 da Lei de Introdução ao Código Civil, sobre ordem pública e bons costumes, cuja similar alemã é usada em casos tais, além do emprego da norma de hermenêutica que condiciona a aplicação da lei aos fins sociais a que ela se dirige (art. 5^o da LICC).

4. A decisão judicial que atende a contrato de financiamento bancário com alienação fiduciária em garantia e ordena a prisão de devedora por dívida que se elevou, após alguns meses, de R\$ 18.700,00 para R\$ 86.858,24, fere o princípio da dignidade da pessoa humana, dá validade a uma relação negocial sem nenhuma equivalência, priva por quatro meses o devedor de

seu maior valor, que é a liberdade, consagra o abuso de uma exigência que submete uma das partes a perder o resto provável de vida reunindo toda a sua remuneração para o pagamento dos juros de um débito relativamente de pouca monta, destruindo qualquer outro projeto de vida que não seja o de cumprir com a exigência do credor. Houve ali ofensa ao princípio da dignidade da pessoa, que pode ser aplicado diretamente para o reconhecimento da invalidade do decreto de prisão. Na relação contratual, celebrada por contrato de adesão, houve ofensa ao princípio da igualdade, com a imposição de sanção grave (prisão) prevista para apenas uma das partes, e também excesso com a cláusula de juros acima de qualquer limite legal. Essa taxa também pode ser afastada por incidência da cláusula geral dos bons costumes, que exige na relação de tráfico o respeito ao mínimo de equivalência entre as prestações contratadas. A lei que permite a prisão civil por dívida, além de limitada aos casos do alimentante e do depositário infiel, deve ser aplicada de modo a atender aos princípios e direitos fundamentais e às normas ordinárias insertas na Lei de Introdução ao Código Civil. “Não é suficiente que uma lei seja conforme os direitos fundamentais, mas deve ser, ainda, aplicada de forma favorável aos valores contidos nos direitos fundamentais” (Dieter Grimm, *La Constitución como Fuente del Derecho*, in *Las Fuentes del Derecho*, Universitat de Barcelona, 1983, p. 13).

5. Na espécie, houve um contrato leonino, que permitiu a exigência do valor acima referido com a conseqüente perda da liberdade.

Transcrevo a lição de Heck: “Para os tribunais cíveis resulta disso o dever de, na interpretação e emprego de cláusulas gerais, prestar atenção a que contratos não sirvam como meio de determinações alheias. Se as partes contratuais estipularam uma regulação em si admissível, então regularmente irá economizar-se um controle de conteúdo amplo. Mas se o conteúdo do contrato para uma parte é invulgarmente agravante e, como compensação de interesses, manifestamente inadequado, então os tribunais não devem satisfazer-se com a afirmação: ‘contrato é contrato’. Eles devem, antes, clarificar se a regulação é uma conseqüência de poder de negociação estruturalmente desigual e, dado o caso, intervir corretivamente no quadro das cláusulas gerais do Direito Civil vigente” (op. cit., p. 124).

É certo que há o confronto entre o direito à liberdade de comerciar do credor, o direito de crédito que lhe resulta do contrato, ambos de natureza patrimonial, com os direitos da Paciente à liberdade de locomoção e de igualdade nas contraprestações. Daí a necessidade da ponderação dos valores em colisão no caso particular dos autos, o que, penso, deve ser resolvido com a limitação dos direitos do credor, que pouco perde, ou nada

perde, porquanto não se lhe nega o direito de cobrar o lícito, em comparação com a perda que decorreria da execução da ordem de prisão por quatro meses, só por si infamante, agravada pelas condições subumanas de nossos presídios.

Assim, concluindo essa parte, tenho que o decreto de prisão da Paciente contraria princípio constitucional, viola direitos fundamentais e ofende duas regras de direito infraconstitucional.

6. Deve ainda ser considerado que a devedora intentou ação consignatória, conforme documentação juntada na qual discute as questões relacionadas com o valor do débito oriundo do contrato de alienação fiduciária em garantia, o que, só por si, justificava o deferimento da ordem, pois o tema está **sub judice**.

O próprio fato do furto e sua conseqüência sobre a eficácia da cláusula da prisão era suficiente para pôr em dúvida a possibilidade de a devedora vencer a inevitabilidade do alegado fato de terceiro, devidamente coberto pelo seguro.

Por fim, lembro fundamentação de voto já proferido sobre a natureza do contrato de que se trata e da inexistência de depósito, bastante para afastar, no plano infraconstitucional, a possibilidade do decreto de prisão da Paciente:

“Não é proprietário aquele que, ao retomar a posse do bem, através de ação de busca e apreensão, não pode ficar com a coisa para si, estando obrigado a vendê-la a terceiros, cujo preço assim obtido também não é seu senão na medida do seu crédito (porque ele sempre foi apenas um credor), devendo repassar o saldo ao devedor, que o recebe somente por ser o proprietário. Não sendo o credor proprietário, não poderia ele ter dado a coisa em depósito. Ainda que o fosse, o contrato de depósito também não se constituiu porque a obrigação do depositário, que é a de restituir a coisa, igualmente não existe, pois o pagamento do débito elimina a hipótese de restituição.

Expressiva, ainda, é a diferença apontada pelo Prof. **Álvaro Villaça Azevedo**:

‘Sendo o credor-fiduciário proprietário desse objeto, que foi transmitido, deveria correr os riscos normais do direito de propriedade, tal como a perda do objeto, em mãos de outrem, sem culpa deste ... Ocorre que tal princípio, consagrado por todo o

sistema obrigacional do Código Civil, não é observado na alienação fiduciária em garantia, pois, perdida a coisa fiduciada, sem culpa do devedor, o credor executa o contrato com as outras garantias nele constantes (títulos de crédito, por exemplo)' (Ilegalidade da Prisão Civil por Dívida na Alienação Fiduciária em Garantia, Repertório de Jurisprudência IOB, RJ/3, 23/93, 1ª – dezembro, p. 461). Isto é, para executar sua garantia, o credor é proprietário; perdido o bem, o proprietário que sofre o prejuízo é o devedor. Aliás, essa descaracterização do depósito já fora observada pelo Prof. **Orlando Gomes**: 'o devedor-fiduciante não é, a rigor, depositário, pois não recebe a coisa para guardar, nem o credor-fiduciário a entrega para esse fim' (Alienação Fiduciária em Garantia, 4ª ed., p. 130).

Na verdade, trata-se de um penhor:

'Também nada importa tenha o texto da lei definido aquele penhor como transferência ao credor do domínio resolúvel da coisa empenhada; porque os conceitos e definições incluídos no texto da lei, dela, entretanto, materialmente, não fazem parte' (**José Paulo Cavalcanti**, O Penhor Chamado Alienação Fiduciária em Garantia, p. 28).

Assim, no âmbito do Direito Civil, no nível infraconstitucional, parece indispensável visualizar a alienação fiduciária em garantia, de acordo com os princípios definidores da propriedade e do depósito, para concluir pela inexistência do contrato de depósito, ao menos com o fim de excluir a prisão civil como consequência do inadimplemento de um negócio bancário.

Acrescento que a Sexta Turma, no RHC n. 4.288-5-RJ, em acórdão de lavra do eminente Ministro Adhemar Maciel, decidiu no mesmo sentido: '... vou colocar-me ao lado da corrente minoritária, que entende que o 'depositário infiel' só pode ser aquele do 'contrato de depósito' tradicional, (CC, art. 1.265) que se torna voluntariamente inadimplente. Ora, no caso da alienação fiduciária em garantia não se tem um contrato de depósito genuíno. O devedor-fiduciante não está na situação jurídica de depositário. O credor-fiduciário não tem o direito de exigir dele, a seu bel-prazer, a entrega do bem. Aliás, tecnicamente, nem mesmo de 'proprietário' o credor-fiduciário pode ser

rotulado, pois nem, sequer, pode ficar com a coisa. Só com o produto de sua venda, com a dedução daquilo que o devedor já lhe pagou. Também transfigurada ficou a milenar regra do **res perit domino suo**, que remonta ao Código de Hamurabi, pois, na alienação fiduciária em garantia, se a coisa perecer sem culpa do devedor, o prejuízo é dele, e não do credor. Na realidade, o que a legislação ordinária (LMC e Decreto-Lei n. 911/1969) fez foi uma ‘equiparação’ daquilo que não pode ser equiparado só para, no fundo, ensejar a cobrança de dívida mediante ameaça de prisão. Pôs um rótulo em frasco com conteúdo diverso.” (EREsp n. 149.518-GO, Corte Especial, DJ de 28.2.2000).

Portanto, concedo a ordem.

É o voto.

HABEAS CORPUS N. 14.333 – DF

(Registro n. 2000.0094846-2)

Relator: Ministro Ruy Rosado de Aguiar
Impetrante: Marco Antônio Jerônimo
Impetrada: Quinta Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal
Paciente: Tânia Aparecida Costa Iacopini

EMENTA: Habeas corpus – Prisão civil – Alienação fiduciária em garantia.

– Ação de depósito promovida em razão do descumprimento de contrato de financiamento de R\$ 6.000,00, correspondente à metade do valor do automóvel Kadett, na qual se exigiu a entrega do bem ou o saldo devedor de R\$ 90.365,27, sob pena de prisão de um ano.

– O saldo devedor apresentado significa que a devedora passará o resto da sua vida destinando a totalidade da sua renda para o pagamento dos juros bancários provenientes daquele pequeno empréstimo. Ofensa ao princípio da dignidade da pessoa.

– Precedentes do STJ. Ordem deferida.

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, conceder a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Aldir Passarinho Junior, Sálvio de Figueiredo Teixeira, Barros Monteiro e Cesar Asfor Rocha.

Brasília-DF, 7 de novembro de 2000 (data do julgamento).

Ministro Ruy Rosado de Aguiar, Presidente e Relator.

Publicado no DJ de 12.2.2001.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Ruy Rosado de Aguiar: Marco Antônio Jerônimo impetrou **habeas corpus** preventivo, com pedido de liminar, em favor de Tânia Aparecida Costa Iacopini, objetivando a suspensão da iminente ordem de prisão civil decretada nos autos da ação de busca e apreensão convertida em depósito que lhe move o Banco ABN AMRO S/A. A coação adviria do v. acórdão da egrégia Quinta Turma Cível do TJDF, que negou provimento à apelação interposta contra a r. sentença da 16ª Vara Cível da Circunscrição Judiciária de Brasília-DF, determinando a entrega do bem alienado fiduciariamente ou o seu equivalente em dinheiro, sob pena de prisão.

Sustenta a ilegalidade da prisão civil em ação de busca e apreensão convertida em depósito (Decreto-Lei n. 911/1969) e lembra que a aprovação do Pacto de São José, do qual o Brasil é signatário, contém expresse impedimento à prisão civil por dívidas, com ressalva para a do alimentante inadimplente. Alega violação aos arts. 5º, LXVIII, da CF c.c. 647 e seguintes do CPP.

Deferi a liminar para suspender a execução da ordem:

“A Paciente recebeu o valor líquido de R\$ 6.000,00 para financiamento de metade do preço de aquisição de um automóvel Kadett-1992, em 6.3.1995.

Decorrido o prazo de 1 (um) ano e seis meses, a credora promoveu ação de depósito, para a cobrança da dívida que se elevava a R\$

90.365,27, além de custas e honorários. O Dr. Juiz de Direito deferiu a expedição de ordem para a prisão da devedora.

Considerando o evidente abuso que existe na cobrança de mais de R\$ 100.000,00 pelo financiamento da metade do valor de um automóvel Kadett, *defiro* a liminar, para suspender a execução da ordem de prisão civil.

Oficiar, solicitando informações à digna autoridade-impetrada e também ao digno Juízo da 16ª Vara Cível/Brasília.

Após, vista ao douto Ministério Público Federal.” (fl. 51).

Atendendo ao Ofício n. 1.053/2000, a autoridade coatora prestou as informações de fls. 60/62.

O douto Ministério Público Federal opinou pela concessão da ordem. É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Ruy Rosado de Aguiar (Relator): 1. O caso é bem o espelho de uma realidade: a devedora é agente administrativo do Ministério da Saúde, com renda mensal, segundo consta, de R\$ 657,65, e obteve, em 6.3.1995, o financiamento de R\$ 6.000,00 para aquisição de um automóvel Kadett, ano 1992, objeto do contrato de alienação fiduciária em garantia. Descumprido o contrato, em 7 de novembro de 1996, o Banco-credor promoveu ação de depósito e pediu a citação da Ré para a entrega do veículo, em cinco dias, “ou consigne em juízo o valor equivalente em dinheiro, devidamente atualizado pela correção monetária e todos os seus consectários, representando hoje, em moeda corrente, o valor de R\$ 90.365,27, conforme comprova o demonstrativo anexo”, mais custas e honorários de 20%, sob pena de prisão de um ano (fl. 37).

Assim como formulado o pedido, que foi deferido e serviu para a citação da Ré, – sendo que a decisão que ordenara fosse feita a avaliação do veículo terminou sendo revogada na sentença (fl. 68) e o r. acórdão de fl. 73 nada alterou quanto ao ponto e “manteve incólume o decreto singular que cominou pena de prisão de até um ano”, com voto-vencido da ilustre Desembargadora Sandra de Santis – vê-se que a devedora, nascida em 1957, com uma renda bruta anual de aproximadamente R\$ 7.000,00, passaria o restante de sua vida destinando a totalidade de sua renda, por aproximadamente vinte anos, para conseguir pagar os juros que lhe estão sendo

exigidos pelo financiamento de metade do valor de um Kadett usado, sem contar os juros que se acrescerão.

Foi o magistrado que atualmente dirige a Vara, Dr. Luciano Moreira Vasconcelos, quem reduziu os termos da condenação, determinando a citação para depositar o valor do veículo, e não do saldo devedor. Nada garante, porém, que essa decisão permaneça, tais as controvérsias sobre a questão, mesmo neste Tribunal.

2. Esse quadro me permite invocar as razões já expostas em situação assemelhada, para deferir a ordem e afastar um decreto de prisão fundado em contrato de financiamento de pequeno valor, cujo descumprimento significa a destruição de qualquer outro projeto de vida da devedora senão pagar a dívida, com a integral absorção de toda a sua renda:

“1. O contrato de alienação fiduciária sobre o qual versa o presente processo teve por objeto um automóvel Ford com valor de compra, em 3.2.1995, de R\$ 18.700,00, destinado a prestar serviço de táxi na praça da cidade. A dívida assumida multiplicou-se por quatro e se elevou, em menos de dois anos, para R\$ 86.858,24, que é o saldo devedor indicado pelo banco-credor à companhia seguradora (fl. 66). A diferença é constituída substancialmente por juros, pois no período a inflação estava contida. O descumprimento do contrato, com a falta da entrega do veículo ou de pagamento do valor exigido, sujeitou a devedora à prisão civil por quatro meses, já decretada pelas instâncias ordinárias. Isso significa que a devedora, pessoa com sessenta anos de idade, com a provável renda líquida mensal de R\$ 500,00, obtida com a exploração do táxi, consumirá o total de sua renda pelo resto da vida (prevista de acordo com as tabelas de expectativa de vida vigentes no País), para pagar os juros bancários do contrato de alienação fiduciária de um automóvel de aluguel. Este caso não é único. No HC n. 14.333-DF, de que sou relator, exigiu-se da devedora de contrato de alienação fiduciária em garantia, sobre um automóvel Kadett, avaliado em R\$ 12.000,00, do qual financiara R\$ 6.000,00, o saldo devedor de R\$ 90.000,00, com juros contados no período de um ano e seis meses, igualmente com pena de prisão decretada pelo seu descumprimento.

A questão que se põe é a de saber se é ou não legítima a decretação da perda da liberdade da devedora em razão do inadimplemento de contrato com essas características.

Antes de prosseguir, vale mencionar a experiência da jurisprudência alemã, que mais de uma vez enfrentou situações assemelhadas,

embora não tão drásticas quanto a que agora nos ocupa. Diante de uma fiança dada ao banco por pessoa com a renda mensal de 1.150 DM, em garantia de 100.000 DM, a Corte Constitucional Alemã afastou a validade da fiança e aplicou o princípio do livre desenvolvimento da personalidade: 'Esse direito da fiadora era coarctado pela executoriedade de um encargo de tal monta e tão desproporcionado dos seus rendimentos que importaria a sua asfixia econômica para toda a vida' (**Joaquim de Souza Ribeiro**, *Constitucionalização do Direito Civil*, Boletim da Faculdade de Direito, Coimbra, 1998, v. LXXIV, p.p. 729/750).².

2. A Constituição de 1988 enuncia no seu primeiro artigo que o Estado Democrático de Direito tem como princípio fundamental a dignidade da pessoa humana (art. 1^ª, inc. III). No seu artigo 3^ª define a construção de uma sociedade justa como objetivo da República (art. 3^ª, inc. I) e inclui, entre os direitos fundamentais, os direitos à liberdade e à igualdade (art. 5^ª, **caput**). Com isso, considerou a dignidade da pessoa humana como núcleo do sistema, norma orientadora do ordenamento constitucional e do infraconstitucional, dignidade que deve ser preservada, porquanto sem ela não há a efetivação dos direitos da personalidade.

A dignidade é o valor que unifica o sistema, é 'qualidade intrínseca da pessoa humana, irrenunciável e inalienável, na medida em que constitui elemento que qualifica o ser humano como tal' (**Ingo Wolfgang Sarlet**, *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, p. 104), existe para todos e é igual em todos (Declaração Universal dos Direitos, ONU, 1948).

Presente a vida, a liberdade é o primeiro pressuposto da dignidade da pessoa humana. Também, as condições justas e adequadas de vida (*idem*, p. 108), seja nas relações do indivíduo com o Estado, seja no trato com as organizações que exercem o poder econômico e social, nas searas do Direito Público e do Direito Privado. 'A tutela da personalidade não pode se conter em setores estanques, de um lado os direitos humanos, e de outro, as chamadas situações jurídicas de Direito Privado. A pessoa, à luz do sistema constitucional, requer proteção integrada, que supere a dicotomia Direito Público e Direito Privado e atenda à cláusula geral fixada pelo texto maior, de promoção da dignidade humana' (**Gustavo Tepedino**, *Temas de Direito Civil*, p. 50).

Cuida-se de estabelecer a vinculação entre aquele princípio fundamental da dignidade da pessoa humana e mais os direitos fundamentais que expressam e definem os valores da personalidade, com a norma judicial a ser aplicada no caso concreto.

3. Surge então a questão relacionada com a eficácia horizontal, ou em relação a terceiros, da norma constitucional sobre a relação de Direito Privado.

Luís Afonso Heck expõe as duas correntes da experiência alemã, uma que admite a eficácia direta, não de todos, mas pelo menos de uma série de direitos fundamentais diante de terceiros, como acontece com a norma de igualdade salarial entre homens e mulheres, e outra, que lá predomina e ele aplaude, de eficácia apenas indireta, pela qual 'os tribunais cíveis estão obrigados, em virtude da Constituição, a considerar, na interpretação e emprego das cláusulas gerais, os direitos fundamentais como 'linhas diretivas'. Se eles desconhecem isso e decidem, por conseguinte, em prejuízo de uma parte processual, então eles a violam em seus direitos fundamentais' (Direitos Fundamentais e sua Influência no Direito Civil, Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, 1999, n. 16, p. 111). Essa também a lição de **Konrad Hesse**: 'A interposição do legislador aparece como o caminho adequado para a tutela dos direitos fundamentais frente a lesões e perigos procedentes do âmbito não-estatal' (Derecho Constitucional y Derecho Privado, Civitas, p. 66). A relação continuaria sendo de direito ordinário, a ser resolvida de acordo com as normas infraconstitucionais que permitem a incidência dos princípios e normas constitucionais, com a precisão dos conceitos indeterminados e principalmente pelo uso das cláusulas gerais.

Não me parece que a eficácia na relação de Direito Privado seja somente indireta, pois bem pode acontecer que o caso concreto exija a aplicação imediata do preceito constitucional, quando inexistir norma infraconstitucional que admita interpretação de acordo com a diretiva constitucional, ou faltar cláusula geral aplicável naquela situação, muito embora esteja patente a violação ao direito fundamental. Cumpre atentar para a advertência de **Robert Alexy**: 'Se algumas normas da Constituição não devem ser tomadas a sério, afigura-se difícil fundamentar, porque outras devem ser consideradas quando surgir alguma dificuldade. Há uma ameaça de dissolução da Constituição. Assim, a decisão fundamental sobre os direitos fundamentais há de ser em favor

de uma completa vinculação jurídica no contexto da possibilidade de sua judicialização' (Colisão e Ponderação como Problema Fundamental da Dogmática dos Direitos Fundamentais, in: *Recht, Vernunft, Diskurs*, tradução de **Gilmar Ferreira Mendes**). **Ingo Wolfgang Sarlet** observa, acredito, com absoluto acerto, que há possibilidade de se transpor diretamente o princípio vinculante dos direitos fundamentais para a esfera privada quando se cuida de relações desiguais de poder (*op. cit.*, p. 338) entre as grandes corporações empresariais e o particular, porque similar à desigualdade que se estabelece entre o indivíduo e o Estado. É a situação dos autos.

No caso dos autos, porém, a distinção entre eficácia direta e indireta frente a terceiros é irrelevante. Tanto seria possível aplicar diretamente o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, como a cláusula geral do art. 17 da Lei de Introdução ao Código Civil, sobre ordem pública e bons costumes, cuja similar alemã é usada em casos tais, além do emprego da norma de hermenêutica que condiciona a aplicação da lei aos fins sociais a que ela se dirige (art. 5^a da LICC).

4. A decisão judicial que atende a contrato de financiamento bancário com alienação fiduciária em garantia e ordena a prisão de devedora por dívida que se elevou, após alguns meses, de R\$ 18.700,00 para R\$ 86.858,24, fere o princípio da dignidade da pessoa humana, dá validade a uma relação negocial sem nenhuma equivalência, priva por quatro meses o devedor de seu maior valor, que é a liberdade, consagra o abuso de uma exigência que submete uma das partes a perder o resto provável de vida reunindo toda a sua remuneração para o pagamento dos juros de um débito relativamente de pouca monta, destruindo qualquer outro projeto de vida que não seja o de cumprir com a exigência do credor. Houve ali ofensa ao princípio da dignidade da pessoa, que pode ser aplicado diretamente para o reconhecimento da invalidade do decreto de prisão. Na relação contratual, celebrada por contrato de adesão, houve ofensa ao princípio da igualdade, com a imposição de sanção grave (prisão) prevista para apenas uma das partes, e também excesso com a cláusula de juros acima de qualquer limite legal. Essa taxa também pode ser afastada por incidência da cláusula geral dos bons costumes, que exige na relação de tráfico o respeito ao mínimo de equivalência entre as prestações contratadas. A lei que permite a prisão civil por dívida, além de limitada aos casos do

alimentante e do depositário infiel, deve ser aplicada de modo a atender aos princípios e direitos fundamentais e às normas ordinárias insertas na Lei de Introdução ao Código Civil. 'Não é suficiente que uma lei seja conforme os direitos fundamentais, mas deve ser, ainda, aplicada de forma favorável aos valores contidos nos direitos fundamentais' (**Dieter Grimm**, *La Constitución como Fuente del Derecho*, in *Las Fuentes del Derecho*, Universitat de Barcelona, 1983, p. 13).

5. Na espécie, houve um contrato leonino, que permitiu a exigência do valor acima referido com a conseqüente perda da liberdade.

Transcrevo a lição de **Heck**: 'Para os tribunais cíveis resulta disso o dever de, na interpretação e emprego de cláusulas gerais, prestar atenção a que contratos não sirvam como meio de determinações alheias. Se as partes contratuais estipularam uma regulação em si admissível, então regularmente irá economizar-se um controle de conteúdo amplo. Mas se o conteúdo do contrato para uma parte é invulgarmente agravante e, como compensação de interesses, manifestamente inadequado, então os tribunais não devem satisfazer-se com a afirmação: 'contrato é contrato'. Eles devem, antes, clarificar se a regulação é uma conseqüência de poder de negociação estruturalmente desigual e, dado o caso, intervir corretivamente no quadro das cláusulas gerais do Direito Civil vigente' (**op. cit.**, p. 124).

É certo que há o confronto entre o direito à liberdade de comerciar do credor, o direito de crédito que lhe resulta do contrato, ambos de natureza patrimonial, com os direitos da Paciente à liberdade de locomoção e de igualdade nas contraprestações. Daí a necessidade da ponderação dos valores em colisão no caso particular dos autos, o que, penso, deve ser resolvido com a limitação dos direitos do credor, que pouco perde, ou nada perde, porquanto não se lhe nega o direito de cobrar o lícito, em comparação com a perda que decorreria da execução da ordem de prisão por quatro meses, só por si infamante, agravada pelas condições subumanas de nossos presídios.

Assim, concluindo essa parte, tenho que o decreto de prisão da Paciente contraria princípio constitucional, viola direitos fundamentais e ofende duas regras de direito infraconstitucional.

6. Deve ainda ser considerado que a devedora intentou ação consignatória, conforme documentação juntada na qual discute as questões relacionadas com o valor do débito oriundo do contrato de alienação

fiduciária em garantia, o que, só por si, justificava o deferimento da ordem, pois o tema está **sub judice**.

O próprio fato do furto e sua conseqüência sobre a eficácia da cláusula da prisão era suficiente para pôr em dúvida a possibilidade de a devedora vencer a inevitabilidade do alegado fato de terceiro, devidamente coberto pelo seguro.

Por fim, lembro fundamentação de voto já proferido sobre a natureza do contrato de que se trata e da inexistência de depósito, bastante para afastar, no plano infraconstitucional, a possibilidade do decreto de prisão da Paciente:

‘Não é proprietário aquele que, ao retomar a posse do bem, através de ação de busca e apreensão, não pode ficar com a coisa para si, estando obrigado a vendê-la a terceiros, cujo preço assim obtido também não é seu senão na medida do seu crédito (porque ele sempre foi apenas um credor), devendo repassar o saldo ao devedor, que o recebe somente por ser o proprietário. Não sendo o credor proprietário, não poderia ele ter dado a coisa em depósito. Ainda que o fosse, o contrato de depósito também não se constituiu porque a obrigação do depositário, que é a de restituir a coisa, igualmente não existe, pois o pagamento do débito elimina a hipótese de restituição.

Expressiva, ainda, é a diferença apontada pelo Prof. **Álvaro Villaça Azevedo**:

‘Sendo o credor-fiduciário proprietário desse objeto, que foi transmitido, deveria correr os riscos normais do direito de propriedade, tal como a perda do objeto, em mãos de outrem, sem culpa deste ... Ocorre que tal princípio, consagrado por todo o sistema obrigacional do Código Civil, não é observado na alienação fiduciária em garantia, pois, perdida a coisa fiduciada, sem culpa do devedor, o credor executa o contrato com as outras garantias nele constantes (títulos de crédito, por exemplo)’ (Ilegalidade da Prisão Civil por Dívida na Alienação Fiduciária em Garantia, Repertório de Jurisprudência IOB, RJ/3, 23/93, 1ª – dezembro, p. 461). Isto é, para executar sua garantia, o credor é proprietário; perdido o bem, o proprietário que sofre o prejuízo é

o devedor. Aliás, essa descaracterização do depósito já fora observada pelo Prof. **Orlando Gomes**: ‘o devedor-fiduciante não é, a rigor, depositário, pois não recebe a coisa para guardar, nem o credor-fiduciário a entrega para esse fim’ (Alienação Fiduciária em Garantia, 4ª ed., p. 130).

Na verdade, trata-se de um penhor:

‘Também nada importa tenha o texto da lei definido aquele penhor como transferência ao credor do domínio resolúvel da coisa empenhada; porque os conceitos e definições incluídos no texto da lei, dela, entretanto, materialmente, não fazem parte’ (**José Paulo Cavalcanti**, O Penhor Chamado Alienação Fiduciária em Garantia, p. 28).

Assim, no âmbito do Direito Civil, no nível infraconstitucional, parece indispensável visualizar a alienação fiduciária em garantia, de acordo com os princípios definidores da propriedade e do depósito, para concluir pela inexistência do contrato de depósito, ao menos com o fim de excluir a prisão civil como consequência do inadimplemento de um negócio bancário.

Acrescento que a Sexta Turma, no RHC n. 4.288-5-RJ, em acórdão de lavra do eminente Ministro Adhemar Maciel, decidiu no mesmo sentido: ‘... vou colocar-me ao lado da corrente minoritária, que entende que o ‘depositário infiel’ só pode ser aquele do ‘contrato de depósito’ tradicional, (CC, art. 1.265) que se torna voluntariamente inadimplente. Ora, no caso da alienação fiduciária em garantia não se tem um contrato de depósito genuíno. O devedor-fiduciante não está na situação jurídica de depositário. O credor-fiduciário não tem o direito de exigir dele, a seu bel-prazer, a entrega do bem. Aliás, tecnicamente, nem mesmo de ‘proprietário’ o credor-fiduciário pode ser rotulado, pois nem, sequer, pode ficar com a coisa. Só com o produto de sua venda, com a dedução daquilo que o devedor já lhe pagou. Também transfigurada ficou a milenar regra do **res perit domino suo**, que remonta ao Código de Hamurabi, pois, na alienação fiduciária em garantia, se a coisa perecer sem culpa do devedor, o prejuízo é dele, e não do credor. Na realidade, o que a legislação ordinária (LMC e Decreto-Lei n. 911/1969) fez foi uma ‘equiparação’ daquilo que não pode ser equiparado só para, no fundo, ensejar a

cobrança de dívida mediante ameaça de prisão. Pôs um rótulo em frasco com conteúdo diverso.’ (EREsp n. 149.518-GO, Corte Especial, DJ de 28.2.2000).

Portanto, concedo a ordem.

É o voto.” (HC n. 12.547, Quarta Turma, de minha relatoria).

3. No caso dos autos, enquanto persistir a decisão de fl. 78, inexistente a abusividade acima retratada, mas, de qualquer modo, é de ser afastada a prisão civil. A prisão de depositário infiel é permitida pela Constituição de 1988; porém, no plano infraconstitucional, a que está limitada a competência deste Tribunal, não há como reconhecer a presença de um contrato de depósito:

“Não é proprietário aquele que, ao retomar a posse do bem, através de ação de busca e apreensão, não pode ficar com a coisa para si, estando obrigado a vendê-la a terceiros, cujo preço assim obtido também não é seu, senão na medida do seu crédito (porque ele sempre foi apenas um credor), devendo repassar o saldo ao devedor, que o recebe somente por ser o proprietário. Não sendo o credor proprietário, não poderia ele ter dado a coisa em depósito. Ainda que o fosse, o contrato de depósito também não se constituiu porque a obrigação do depositário, que é a de restituir a coisa, igualmente não existe, pois o pagamento do débito elimina a hipótese de restituição.

Expressiva, ainda, é a diferença apontada pelo Prof. **Álvaro Villaça Azevedo**:

‘Sendo o credor-fiduciário proprietário desse objeto, que foi transmitido, deveria correr os riscos normais do direito de propriedade, tal como a perda do objeto, em mãos de outrem, sem culpa deste ... Ocorre que tal princípio, consagrado por todo o sistema obrigacional do Código Civil, não é observado na alienação fiduciária em garantia, pois, perdida a coisa fiduciada, sem culpa do devedor, o credor executa o contrato com as outras garantias nele constantes (títulos de crédito, por exemplo)’ (Ilegalidade da Prisão Civil por Dívida na Alienação Fiduciária em Garantia, Repertório de Jurisprudência IOB, RJ/3, 23/93, 1^a – dezembro, p. 461). Isto é, para executar sua garantia, o credor é proprietário; perdido o bem, o proprietário que sofre o prejuízo é o devedor. Aliás, essa descaracterização do depósito já

fora observada pelo Prof. **Orlando Gomes**: ‘o devedor-fiduciante não é, a rigor, depositário, pois não recebe a coisa para guardar, nem o credor-fiduciário a entrega para esse fim’ (Alienação Fiduciária em Garantia, 4ª ed., p. 130).

Na verdade, trata-se de um penhor:

‘Também nada importa tenha o texto da lei definido aquele penhor como transferência ao credor do domínio resolúvel da coisa empenhada; porque os conceitos e definições incluídos no texto da lei, dela, entretanto, materialmente, não fazem parte’ (**José Paulo Cavalcanti**, O Penhor Chamado Alienação Fiduciária em Garantia, p. 28).

Assim, no âmbito do Direito Civil, no nível infraconstitucional, parece indispensável visualizar a alienação fiduciária em garantia, de acordo com os princípios definidores da propriedade e do depósito, para concluir pela inexistência do contrato de depósito, ao menos com o fim de excluir a prisão civil como consequência do inadimplemento de um negócio bancário.

Acrescento que a Sexta Turma, no RHC n. 4.288-5-RJ, em acórdão de lavra do eminente Ministro Adhemar Maciel, decidiu no mesmo sentido: ‘... vou colocar-me ao lado da corrente minoritária, que entende que o ‘depositário infiel’ só pode ser aquele do ‘contrato de depósito’ tradicional, (CC, art. 1.265) que se torna voluntariamente inadimplente. Ora, no caso da alienação fiduciária em garantia não se tem um contrato de depósito genuíno. O devedor-fiduciante não está na situação jurídica de depositário. O credor-fiduciário não tem o direito de exigir dele, a seu bel-prazer, a entrega do bem. Aliás, tecnicamente, nem mesmo de ‘proprietário’ o credor fiduciário pode ser rotulado, pois nem, sequer, pode ficar com a coisa. Só com o produto de sua venda, com a dedução daquilo que o devedor já lhe pagou. Também transfigurada ficou a milenar regra do **res perit domino suo**, que remonta ao Código de Hamurabi, pois, na alienação fiduciária em garantia, se a coisa perecer sem culpa do devedor, o prejuízo é dele, e não do credor. Na realidade, o que a legislação ordinária (LMC e Decreto-Lei n. 911/1969) fez foi uma ‘equiparação’ daquilo que não pode ser equiparado só para, no fundo, ensejar a cobrança de dívida mediante ameaça de prisão. Pôs um rótulo em frasco com conteúdo diverso.’ (EREsp n. 149.518-GO, Corte Especial, DJ de 28.2.2000).

Portanto, merece prevalecer o voto-vencido da ilustre Desembargadora Sandra de Santis:

“Não se pode confundir o depósito em que a coisa é entregue a terceiro para restituí-la, quando solicitada, a quem de direito, com o depósito resultante do contrato de alienação fiduciária, que constitui cláusula de reforço para honrar a obrigação civil, em que a restituição não é o fim em si mesma. Como sabiamente asseverou o Min. Luiz Vicente Cernicchiaro no HC n. 2.685-DF, ‘está superada a quadra histórica que enseja a prisão por dívida civil’.” (fl. 21).

Posto isso, concedo a ordem.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 154.353 – RS

(Registro n. 97.0080488-7)

Relator: Ministro Cesar Asfor Rocha
Recorrentes: João Trevisan e outros
Advogado: José Ery Camargo
Recorrido: Paulo Adolpho Abicht
Advogado: Hamilton Langaro Dipp

EMENTA: Processual Civil – Julgamento **extra petita**.

Fere o princípio da adstrição o julgado que aprecia a causa além do pedido formulado na inicial.

Recurso especial conhecido e provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por maioria, conhecer do recurso e dar-lhe provimento, vencido o Sr. Ministro Barros Monteiro. Votaram com o

Relator os Srs. Ministros Aldir Passarinho Junior e Sálvio de Figueiredo Teixeira. Impedido de votar o Sr. Ministro Ruy Rosado de Aguiar.

Brasília-DF, 12 de junho de 2001 (data do julgamento).

Ministro Cesar Asfor Rocha, Presidente e Relator.

Publicado no DJ de 1.10.2001.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Cesar Asfor Rocha: Os Recorrentes promoveram contra o Recorrido uma ação de nunciação de obra nova, em 18 de dezembro de 1984, quando obtiveram despacho concessivo de liminar embargatória da obra, que foi cumprido na mesma data, ficando as obras paralisadas até 19 de outubro de 1987.

Como referida ação foi julgada improcedente, o ora recorrido ajuizou uma ação ordinária de indenização contra os aqui recorrentes, buscando reparação pelos danos emergentes e lucros cessantes ocorridos no período do embargo, apuráveis em liquidação de sentença.

Para tanto, invocou o disposto o art. 811 do Código de Processo Civil alegando o caráter cautelar do embargo liminar cogitado, e asseverou na inicial:

“É líquido, portanto, o direito do Autor a ser indenizado de todos os prejuízos que a paralisação da obra lhe causou, cujo **quantum** só pode ser fixado em liquidação de sentença.

No entanto, sabe-se que ‘toda a paralisação, nos tempos inflacionários, causa prejuízos, que o embargante, se decair da ação, terá de indenizar’. (**Cristiano Graeff Junior**, acórdão citado), pelo que *decorre da paralisação dois tipos de danos: diretos e indiretos*.

Pode-se nominar os danos diretos, aqueles que a doutrina conhece como ‘danos emergentes’ e se consubstanciam nos prejuízos causados ao Autor pelo aumento do custo da construção, para a qual, inexistindo o embargo, estava previsto um orçamento completamente diverso daquele que a final ter-se-ia produzido.

Por outro lado, se não fora o embargo, o Autor teria lançado ao mercado unidades imobiliárias suscetíveis de renda, cuja fruição lhe foi impedida pelo fato de não ter terminado a obra no prazo visado. Tal

renda consistiria em alugueres que os imóveis poderiam lhe render ao término da obra no prazo previsto no cronograma, dentre outros tipos de prejuízos.

Assim, os Réus, pelo decaimento da ação de nunciação, deverão ser condenados a ressarcir ao Autor todos os danos emergentes e lucros cessantes a serem apurados em liquidação de sentença, quando, então, discutir-se-á o conteúdo dessa indenização.

A condenação ora pleiteada deverá ser consentânea com o princípio geral do art. 1.518 do Código Civil, que dispõe:

‘Se tiver mais de um autor a ofensa, todos responderão solidariamente pela reparação.’

Assim, como todos os autores da ação de nunciação foram ‘autores da ofensa’, a responsabilidade de todos é solidária, o que deverá constar da sentença.” (fls. 7/9).

No que há de útil, e em apertada síntese, os Réus-recorrentes contestaram que a ação de nunciação de obra nova não possui natureza cautelar, o que afastaria a indenização.

Mesmo negando incidência ao art. 811 do Código de Processo Civil, a sentença de 1ª grau, contudo, julgou procedente a ação, e dela extraio os seguintes tópicos:

“Assim, de uma forma ou de outra, entendo que a ação foi, no mínimo, temerária, se não de má-fé. Embargaram prematuramente uma obra, alterando, inclusive, a verdade dos fatos, conforme as contradições apontadas pelo eminente Desembargador.

Não há qualquer dúvida de que o retardamento da construção de uma obra causa prejuízo para o proprietário, principalmente numa época de economia inflacionária como a em que ocorreram os fatos. Obviamente que além do custo da construção, se as unidades imóveis tinham como objeto a venda ou locação, resta ainda a apuração do valor que perceberia o proprietário com os locativos e/ou a venda.

Na sentença, o culto Magistrado Pedrinho Bortoluzzi bem enfrentou a questão da existência dos danos e da indenização, tanto que parte da mesma foi reproduzida no venerando acórdão de fls. 468 e seguintes dos autos, e que também permito-me transcrever, neste passo,

como razão de decidir: ‘A ocorrência de dano parece-me indiscutível. Dispensável, a respeito, neste ponto, produção de qualquer tipo de prova, por duas razões simples: *a primeira* porque é pacífico que a liminar retardou a continuação da obra por trinta e quatro meses e um dia (foi executada em 18.12.1984 e o acórdão final só transitou em julgado em 19.10.1987), o que significa, que mantido o mesmo ritmo das obras, também a conclusão foi retardada por igual período. E a partir daí, óbvia é também a conclusão de que o autor sofreu evidentes prejuízos porque teve retardada, por trinta e quatro meses e um dia, a possibilidade de obter dividendos do seu investimento, no caso, o resultado de locação ou equivalente. Não cabe aqui questionar se o Autor ia locar ou vender os apartamentos. Num e noutro caso teve retardada a possibilidade de desfrutar do imóvel: *a segunda*, porque confrontando a evolução das OTNs e do CUB (custo unitário básico da construção civil) entre dezembro de 1984 e outubro de 1987 ver-se-á que este último venceu, em termos percentuais as primeiras.’ (fls. 744/745).

.....

“Resumindo: indubitável que a ação de nunciação de obra nova foi temerária, sem amparo legal; que a obra fora iniciada e foi interrompida pelo embargo resultante da referida ação; que a obra só teve reinício trinta e quatro meses depois; assim, perfeitamente caracterizada a obrigação de indenização, pois não há qualquer dúvida quanto à incidência do prejuízo.” (fls. 745/746).

Os Réus-recorrentes apelaram e, dentre outras postulações, requereram que fosse reconhecida ofensa aos arts. 128 e 460 do Código de Processo Civil, pois a ação não teria sido fundamentada em culpa subjetiva dos Recorrentes, como teve base a sentença, após negar aplicação ao art. 811 do Código de Processo Civil.

A apelação foi improvida e, no ponto, o r. aresto hostilizado está assim ementado:

“2. A causa de pedir é o fato ou conjunto de fatos invocado pelo autor (CPC, art. 282, III). Não há modificação da causa, conforme precedente do STJ, mas diversa qualificação jurídica, com base no princípio **iura novit curia**, se a demanda é decidida com base em regra jurídica diversa. No Direito brasileiro, a demanda pode provocar dano e responderá civilmente o autor, o réu ou interveniente que pleitear de

má-fé (CPC, art. 16). Em decorrência desta típica regra de direito material, desnecessário invocar, como fundamento da responsabilidade, regras gerais e a teoria do abuso do direito. A liminar nunciatória não é cautelar, mas satisfativa, e, portanto, a ela não se aplica a regra da responsabilidade objetiva (CPC, art. 811). É temerária a demanda em que os autores embargam obra não iniciada (CPC, art. 17, V), e, inclusive, alteram a verdade dos fatos (CPC, art. 17, II).” (fl. 787).

Daí o recurso especial em exame com base nas letras **a** e **c** do permissor constitucional, por sugerida divergência com os julgados cujas ementas são transcritas, no sentido de que a condenação por litigância de má-fé depende de iniciativa da parte ofendida, e por alegada violação ao art. 128 do Código de Processo Civil porque a decisão teria sido proferida fora dos limites em que a lide foi proposta, ou seja, baseando-se em culpa subjetiva (má-fé) dos Réus-recorrentes, quando o Autor-recorrido teria fundamentado o seu pedido exclusivamente na responsabilidade objetiva (art. 811 do Código de Processo Civil).

Apontou ainda ofensa aos arts. 16 e 17, II e V, do Código de Processo Civil, porque “a partir de uma controvérsia em matéria de direito, havida no já extinto processo da ação de nunciação de obra nova, atribuiu aos Recorrentes litigância de má-fé, quando essa em nenhum momento foi suscitada pela parte interessada” (fl. 810), bem como por ter imputado “aos litigantes má-fé, atribuindo aos mesmos alteração da verdade dos fatos (o que nunca foi discutido e/ou provado nesses autos), bem como conduta temerária ao ajuizar a ação, o que não ocorreu, tanto que o juiz da causa deferiu liminar e o Tribunal de 2ª instância não decidiu por unanimidade a questão jurídica debatida” (fl. 810).

Por fim, indicou violação ao art. 474 do Código de Processo Civil, por ofensa à coisa julgada, “isto porque este artigo contém uma presunção, qual seja, a de que o não-exame da questão de má-fé à época equivalente à sua rejeição, é descabido agora o seu exame e aceitação como fundamento de condenação” (fl. 812).

VOTO

O Sr. Ministro Cesar Asfor Rocha (Relator): 1. O recurso não pode ser conhecido pela pretendida dissensão, pois não foi observado o disposto no parágrafo único do art. 541 do Código de Processo Civil e no § 2º do art. 255 do RISTJ, apresentando-se falha a comprovação da desinteligência dos

julgados, sendo deficiente para evidenciá-la a simples citação de ementa, quando não se trata, como no caso, de notória divergência.

Ademais, o Recorrente não procedeu à demonstração analítica das circunstâncias que identifiquem ou assemelhem os casos confrontados, impossibilitando a evidência da moldura fática norteadora das decisões que afirmou discrepantes, pois é imprescindível para a caracterização do dissídio jurisprudencial, por lógico, que os acórdãos ostentadores de díspares conclusões hajam sido proferidos em idênticas hipóteses.

2. O recurso não pode ser conhecido pela alegada ofensa ao art. 474 do Código de Processo Civil, pois a norma nele inserta não mereceu a mais mínima interpretação por parte do acórdão recorrido, não tendo tido a parte o cuidado de opor, contra eventual omissão, os necessários embargos declaratórios.

Aplicação, pois, dos Verbetes n. 282 e 356 da súmula do Pretório Excelso.

Para que a matéria objeto do apelo nobre reste prequestionada há necessidade tanto que seja levantada pela parte quando da impetração do recurso comum na Corte ordinária, quanto que seja por esta efetivamente debatida ao decidir a apelação.

Ausente o debate, inexistente o prequestionamento, por isso que obstaculizada a via de acesso ao apelo excepcional.

3. Como visto, os Recorrentes promoveram contra o Recorrido uma ação de nunciação de obra nova em 18 de dezembro de 1984, quando obtiveram despacho concessivo de liminar embargatória da obra, cumprido na mesma data, ficando as obras paralisadas até 19 de outubro de 1987.

Como referida ação foi julgada improcedente, o Autor-recorrido ajuizou uma ação ordinária de indenização contra os Réus-recorrentes, buscando reparação pelos danos emergentes e lucros cessantes ocorridos no período do embargo, apuráveis em liquidação de sentença.

Para tanto, invocou o disposto o art. 811 do Código de Processo Civil alegando o caráter cautelar do embargo liminar cogitado, asseverando na inicial:

“É líquido, portanto, o direito do Autor a ser indenizado de todos os prejuízos que a paralisação da obra lhe causou, cujo **quantum** só pode ser fixado em liquidação de sentença.

No entanto, sabe-se que ‘toda a paralisação, nos tempos inflacionários, causa prejuízos, que o embargante, se decair da ação, terá de indenizar’. (**Cristiano Graeff Junior**, acórdão citado), pelo que *decorre da paralisação dois tipos de danos: diretos e indiretos*.

Pode-se nominar os danos diretos, aqueles que a doutrina conhece como ‘danos emergentes’ e se consubstanciam nos prejuízos causados ao Autor pelo aumento do custo da construção, para a qual, inexistindo o embargo, estava previsto um orçamento completamente diverso daquele que a final ter-se-ia produzido.

Por outro lado, se não fora o embargo, o Autor teria lançado ao mercado unidades imobiliárias suscetíveis de renda, cuja fruição lhe foi impedida pelo fato de não ter terminado a obra no prazo visado. Tal renda consistiria em alugueres que os imóveis poderiam lhe render ao término da obra no prazo previsto no cronograma, dentre outros tipos de prejuízos.

Assim, os Réus, pelo decaimento da ação de nunciação, deverão ser condenados a ressarcir ao Autor todos os danos emergentes e lucros cessantes a serem apurados em liquidação de sentença, quando, então, discutir-se-á o conteúdo dessa indenização.

A condenação ora pleiteada deverá ser consentânea com o princípio geral do art. 1.518 do Código Civil, que dispõe:

‘Se tiver mais de um autor a ofensa, todos responderão solidariamente pela reparação.’

Assim, como todos os autores da ação de nunciação foram ‘autores da ofensa’, a responsabilidade de todos é solidária, o que deverá constar da sentença.” (fls. 7/9).

O r. aresto hostilizado, da lavra do eminente Desembargador Araken de Assis, ainda que afastando a incidência do art. 811 do Código de Processo Civil, deu pela procedência da ação pelos seguintes fundamentos:

“2. Tangente ao mérito, inicialmente impende fixar que ao autor, na inicial, só compete descrever os fatos constitutivos e os fundamentos jurídicos do seu pedido, a teor do art. 282, III, do Código de Processo Civil.

Na espécie, o Apelado descreveu a paralisação da obra, por força de liminar obtida pelos Apelantes, através de nunciação de obra nova, e a injustiça desta paralisação, gerando o dever de indenizar, ainda que não tivesse ocorrido lide temerária (fls. 5/7). É verdade que, nesta narrativa, intercalam-se citações de doutrina e jurisprudência, mas, por óbvio, a causa de pedir se encontra narrada.

É irrelevante, ao mesmo tempo, o fundamento legal da demanda. Ao órgão judiciário toca qualificar, do ponto de vista do Direito, os fatos narrados, consoante o antigo aforismo **iura novit curia**.

Neste sentido, invoco acórdão da egrégia Quarta Turma do STJ, no REsp n. 2.403-RS, 28.8.1990, Relator o eminente Ministro Sálvio de Figueiredo, EJSTJ, 2 (4) / 193:

‘Processual Civil. Proteção possessória. **Causa petendi**. Inocorrência de alteração. Servidão de trânsito por **destinatio patris familias**.

Segundo esmerada doutrina, **causa petendi** é o fato ou o conjunto de fatos suscetível de produzir, por si, o efeito jurídico pretendido pelo autor.

Não se verifica alteração da causa de pedir quando se atribuiu ao fato ou ao conjunto de fatos qualificação jurídica diversa da originariamente atribuída.

Incumbindo ao juiz a subsunção do fato à norma, ou seja, a categorização jurídica do fato, incorre modificação da **causa petendi** se há compatibilidade do fato descrito com a nova qualificação jurídica ou com o novo enunciado legal.

Mostra-se sem vício a decisão que, após nova leitura da moldura fática, defere a proteção possessória, não sob o prisma da passagem de prédio encravado, mas sob o enfoque da servidão de trânsito por destinação do proprietário.’

Assim, o fato de o Apelado basear sua demanda em responsabilidade objetiva (art. 811, I, do Código de Processo Civil), tão-só pelo decaimento dos réus da medida cautelar inserida no âmbito da nunciação de obra nova, e o órgão judiciário, ao invés, situar tal responsabilidade no art. 159 do Código Civil, porque configurado abuso no direito de demandar, não provoca alteração na causa de pedir,

nem infringe aos artigos 128 e 160 do Código de Processo Civil.” (fls. 792/794).

.....

Quanto à conduta dos Apelantes, já me manifestei, às fls. 471/474, e aqui reproduzo, com as necessárias adaptações, os argumentos então expendidos.

Em princípio, exercício legítimo de direito, aliás conferido a todos, indistintamente, a demanda, ou seja, a ação (processual) que resulta do direito à tutela jurídica do Estado, pode provocar dano.

No sistema jurídico pátrio, o art. 16 do Código de Processo Civil, que é típica regra de direito material, apesar de inserido no estatuto de processo – a localização, por assim dizer ‘geográfica’, da regra é irrelevante para definir sua natureza –, dispõe o seguinte:

‘responde por perdas e danos aquele que pleitear da má-fé como autor, réu ou interveniente.’

Assim, o Direito pátrio consagra como ilícito civil demandar de má-fé, seja qual for a posição adotada no processo.

Torna-se desnecessário, portanto, fundamentar a indenizabilidade do dano, porventura verificado no processo, à luz do art. 160, I, **a contrario sensu**, do Código Civil, e da teoria do abuso de direito, como pretende **Sílvio Rodrigues** (Direito Aplicado, vol. 3, p.p. 164/165, São Paulo, 1986), na lição trazida pelos Apelantes na réplica (fls. 170/173).” (fl. 795).

.....

“Desejando contornar a prova da má-fé, o Apelado, como o dano decorreu da liminar nunciatória, invocou a responsabilidade objetiva instituída no art. 811 do Código de Processo Civil, qualificando de cautelar, então, aquela providência.

Indiscutível que seja a abstração da culpa no dano decorrente de medidas cautelares, e a possibilidade de com ela conviver a responsabilidade fundada na culpa (**Ovídio A. Batista da Silva**, Comentários, p.p. 244/246, Porto Alegre, 1985; **Galeno Lacerda**, Comentários Vol. 1, n. 79, p. 431, Rio de Janeiro, 1980), o preceito excepcional não se aplica ao caso. A liminar nunciatória não é cautelar. Ao propósito, explica o

já mencionado **Ovídio A. Batista da Silva** (Procedimentos Especiais, n. 144, p. 291, Rio de Janeiro, 1989):

‘A nunciação de obra nova, enquanto tutela contra o dano eventual, é uma das tantas formas de tratamento jurisdicional do ‘perigo’, assim como igualmente o são as medidas cautelares. A distinção entre elas está em que a **nuntatio**, tal como o direito moderno a conceitua, é tutela jurisdicional satisfativa, enquanto os provimentos verdadeiramente cautelares respondem à ‘pretensão à segurança’, e, por definição, não satisfazem o direito cautelar. A diferença entre as duas categorias está, evidentemente, na diversidade dos efeitos de ambas as formas de tutela.’

Por conseguinte, rejeito a incidência do art. 811 do Código de Processo Civil na espécie. Cumpria ao Apelado demonstrar o dolo ou culpa dos Apelantes, ou seja, demanda imbuída de má-fé.

Ora, este ângulo foi bem explorado no curso do processo, a partir das conclusões externadas no acórdão das fls. 47/65. Teve ocasião o eminente Desembargador Adroaldo Furtado Fabrício de sublinhar a contradição grave da postulação dos Apelantes na nunciatória, evidenciando autêntico açodamento, **in verbis**:

‘Efetivamente, a posição dos nunciantes, no caso, é altamente contraditória, porque, quando se trata de demonstrar o cabimento da ação de nunciação, sustentam que a obra já se iniciou, mas quando se trata de demonstrar que a lei municipal nova apanharia esta obra, afirma-se que ela não estava iniciada. Ou estava ou não estava. Se estava iniciada, já estava fora do alcance da lei municipal nova. Se não estava, careciam os nunciantes da ação intentada.’

Encontra-se demonstrada, portanto, a má-fé dos Apelados, que procederam de forma temerária, embargando prematuramente a obra (art. 17, V, do Código de Processo Civil), e alteraram, inclusive, a verdade dos fatos (art. 17, I, do Código de Processo Civil), consoante a contradição apontada.

Também há prova do dano, direto e indireto, alegado na inicial (fl. 8). Com efeito, houve acréscimo no custo final da obra, o que

decorre da própria escala inflacionária. Por igual, a indiscutível paralisação provocou retardamento no lançamento das unidades autônomas e na sua comercialização, pelo tempo respectivo, o que não depende da existência de qualquer cronograma. Não há dúvida de que tal dano foi suportado pelo Apelado, total ou parcialmente, conforme se apurar.” (fls. 796/797).

Argumentam os Recorrentes que teria havido julgamento **extra petita**, na medida em que a presente ação indenizatória foi proposta pelo Autor-recorrido, tendo base apenas no art. 811 do Código de Processo Civil, ao fundamento de que a ação de nunciação de obra nova tem feição cautelar, por isso que, sendo ela julgada improcedente, o seu autor (que são os ora recorrentes) deve responder pelos prejuízos sofridos pelo Réu decorrentes da paralisação das obras em face do embargo inicial pedido pelo Autor.

Quando do julgamento da ação de nunciação de obra nova não houve nenhuma condenação dos então autores, aqui Réus-recorrentes, por litigância de má-fé. Sequer mesmo houve irresignação do então réu, ora Autor-recorrido, quanto a isso.

Assim, na ação anterior, não houve condenação nem sequer reconhecimento da existência de litigância de má-fé e no pedido inaugural desta ação ora em exame nada constou quanto a tal aspecto, tanto que a ação foi proposta apenas com base no art. 811 do Código de Processo Civil.

Conforme destacado no relatório, tudo quanto postulado pelo Recorrido teve fincas apenas no art. 811 do Código de Processo Civil, donde se verifica, e também por tudo mais quanto foi exposto pelo Recorrido, que a origem dos danos que teria sofrido estaria na natureza cautelar da ação de nunciação de obra nova, conforme revelam com nitidez os trechos da inicial anteriormente transcritos.

Apreciando o pedido nos termos postos, as instâncias ordinárias entenderam que a matéria em exame estaria mesmo fora do foco de incidência do art. 811 do Código de Processo Civil, uma vez que a ação de nunciação de obra nova não tem característica de uma ação cautelar.

Nada obstante isso, a ação foi julgada procedente, já aí por outro motivo, qual seja, o de que os danos teriam sido causados pela paralisação das obras, em face do embargo obtido pelos aqui réus-recorrentes naquela ação de nunciação, em que teriam litigado com má-fé.

Com efeito, as respeitáveis decisões das instâncias ordinárias feriram

o princípio da adstrição a que o juiz deve respeitar, atendo-se ao pedido formulado pela parte.

Para se defenderem do ataque iniciado pelo Autor-recorrido, seria bastante aos Réus-recorrentes demonstrarem única e exclusivamente que a ação de nunciação de obra não teria feição cautelar, sem qualquer preocupação em infirmar culpa subjetiva.

Na forma como a ação foi deflagrada pelo Autor-recorrido, a linha da contestação a ser traçada pela defesa seria outra (demonstrar a ausência de culpa objetiva), bem diferente da que teria que ser exposta se tivessem os Réus-recorrentes de se esquivar da responsabilidade subjetiva, como a que a eles foi imposta pelo r. acórdão hostilizado.

São rumos absolutamente distintos de defesa.

Mesmo que se queira conferir uma interpretação extensiva aos arts. 16 e 17 do Código de Processo Civil, para dar viabilidade ao entendimento de que a apuração dos danos e a sua cobrança possam ocorrer em ação própria, proposta posteriormente, distinta daquela em que a litigância de má-fé tivesse ocorrido – o que admito apenas para dar calor ao debate, pois é tema sobre o qual me encontro ainda envolto em dúvidas, por isso que com o espírito aberto a todos os argumentos, sobretudo depois que a Constituição Federal de 1988 impôs a reparação ampla a todas as ofensas sofridas, inclusive à moral – ainda assim, quando menos, essa má-fé haveria de ter sido, necessariamente, reconhecida na sentença proferida na anterior ação de nunciação de obra nova, o que não se verificou na hipótese.

No caso, o pedido inicial adstringiu-se a responsabilizar os Recorrentes pelos danos que teriam causado ao Recorrido porque a ação de nunciação de obra nova tem natureza cautelar, e do embargo das obras teriam decorrido prejuízos.

Não se cogitou que os aqui Réus-recorrentes teriam sido contedores de má-fé na pendenga anterior, do que decorreria o seu dever de suportar os ônus impostos pelos arts. 16 e 17, antes mencionados.

E esses dispositivos, como afirmei quando do julgamento do REsp n. 137.289-RN, não se vinculam à responsabilidade civil por dano, já que dela cuida o direito material, pois que têm, assim, apenas a finalidade de preservar o interesse público e das partes de que o processo seja utilizado e conduzido sem os vícios assinalados pelo reportado art. 17, sob pena de o infrator sofrer as sanções do art. 18, que são decorrentes de reprováveis atitudes processuais, por isso mesmo que devem ser consignadas no próprio

feito em que os deslizos forem cometidos, nele mesmo devendo ser aferido o valor da pena a ser suportado pelo infrator, para, em sua fase final, proceder-se à sua execução.

Os demais danos, aqueles civis, aceitos pelo r. aresto atacado, são colacionados pelo direito material, e neste não foi o Autor-recorrido buscar nenhum amparo para a sua pretensão.

Assim, no caso em exame, “a **causa petendi**, que é o fato ou conjuntos de fatos suscetível de produzir, por si, o efeito jurídico pretendido pelo Autor”, como asseverado pelo eminente Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, foi a liminar obtida numa cautelar (assim entendida pelo Autor-recorrido), de que decorreram prejuízos a serem reparados pelos Réus-recorrentes, em face de sua responsabilidade objetiva.

Bem distinta da **causa petendi** que foi percebida pelas instâncias ordinárias, isto é, a responsabilidade subjetiva que recai sobre os Réus-recorrentes por terem agido temerariamente, com má-fé, quando ingressaram com a ação de nunciação e postularam referida liminar, de onde decorreram prejuízos ao Autor-recorrido, que devem ser indenizados.

Há, pois, ofensa ao art. 128 do Código de Processo Civil.

4. Observo, por fim, que a referida ação de nunciação de obra nova foi julgada procedente em 1^o grau e improcedente, por maioria, quando da apelação, inclusive com voto-vencido do então Desembargador Ruy Rosado de Aguiar, hoje eminente Ministro integrante desta Quarta Turma. Não foi, assim, uma demanda tão temerária.

5. Diante de tais pressupostos, conheço do recurso e dou-lhe provimento, para, reformando as decisões ordinárias, julgar improcedente a presente ação ordinária de indenização, condenando o Autor-recorrido ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios no valor de R\$ 10.000,00.

VOTO

O Sr. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira: Acompanho o voto do Ministro-Relator, conhecendo do recurso e dando-lhe provimento.

VOTO-VENCIDO

O Sr. Ministro Barros Monteiro: Sr. Presidente, peço vênias para divergir do voto do Sr. Ministro-Relator e dos eminentes pares que o acompanharam.

Penso que, no caso, não ocorre o julgamento **extra petita**; basta à parte narrar os fatos. É a aplicação dos conhecidos brocardos **da mihi factum, dabo tibi jus** (dá-me o fato, dar-te-ei o direito a se aplicar) ou **jura novit curia** (o juiz conhece a lei).

O objetivo do Autor foi receber a indenização em virtude de um fato objetivo: a paralisação da obra em razão do embargo concedido liminarmente na ação de nunciação de obra nova.

O fato de ele haver invocado o art. 811 do Código de Processo Civil, a meu ver, é absolutamente irrelevante, porque a qualificação jurídica, por força dos aforismos referidos, compete ao juiz proceder. Então, ao juízo e ao Tribunal era perfeitamente permitido não conceder pelo art. 811, mas deferir por outro fundamento jurídico, sem que houvesse nenhuma ofensa ao princípio da adstrição. E tem mais, se a inicial pediu a indenização, por força da responsabilidade objetiva, não estava impedido o Tribunal de reconhecer até a culpa, ou seja, a responsabilidade subjetiva, porque esta, de certa forma, favorece, até, o Réu.

De toda sorte, penso que, afastando a indenização pelo art. 811, o Tribunal poderia concedê-la em face da paralisação, por outro fundamento; até mesmo por força da responsabilidade objetiva ou por responsabilidade subjetiva decorrente de um eventual comportamento inusitado, temerário ou ilícito, por parte do Réu.

Aqui, no caso, com a devida vênia, não há ofensa aos arts. 128 e 460, daí porque não estou conhecendo do recurso.

RECURSO ESPECIAL N. 203.066 – PR

(Registro n. 99.0009183-3)

Relator: Ministro Barros Monteiro
Recorrente: Hinderikus Jan Borg
Advogada: Maisa Goretti Lopes Sant’Ana
Recorrido: Banco Bamerindus do Brasil S/A
Advogado: José Walter de Sousa Filho

EMENTA: Apelação – Reiteração dos argumentos expeditos na

contestação – Recurso que, em substância, satisfaz os requisitos legais.

– Não obsta o conhecimento da apelação o fato de a recorrente reiterar os argumentos anteriormente articulados quando da contestação, uma vez que presentes, em linhas gerais, os requisitos insertos no art. 514 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 Cesar Asfor Rocha, Ruy Rosado de Aguiar e Sálvio de Figueiredo Teixeira.

Brasília-DF, 22 de agosto de 2000 (data do julgamento).

Ministro Ruy Rosado de Aguiar, Presidente.

Ministro Barros Monteiro, Relator.

Publicado no DJ de 16.10.2000.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Barros Monteiro: O MM. Juiz de Direito da 3ª Vara Cível da Comarca de Ponta Grossa-PR julgou procedente em parte a ação de depósito, em que se convertera a busca e apreensão, proposta pelo Banco Bamerindus do Brasil S/A contra Hinderikus Jan Borg para “condenar o Réu a restituir ao Autor os bens descritos na exordial no prazo de 24 (vinte e quatro) horas, ou seu equivalente em dinheiro a ser apurado por cálculo do contador, deduzida a parcela paga, sob pena de prisão como depositário infiel, nos termos dos artigos 901 e 904, **caput** e parágrafo único, do Código de Processo Civil”.

A Sétima Câmara Cível do Tribunal de Alçada do Paraná, à unanimidade de votos, desacolheu as preliminares e não conheceu do recurso do Réu, em acórdão assim ementado:

“Apelação cível. Busca e apreensão convertida em depósito. Nulidade da sentença por irregularidades. Inocorrência. Ausência de alteração do julgado. Prisão civil. Depósito. Repetição da contestação. Inexistência de crítica à sentença apelada. Decisão correta. Recurso não conhecido.

Não se constitui razões recursais a repetição da fundamentação lançada na contestação, pois não foram indicadas as razões de inconformismo contra a sentença” (fl. 108).

Eis os fundamentos expendidos pelo v. acórdão:

“O presente recurso não merece prosperar.

Inicialmente, quanto às irregularidades constantes na sentença, estas não passam de meros erros materiais que poderão ser corrigidas a qualquer tempo e não alteram o julgado.

Quanto à ausência de conclusão e apreciação de matérias estranhas à lide, estas também não alteram o julgado, sendo certo que à fl. n. 7 da sentença, ou fl. 69 dos autos foi incluída por equívoco, fato este que, por si, não tem o condão de gerar a nulidade da decisão, posto que o ponto central da lide foi analisado inteiramente, qual seja, a possibilidade de prisão civil de depositário infiel em caso de alienação fiduciária e que é lícito e cabível o pedido de conversão ante o não-cumprimento do contrato.

Assim, afastadas as preliminares, no mérito não assiste melhor sorte ao Apelante em razão de que seu recurso não merece ser conhecido, pois não trouxe nenhum elemento novo ou inconformismo da sentença lançada.

A informática vem permitindo inúmeros recursos e ferramentas para auxílio ao profissional do Direito, trazendo, ainda, rapidez e segurança nas suas atividades profissionais, como em todas as demais áreas, porém, está propiciando, igualmente, inúmeras facilidades que inadvertidamente provocam o afastamento das questões discutidas no processo.

A repetição interminável dos temas armazenados em bancos de dados estão a prejudicar os julgadores, pois, essa massa de material repetitivo muitas vezes não esclarece quais os pontos controvertidos na sentença recorrida ou quais os atos processuais discordados.

Observa-se na contestação, em relação aos tópicos apontados, a repetição da fundamentação, não restando esclarecidos, definidos ou determinados os pontos necessários à revisão, não trazendo o apelo qualquer novidade ou fato capaz de modificar, nesta Instância, as razões de convencimento do julgador **a quo**.

O efeito devolutivo não é aquele em que o apelante se manifesta genericamente, e em repetição à contestação, mas devolve ao julgador o direito de analisar as questões que forem lançadas no apelo, especialmente indicadas pelo recorrente.

O apelante deve, necessariamente, indicar quais os fatos ou fundamentos de que discorda na sentença hostilizada, e como se trata de temas diversos e repetidos, indicar com precisão onde discorda ou por onde equivocou-se o Dr. Juiz ao se afastar das questões que lhe foram submetidas.

A r. sentença recorrida analisou todos os fatos com critério, interpretação lógica e legislativa, não merecendo reparos.

Desta forma, voto no sentido de não serem acolhidas as preliminares argüidas e no mérito, de não ser conhecido o recurso” (fls. 109/110).

Inconformado, o Réu manifestou recurso especial com fulcro nas alíneas **a** e **c** do permissor constitucional, apontando contrariedade aos arts. 514 e 515, § 1º, do Código de Processo Civil, bem como divergência jurisprudencial. Asseverou que não poderia o Tribunal ter agido com excesso de rigor e deixado de conhecer do apelo, uma vez que, “por ocasião da interposição do recurso de apelação pelo Recorrente, o mesmo satisfiz, entre outras, todas as exigências legais e essenciais de admissibilidade do recurso de apelação arrolados no artigo 514 do CPC”.

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

Às fls. 151/172 o Réu pleiteou:

a) a suspensão do feito;

b) a determinação ao Banco que renegocie a sua dívida rural pelo prazo de 20 (vinte) anos.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Barros Monteiro (Relator): Ao contestar o pedido inicial, o Réu argüiu: a) haver solvido a primeira parcela; b) a carência de ação por inexistência do depósito; c) inadmissibilidade da prisão civil.

Arredadas as suas alegações pela sentença, o Suplicado apelou, suscitando a preliminar de nulidade da sentença. Insistiu na inexistência de depósito típico e impugnou a cominação de prisão civil. Ao final, reiterou as preliminares de nulidade e de carência, assim como os pedidos de reforma, seja para julgar-se improcedente a ação, seja para simplesmente excluir-se a possibilidade de prisão civil.

Os fatos e os fundamentos jurídicos do pedido estão aí plenamente satisfeitos. Em verdade, o Réu investiu contra a sentença, manifestando o seu inconformismo, embora repetindo questões que já haviam sido aventadas quando da contrariedade ao pleito vestibular. Não se achava obstado a tanto, desde que os tópicos ventilados em sua peça de defesa passaram a constituir os pontos controvertidos do litígio.

Ainda que possa ter reproduzido, em parte, o texto constante de sua contestação, as razões do recurso apelatório não podem ser tidas como inep-tas, a ponto de ensejar o não-conhecimento do apelo. Observa-se, nesse passo, o excessivo rigor com que se houve a decisão recorrida ao dar aplicação à regra inserta no art. 514, inciso II, do CPC. Na verdade, o Apelante alinhou os motivos pelos quais postulou a reforma do decisório de 1^a grau, deixando inequívoca a sua inconformidade com a sentença proferida.

Em face da impugnação integral manifestada, incumbida ao colendo Tribunal de origem julgar a apelação interposta, devolvido que lhe fora por inteiro o conhecimento da controvérsia, conforme enuncia o art. 515, **caput**, do CPC: “a apelação devolverá ao tribunal o conhecimento da matéria impugnada” (**tantum devolutum quantum appellatum**).

Já teve ocasião de decidir esta egrégia Corte Superior que “não satisfaz a exigência legal (exposição dos fundamentos de fato e de direito) a simples e vaga referência à inicial e outras peças dos autos” (REsp. n. 43.537-4-PR, Relator Ministro Eduardo Ribeiro). Não é isto que se dá na espécie em exame, porquanto, a despeito de reproduzir parte de sua peça de defesa, o apelo contém, como dito, os requisitos mínimos para a sua admissibilidade nesse ponto.

Nesses termos, o julgado recorrido vulnerou, no caso, as normas dos

arts. 514, inciso II, e 515 do Código de Processo Civil. Apenas não se vê como caracterizada a dissonância interpretativa com os julgados colacionados à falta da demonstração analítica exigida pelos arts. 541, parágrafo único, do CPC, e 255, § 2º, do RISTJ.

Por derradeiro, o petitório de fls. 151/176 deve ser dirigido à autoridade judiciária competente, pelas vias adequadas.

Do quanto foi exposto, conheço do recurso pela alínea a do permissor constitucional e dou-lhe provimento, a fim de que o egrégio Tribunal julgue a apelação como entender de direito.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 245.139 – RJ

(Registro n. 2000.0003363-4)

Relator: Ministro Aldir Passarinho Junior
Recorrente: Companhia Estadual de Águas e Esgotos – Cedae
Advogados: Érika Gress de Souza e outros
Recorridos: João Paulo Bruno e outros
Advogados: Néelson Alves Corrêa e outros

EMENTA: Processual Civil – Medida cautelar – Descumprimento do art. 806 do CPC – Perda da eficácia da liminar – Prosseguimento do processo cautelar.

I – A não-propositura da ação principal no trintídio previsto no art. 806 do CPC acarreta, apenas, a perda da eficácia da liminar concedida, e não a extinção da medida cautelar.

II – 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 Ruy Rosado de Aguiar. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Cesar Asfor Rocha. Custas, como de lei.

Brasília-DF, 7 de novembro de 2000 (data do julgamento).

Ministro Ruy Rosado de Aguiar, Presidente.

Ministro Aldir Passarinho Junior, Relator.

Publicado no DJ de 12.2.2001.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Aldir Passarinho Junior: A Companhia Estadual de Águas e Esgotos – Cedae interpõe recurso especial, com fundamento no art. 105, III, letra a, da Constituição Federal, contra decisão do colendo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

O 2º Grupo de Câmaras Cíveis do TJRJ, por unanimidade, conheceu e proveu embargos infringentes interpostos pelos ora recorridos. Considerou que o decurso do prazo do art. 806 do CPC, importa apenas na cessão de eficácia da liminar concedida em ação cautelar preparatória, e não provocaria a extinção da própria cautelar sem julgamento do mérito.

No recurso especial é apontada violação ao art. 806 do CPC. Alega a Recorrente que o descumprimento do prazo de trinta dias para propor a ação principal redundaria não só na perda de eficácia da liminar, como também na extinção da medida cautelar.

Os Recorridos apresentaram contra-razões, às fls. 242/243.

Juízo prévio de admissibilidade do especial no Tribunal de origem às fls. 250/253.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Aldir Passarinho Junior (Relator): Insurge-se a Recorrente, com base na letra a do permissivo constitucional, contra acórdão prolatado pelo colendo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, que ao julgar embargos infringentes, considerou que o não-ajuizamento da

ação principal no prazo de trinta dias da efetivação da liminar em cautelar preparatória, não importaria na extinção do processo cautelar sem julgamento do mérito.

Ventilada no aresto **a quo** a tese argüida pelo Recorrente, passo ao exame do mérito do recurso.

A Recorrente aponta violação ao art. 806 da lei instrumental civil por parte do aresto estadual, ao argumento que o não-ajuizamento do processo principal, contado o prazo de trinta dias da efetivação da liminar em cautelar preparatória, importa na perda da eficácia da medida inicial, bem como na própria extinção do processo cautelar.

Não encontra respaldo nesta Corte a tese defendida.

A melhor exegese dada ao art. 806 c.c. com o art. 808 do CPC, deve levar em conta que o dispositivo refere-se à perda da eficácia da liminar deferida **in initio litis** no processo cautelar preparatório, em face do descumprimento do trintídio legal, e não à extinção da própria medida. Ademais, a tutela ineficaz ainda poderá ser reavivada no momento da sentença da ação cautelar.

Essa, a orientação da Quarta Turma, **litteris**:

“Direito Civil. Cobrança de direitos autorais. Ecad. Comprovação de filiação e autorização dos compositores de músicas. Desnecessidade. Propositura da ação principal dentro de trinta dias da efetivação da liminar. Inteligência do art. 263. Recebimento da petição inicial no protocolo. Distribuição tardia que não pode ser imputada à parte. Precedentes. Recurso desacolhido.

I – Tendo o beneficiário ajuizado a ação principal antes de decorridos trinta dias da efetivação da medida liminar concedida na ação cautelar, vindo a ser os autos distribuídos apenas após o encerramento desse prazo, no momento em que concretizada a citação válida, retroagem os efeitos desta à data da distribuição, nos termos do art. 263, CPC, não perdendo a medida a sua eficácia.

II – A expressão ‘distribuída’, prevista no referido art. 263, CPC, não pode ser interpretada literalmente. A diligência da parte estará cumprida com a entrega da petição inicial no protocolo.

III – A inobservância do prazo do art. 806 não acarreta a extinção do processo cautelar, mas a perda da eficácia da liminar concedida.

IV – O Ecad é associação civil responsável para promover a cobrança de direitos autorais devidos em razão de retransmissão de músicas, sendo desnecessário provar a filiação dos compositores, bem como sua autorização para o ingresso em juízo.” (REsp n. 262.839-PB, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, unânime, DJU de 16.10.2000).

Ante o exposto, não conheço do recurso.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 247.203 – GO

(Registro n. 2000.0009484-6)

Relator: Ministro Aldir Passarinho Junior
Recorrente: Sul América Bandeirantes Seguros S/A
Advogado: Fernando Neves da Silva
Recorrido: Álvaro Braz Figueira
Advogados: Jacó Carlos Silva Coelho e outros

EMENTA: Civil e Processual – Ação de indenização – Seguro – Acidente com veículo segurado em operação de carga e descarga – Cláusula de exclusão da cobertura – Atividade inerente à natureza do contrato – Caminhão de transporte – Restrição abusiva – CDC, art. 51, IV, e § 1º, II – Incidência – CC, art. 1.435 – Violação não configurada – Interpretação de cláusula da avença e reexame fático – Recurso especial – Súmulas n. 5 e 7-STJ.

I. Irrita é a cláusula que, em contrato de seguro de veículo de transporte, exclui da cobertura os acidentes ocorridos em situações de carga e descarga, porquanto incompatíveis com a própria natureza da avença, já que tais operações são inerentes à atividade do bem sinistrado.

II. Caso, ademais, em que o Tribunal Estadual, na análise dos fatos e na interpretação das condições pactuadas, entendeu ter ocorrido “capotamento”, que tem expressa previsão contratual, questão

que não tem como ser revista na instância especial ante os óbices sumulares.

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, Cesar Asfor Rocha e Ruy Rosado de Aguiar. Custas, como de lei.

Brasília-DF, 19 de outubro de 2000 (data do julgamento).

Ministro Ruy Rosado de Aguiar, Presidente.

Ministro Aldir Passarinho Junior, Relator.

Publicado no DJ de 12.2.2001.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Aldir Passarinho Junior: Início por adotar o relatório que integra o acórdão recorrido, **verbis** (fls. 114/116):

“Sul América Bandeirantes Seguros, não se conformando com a sentença proferida pela MM.^a Juíza de Direito, Dra. Amélia Netto Martins de Araújo, nos autos da ação de indenização securitária que lhe move Álvaro Braz Figueira, apela a este Tribunal.

A Apelante explica que não estava obrigada a efetuar o pagamento da indenização relativa ao seguro nos casos em que o evento danoso fosse desencadeado por operações de carga e descarga, conforme cláusula constante do contrato livremente celebrado entre as partes.

No entanto, a julgadora monocrática, erroneamente entendeu que nos autos inexistiam provas de que veículo segurado estivesse realizando aquelas operações que excluía a responsabilidade da Seguradora.

Assevera que tanto o boletim de ocorrência, lavrado na Delegacia

de Polícia de Goianópolis, quanto as declarações do próprio Recorrido confirmam que o veículo sinistrado estava exercendo operações de carga e descarga no momento do evento danoso, motivo pelo qual não deve prosperar a sentença apelada.

Em contra-razões, o Recorrido afirma que a Seguradora não pode excusar-se a cumprir contrato de seguro com base em cláusula que não entregou ao segurado, antes que ocorresse o evento danoso, e os documentos existentes nos autos demonstram que a Apelante demorou quase trinta dias para processar os pedidos de seguro de automóvel, interregno no qual aconteceu o acidente, de forma que o Apelado não teve acesso às condições gerais do seguro antes do sinistro, sendo que ali estaria inserida a cláusula na qual a Apelante lastreia a sua pretensão.

Argumenta que a exclusão mencionada no contrato de seguro faz nula de pleno direito a referida cláusula, já que o artigo 51, II, do Código de Defesa do Consumidor considera inválidas as estipulações que restringem direitos ou obrigações fundamentais inerentes à natureza do contrato, motivos pelos quais, pede o improvimento do apelo.”

O Tribunal de Justiça do Estado de Goiás negou provimento à apelação, em decisão assim ementada (fl. 123):

“Indenização. Contrato de seguro. Cláusulas restritivas de direitos fundamentais inerentes à natureza do contrato. Nulidade.

As cláusulas contratuais que restringem direitos fundamentais afetados à natureza do contrato, ameaçando seu objeto ou o equilíbrio contratual, devem ser consideradas nulas, em obediência aos ditames do Código de Defesa do Consumidor.

Apelo improvido.”

Inconformada, a Seguradora-ré interpõe, pela letra a do art. 105, III, da Constituição Federal, recurso especial em que sustenta ofensa ao art. 1.435 do Código Civil.

Relata que o sinistro, envolvendo tanto o cavalo mecânico, como a carreta, ocorreu em operação de carga e descarga de areia, situação excluída da cobertura securitária consoante os termos da apólice respectiva, não sendo aceitável a assertiva do Autor que desconhecia as cláusulas do contrato

que celebrou, já que firmou termo expresso a respeito. Diz que a condição é válida e albergada no citado dispositivo da lei substantiva civil, acentuando que ela não contraria qualquer norma legal, tampouco o art. 51 do CDC.

Salienta, ainda, que o segurado é livre para contratar a cobertura que melhor se adapte às suas necessidades, pois ele é facultativo, e não cabe à contratada assumir riscos que a onerem além do previsto e acordado.

Contra-razões às fls. 140/150, com preliminar de ausência de prequestionamento. No mérito, diz que a corretora de seguros informou ao contratante-autor que os veículos tinham cobertura total, e que a documentação dos autos mostra que o processamento do seguro tardou quase trinta dias, intervalo em que aconteceu o acidente, de sorte que os únicos papéis a que teve acesso foram ao 'pedido de seguro automóvel' de fls. 21/22, que não contém as aludidas cláusulas contratuais restritivas. Os contratos somente foram processados quando já tivera lugar o sinistro. Adiciona que as declarações 'miúdas' referidas nos pedidos de fls. 21/22 são meros subterfúgios e são inverídicas, posto que as verdadeiras condições não foram atempadamente esclarecidas. Ressalta que a cláusula restritiva é, de qualquer forma, leonina, pois fere a natureza do contrato de seguro de veículo de transporte, em que a operação de carga e descarga é inerente a sua atividade e destinação, inexistindo ofensa ao art. 1.435 do CC.

O recurso especial não foi admitido na origem, subindo a esta Corte, por força de despacho deste Relator, provendo o Ag n. 208.561-GO (fl. 162).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Aldir Passarinho Junior (Relator): Discute-se no presente recurso especial sobre ofensa ao art. 1.435 do Código Civil, em ação de indenização que busca a cobertura securitária de sinistro ocorrido com cavalo mecânico e carreta de propriedade do Autor.

O Tribunal de Justiça do Estado de Goiás assim enfrentou a questão, **litteris** (fls. 116/121):

“A irresignação do Apelante se prende ao fato de ter a Julgadora monocrática entendido que o acidente não ocorreu durante uma operação de carga e descarga, enquanto está provado nos autos o contrário,

sendo que nestas circunstâncias, não estaria obrigada à indenização pleiteada em 1º grau.

Entretanto, o fato de estar o Apelado efetivando tais operações de descarregamento no momento do sinistro, ainda que provado nos autos, não afasta o seu direito à indenização.

É que o bem segurado, como descrito nas Apólices de Seguro n. 16.309-0 e 16.314-7, (fls. 19/20), seriam, respectivamente, um cavalo mecânico marca Volvo, tipo N-10-IC; e uma caçamba marca Iderol, de 3 eixos, que formavam um só veículo, quando engatados um no outro.

Obviamente, um veículo de tal natureza tem como finalidade precípua o transporte de cargas das mais variadas espécies, mas que invariavelmente, envolvem atividades de carga e descarga.

Na própria apólice de seguros, relativa ao 'cavalo mecânico', ficou assentado que a utilização do veículo era para 'frete' e 'carga' (fl. 19).

E embora a outra Apólice de n. 16.314-7, mencione que o outro veículo era utilizado para o transporte de pessoas, tal assertiva é no mínimo estranhável, já que aquele documento se refere a uma caçamba, obviamente utilizada no transporte de cargas.

Identificam também a natureza e destinação dos veículos, os respectivos certificados de registro e licenciamento, de fls. 16 e 17, cujos números de chassi conferem com aqueles contidos nas mencionadas apólices.

Não há dúvida de que os veículos em questão eram destinados, por sua própria natureza, a serviços que envolviam a realização de carregamento e descarregamento.

Daí, a Empresa-seguradora não poderia celebrar com o Apelado um contrato de seguro que restringisse tal direito, já que tal atitude resultaria num desequilíbrio contratual. A respeito, o Código de Defesa do Consumidor dispõe:

‘Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:

.....

IV – estabelecem obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada ...’.

V a XVI – **Omissis**.

§ 1^a – Presume-se exagerada, entre outros casos, a vantagem que:

I –

II – restringe direitos ou obrigações fundamentais inerentes à natureza do contrato, de tal modo a ameaçar seu objeto ou equilíbrio contratual.’

O óbvio é que a parte, ao procurar acautelar-se de riscos futuros, não subtrairia da cobertura os riscos a que estaria mais freqüentemente exposta.

A mencionada causa tem natureza eminentemente leonina, quando impõe ao segurado um ônus que se traduz numa manifestação do próprio objeto do pacto, que de maneira mediata, é atividade desenvolvida pelo recorrido.

Oportuna a citação de Luiz Antônio Rizzatto Nunes, de parte do julgado oriundo do Tribunal de Justiça Catarinense, que ora transcrevo:

‘Não foi por menos que o Código de Defesa do Consumidor dispõe com meridiana clareza que são nulas de pleno direito as cláusulas abusivas, tais como aquelas que estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade (inciso IV), presumindo como exagerada, entre outros casos, a vantagem que ofende os princípios fundamentais do sistema jurídico a que pertence; restringe direitos ou obrigações fundamentais inerentes à natureza do contrato, de tal modo ameaça seu objeto ou equilíbrio contratual (§ 1^a, I e II), todos do art. 51.’

Vê-se que a cláusula que afastava da cobertura a atividade primordial do bem segurado, frustrava o próprio objeto do seguro, que era a prevenção dos prejuízos futuros, porventura oriundos da movimentação dos veículos, e portanto, era frontalmente contrária ao já citado dispositivo constante da Lei n. 8.078/1990.

E o artigo 1.435 do Código Civil dispõe:

‘As diferentes espécies de seguro previstas neste Código serão reguladas pelas cláusulas das respectivas apólices, *que não contrariam* disposições legais.’ (grifei).

Por outro lado, a pretensão do Recorrido-segurado, está também resguardada no folheto relativo às condições gerais do seguro contratado, juntada à fl. 40, em cuja p. 7 se vislumbram as garantias ofertadas, e que ora transcrevo:

‘Garantia básica 1 – Danos parciais ao veículo segurado (veículo).

Estão cobertos por esta garantia os danos parciais causados ao veículo segurado em consequência de:

– Acidentes de trânsito, tais como colisão, capotagem ou queda acidental ...’.

Evidentemente, o tombamento do veículo caracterizou a ocorrência da ‘capotagem’ prevista nas garantias do pacto securatício, motivo pelo qual, devem ser indenizados os danos oriundos do sinistro, afastada a cláusula que continha disposição restritiva de tal direito.

Portanto, por mais estes fundamentos, deve ser mantida a decisão da Julgadora monocrática, que se posicionou de maneira acorde ao mandamento emanado do artigo 47 do Código do Consumidor, que dispõe:

‘As cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor’.”

Determinei a subida do recurso especial para melhor exame da matéria, porquanto não me parece possa ser indistintamente aplicado o Código de Defesa do Consumidor para afastar quaisquer cláusulas restritivas à cobertura securitária, ao argumento genérico de que são incompatíveis com a natureza do objeto contratual, afastado o importante princípio do **pacta sunt servanda**.

No entanto, vejo que assim não procedeu a colenda Corte **a quo**, em face da situação específica dos autos.

De efeito, entendeu o aresto estadual, e com razão, que em se cuidando de veículo de transporte, a operação de carga e descarga é, evidentemente, inerente ao seu uso. Não se transporta algo que não se ponha dentro do caminhão e, uma vez finda a viagem, a mercadoria há de ser retirada para dar lugar a outra. Assim, um seguro que trata como excepcional algo que é usual, mais ainda, necessário para que se justifique a compra de veículo, realmente transborda para o campo do absurdo, dentro do qual nem seria lícito contratar, nem haveria razão, mesmo, para que o proprietário do bem se onerasse pagando por algo inútil.

Assim é que, se o contrato fere o art. 51, IV, e § 1^o, II, da Lei n. 8.078/1990, inexistente ofensa, por conseguinte, ao art. 1.435 do Código Civil, que determina o respeito exclusivamente às cláusulas da apólice, "... que não contrariariam disposições legais", volto a destacar.

Não fora isso, constata-se do teor do judicioso voto-condutor do eminente Relator Antônio Nery da Silva, que mesmo a interpretação das cláusulas contratuais dão abrigo à postulação exordial ou são, no mínimo, discutíveis, por se configurar, na hipótese, uma "capotagem" (fl. 121). Tal conclusão não pode ser reexaminada na instância especial, por importar no reexame da prova e do pacto celebrado, incidindo no óbice das Súmulas n. 5 e 7 do STJ.

Ante o exposto, não conheço do recurso especial.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 248.869 – PR

(Registro n. 2000.0015269-2)

Relator: Ministro Aldir Passarinho Junior
Recorrente: Transfada – Transporte Coletivo e Encomendas Ltda
Advogados: César Augusto de Mello e Silva e outro
Recorrente: Zeneide de Oliveira
Advogados: Rolandi Horácio Dornelles Filho e outro
Recorridos: Os mesmos

EMENTA: Civil e Processual – Ação de indenização – Acidente

de veículos – Perda de braço – Danos estético e moral – Cumulação – Possibilidade – Lucros cessantes – Dobra – Decisão **extra petita** não configurada – Incabimento quando já deferido o dano estético – **Bis in idem**, CC, art. 1.538, § 1º – Aplicação analógica inviável em relação ao dano moral.

I – Possível a cumulação dos danos estético e moral, ainda que decorrentes de um mesmo sinistro, se identificáveis as condições justificadoras de cada espécie.

II – Compreende-se subsumida no pedido de lucros cessantes a dobra prevista no art. 1.538, § 1º, do Código Civil, sendo dispensável a menção expressa à duplicação, inerente à postulação e ao caso concreto descrito na exordial.

III – Improcedentes, todavia, tanto a dobra quando também já deferido o ressarcimento pelo dano estético, sob pena de configuração de **bis in idem**, como a extensão, por analogia, do acima citado dispositivo legal ao dano moral, eis que são taxativas as hipóteses de incidência da dobra.

IV – Recursos especiais conhecidos e parcialmente providos.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas, decide a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, à unanimidade, conhecer dos recursos e dar-lhes parcial provimento, 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, Cesar Asfor Rocha e Ruy Rosado de Aguiar. Custas, como de lei.

Brasília-DF, 14 de novembro de 2000 (data do julgamento).

Ministro Ruy Rosado de Aguiar, Presidente.

Ministro Aldir Passarinho Junior, Relator.

Publicado no DJ de 12.2.2001.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Aldir Passarinho Junior: Em ação indenizatória movida

por Zeneide de Oliveira contra Transfada – Transporte Coletivo e Encomendas Ltda, o Tribunal de Alçada do Estado do Rio de Janeiro prolatou acórdão que recebeu a seguinte ementa (fls. 324/325):

“Acidente de veículo. Ônibus. Passageira que tem membro superior esquerdo decepado. Responsabilidade objetiva. Não-contribuição da vítima para o resultado. Indenização por danos morais e materiais devida. Dano estético. Descabimento, **in casu**, por ter a mesma origem do dano moral, do qual é uma espécie. Apelos conhecidos e providos em parte.

1. É objetiva a responsabilidade civil da transportadora em face do transportado. Sem prova (a cargo de demandada) da contribuição da vítima para o resultado danoso, o dever de compor os danos comprovadamente originados do fato é inquestionável.

2. Os danos imateriais são indenizáveis. O estético, pode ser alvo de indenização cumulada com o moral, embora este seja o gênero e aquele a espécie. Impossibilidade, **in casu**, de coexistência dos dois, excluindo-se o estético. Tanto o gênero (dano moral) quanto a espécie (dano estético) advêm da mesma causa mediata – acidente – e imediata – dano físico –, de sorte que a dor moral, o menoscabo, a aflição, o sentimento de inferioridade, tudo, enfim, que de negativo pode resultar no plano imaterial tem sede na perda do membro, exclusivamente.

3. Atividade produtiva secundária (costumeira). Valor da renda. Ausente prova de percepção do valor alegado, fixa-se em um salário mínimo o mais baixo que se pode admitir.

4. A perda de membro superior é dano irrecuperável, não se podendo falar de reabilitação para diminuir o **quantum** indenizatório a esse título deferido.

5. Redução da verba honorária e do valor da módica indenização por danos morais (150 salários mínimos) inviáveis, ante as circunstâncias que cercam os atos do processo e parâmetros para fixação dos danos não materiais.

6. Denúnciação da lide de apontados causadores do fato (dano e motorista do outro veículo). Condenação sem substrato em prova. Improcedência.

7. Pensão vitalícia: impossibilidade de concessão quando o pedido é até a data em que a vítima completaria 65 anos de idade.

8. Possível aplicação do § 1º do artigo 1.538 do Código Civil que permite o pagamento em dobro da verba pretendida.”

Opostos embargos de declaração pela Empresa-ré (fls. 358/371) e pela Autora (fls. 376/379), acolhidos em parte o primeiro, para alterar-se a sucumbência (fls. 385/392).

Inconformadas as partes, ambas interpõem recurso especial.

A Ré sustenta, com base nas letras **a** e **c** do art. 105, III, da Constituição Federal, que a decisão não poderia ter determinado a dobra sobre os lucros cessantes, prevista no art. 1.538, § 1º, do Código Civil, que restou violado, porquanto não foi expressamente requerida na inicial e que a aludida elevação só se admite em caso de multa na esfera criminal, observando, mais, que a Autora, segundo depoimento pessoal seu, já está reabilitada, não havendo falar-se em liquidação de sentença.

Aduz que também tiveram sua vigência negada os arts. 2º, 128, 264, 334, II; 460 e 515 do CPC, que delimitam a prestação jurisdicional, dada a maior em face da dobra concedida de ofício.

Invoca jurisprudência em apoio a sua tese.

A seu turno, há recurso especial do Autor, lastreado na letra **a** do mesmo permissivo, alegando que o aresto estadual contrariou o art. 159 do Código Civil, pois inadmitiu a cumulação do dano estético, decorrente da amputação de seu braço, com o moral, ressaltando a diversidade da natureza de ambas as verbas. Pede a incidência da dobra prevista no art. 1.538 do Código Civil em relação à indenização pelo dano moral, elevando-a de 150 para 300 salários mínimos.

Contra-razões do Autor às fls. 470/477, afirmando que a dobra integra o pedido de lucros cessantes e é cabível das indenizações por ato ilícito e dispensa o processo criminal.

Contra-razões da Ré às fls. 479/485, salientando a impossibilidade de cumulação dos danos estético e moral, bem assim a impropriedade da dobra pretendida sobre esta última.

Ambos os recursos foram admitidos na instância de origem pelo despacho presidencial de fls. 493/499.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Aldir Passarinho Junior (Relator): Como visto do relatório, em ação de indenização decorrente de acidente de ônibus que vitimou passageira, causando-lhe amputação do braço esquerdo, Autora e Ré interpõem recursos especiais, irresignadas com acórdão prolatado pelo Tribunal de Alçada Cível do Estado do Rio de Janeiro, a primeira porque inadmitida a cumulação da indenização por danos morais e estéticos, postulando, também, a dobra do art. 1.538, § 1º, do Código Civil sobre o dano moral, enquanto a segunda reclama precisamente da incidência da aludida norma em relação aos lucros cessantes.

II

Examino, inicialmente, o recurso da Ré.

As questões se encontram devidamente prequestionadas. Já o dissídio não se acha configurado, pela ausência de exata similitude entre as situações fático-jurídicas confrontadas, anotando-se que não basta a mera enunciação da tese geral quanto à decisão **extra petita**.

Alega-se ofensa aos arts. 2º, 128, 264, 334, II; 460 e 515 do CPC, eis que a duplicação foi deferida de ofício, sem que tal houvesse constado da exordial.

O pedido inicial é o seguinte (fls. 13/14):

“lucros cessantes, no valor originário de R\$ 134.400,00, ao qual deverão ser acrescidos juros e atualização monetária, ou em valor a ser apurado em liquidação de sentença;

indenização por dano material (estético), em valor a ser arbitrado por V. Ex.^a ou a ser apurado em liquidação de sentença;

indenização por dano moral, em valor a ser arbitrado por V. Ex.^a, ou a ser apurado em liquidação de sentença.

Requer-se seja a Ré condenada, em razão da sucumbência ao pagamento das custas processuais, demais despesas e honorários de advogado, estes calculados à base de vinte por cento sobre o total da condenação.”

Estou em que, configurada a ilicitude do ato, entende-se subsumida no pedido de lucros cessantes a possibilidade da dobra, já que ela nada mais

representa do que uma hipótese legal, inserida em parágrafo do dispositivo que autoriza o pagamento daquela verba. Não é necessário haja postulação expressa relativamente à dobra.

Destarte, rejeito, pois, as contrariedades à lei adjetiva suscitadas pela parte-ré.

Isso, todavia, não leva à conclusão de que a dobra é devida no caso dos autos.

É que o objetivo da citada dobra, ao que se extrai da redação do art. 1.538 e seu § 1º, do Código Civil, é a compensação pelo “aleijão ou deformidade”, isto é, o que hoje a jurisprudência vem ressarcindo mediante a indenização pelo chamado dano estético, aqui igualmente postulado pelo autor. Ambos possuem igual origem, natureza e destinação.

Daí que, se deferida a dobra e ainda o dano estético, que defiro a seguir, haverá um **bis in idem**, o que é inadmissível.

III

No que tange ao recurso do Autor, ele aborda dois aspectos: a possibilidade de cumulação do dano estético com o dano moral, e a incidência da mesma dobra do art. 1.538, § 1º, sobre a última verba.

Quanto ao primeiro tema, inclinou-se a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça em admitir a cumulação, ainda que decorrentes os danos do mesmo fato e mesmo cumulativamente com um e outro e mais o dano material, se for possível identificar, no resultado do evento danoso, aquelas espécies.

Nesse sentido cito os seguintes arestos, **verbis**:

“Perícia. Realização sem o acompanhamento da parte. Falta de impugnação oportuna, só trazida essa após a sentença desfavorável. Argüição de nulidade rejeitada. Dano estético. Dano moral. O dano estético, em si mesmo considerado, constitui modalidade de dano moral. Seu ressarcimento, entretanto, não significa, sempre e necessariamente, o esgotamento do que seria devido a título de dano moral. Além da dor decorrente da lesão estética, pode a lesão acarretar restrições que importem também sofrimento moral. Ambas as manifestações são indenizáveis.” (REsp n. 94.569-RJ, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, Terceira Turma, unânime, DJU de 1.3.1999).

.....

“Responsabilidade civil. Acidente de trânsito. Lesões graves. Danos moral e estético. Cumulabilidade. Possibilidade. Origens distintas. Fixação nesta Instância. Critério. Precedentes. Recurso parcialmente provido.

I – Nos termos em que veio a orientar-se a jurisprudência das Turmas que integram a Seção de Direito Privado deste Tribunal, as indenizações pelos danos moral e estético podem ser cumuladas, mesmo quando derivadas no mesmo fato, se inconfundíveis suas causas e passíveis de apuração em separado.

II – Na fixação da indenização a esse título, recomendável que o arbitramento seja feito com moderação, proporcionalmente ao grau de culpa, ao nível sócio-econômico dos autores e, ainda, ao porte econômico da ré, orientando-se o juiz pelos critérios sugeridos pela doutrina e pela jurisprudência, com razoabilidade, valendo-se de sua experiência e do bom senso, atento à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso.” (REsp n. 228.244-SP, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, Quarta Turma, unânime, DJU de 17.12.1999).

.....
“Responsabilidade civil. Acidente de trânsito. Cumulação do dano material com o dano estético. Valor do dano estético. Constituição de capital. Seguro obrigatório. Precedentes da Corte.

1. Não há qualquer impedimento legal para a cumulação da verba do dano material com o dano estético, não alcançada, assim a Súmula n. 37 da Corte.

2. Não cabe a redução do valor do dano estético no patamar do especial, salvo, na esteira de jurisprudência da Corte, se houver fixação exorbitante, o que não ocorre neste caso.

3. O combate da constituição de capital não tem passagem porque o acórdão aplicou, justificadamente, a regra do art. 602 do Código de Processo Civil. As razões do especial não desalinham a fundamentação do acórdão recorrido, salvo pela alegada presunção de idoneidade financeira por ser empresa concessionária de serviço público, aspecto que não foi desafiado. Todavia, cabível é, alternativamente, a prestação de caução, tudo a ser decidido pelo juiz da execução.

4. O seguro obrigatório deve ser deduzido do pagamento a título de indenização por responsabilidade civil, na linha de precedente da Corte.

5. Recurso especial conhecido, em parte, e nessa parte provido.” (REsp n. 162.566-SP, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, Terceira Turma, unânime, DJU de 9.8.1999).

.....
“Civil e Processual. Ação de indenização. Atropelamento por trem em passagem de nível de via férrea. Seqüela física definitiva. Danos material, moral e estético. Cumulação. Possibilidade, na hipótese. Verba honorária. Constituição do capital. CPC, art. 20, § 5^o. Juros moratórios. Termo inicial. Data do acidente. Responsabilidade civil extracontratual. Súmula n. 54-STJ. Assistência permanente. Prequestionamento. Ausência. Súmulas n. 282 e 356-STF.

I – A colenda Segunda Seção, resolvendo dissídio entre as Turmas, firmou o entendimento de que o art. 20, § 5^o, do CPC, só tem aplicação se efetivamente constituído o capital para assegurar o pagamento da pensão, de sorte que, dispensado o mesmo, a incidência dos honorários de sucumbência fica restrita às demais parcelas da condenação. Ressalva do ponto de vista do Relator (EREsp n. 146.398-RJ, Rel. p/ acórdão Min. Barros Monteiro, por maioria, julgado em 28.6.2000).

II – Possível a cumulação dos danos material, estético e moral, ainda que decorrentes de um mesmo sinistro, se possível a identificação das condições justificadoras de cada espécie.

III – ‘Os juros moratórios fluem a partir do evento danoso, em caso de responsabilidade extracontratual’ – Súmula n. 54-STJ.

IV – A ausência de prequestionamento do tema alusivo ao custeio da assistência permanente, a par da escassez na fundamentação da pretensão recursal, impede a apreciação da matéria em sede especial.

V – Recurso em parte conhecido e, nessa parte, parcialmente provido.” (REsp n. 40.100-MG, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, Quarta Turma, unânime, julgado em 22.8.2000 e retificado em 24.10.2000).

Tenho que, na hipótese presente, todas as indenizações têm cabimento, anotando-se que o ressarcimento por danos materiais já foi deferido na instância ordinária e não mais se acha em discussão.

O sinistro de que foi o Autor vítima causou-lhe, além da dor, sofrimento e as angústias próprios de um acidente de grande porte, também uma seqüela estética definitiva, qual seja, a amputação traumática de seu braço esquerdo, defeito físico que a acompanhará por toda a sua existência.

Portanto, aplicando o direito à espécie, nos termos do art. 257, **fine**,

do Regimento Interno desta Casa, fixo o dano estético em cento e cinquenta (150) salários mínimos.

O segundo tópico versado no recurso do Autor refere-se à dobra do dano moral, já estabelecido em 150 (cento e cinquenta) salários mínimos.

A pretensão não procede, eis que não se pode aplicar o art. 1.058 por analogia. A regra é expressa e taxativa quanto ao seu cabimento para as despesas de tratamento e lucros cessantes apenas.

Ante o exposto e, em conclusão, conheço dos recursos e dou-lhes parcial provimento, para condenar a empresa transportadora ao pagamento, também, da indenização por dano estético, no montante de 150 (cento e cinquenta) salários mínimos.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 254.467 – SP

(Registro n. 2000.0033594-0)

Relator: Ministro Ruy Rosado de Aguiar
Requerente: Centro Trasmontano de São Paulo
Advogados: Eduardo Andrade Mafra Cardoso e outros
Recorrido: Marco Antônio de Castro Dias e outros
Advogado: Glauco Martins Guerra

EMENTA: Plano de saúde – Limitação de dias de internação – Inadmissibilidade.

O fato de se tratar de uma associação não modifica a conclusão de abusividade.

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, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Votaram com o Relator

os Srs. Ministros Aldir Passarinho Junior, Sálvio de Figueiredo Teixeira e Barros Monteiro. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Cesar Asfor Rocha.

Brasília-DF, 19 de outubro de 2000 (data do julgamento).

Ministro Ruy Rosado de Aguiar, Presidente e Relator.

Publicado no DJ de 5.3.2001.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Ruy Rosado de Aguiar: Marco Antônio de Castro Diaz e outros ajuizaram ação ordinária contra Centro Trasmontano de São Paulo para a declaração de nulidade de cláusulas restritivas de prestação de serviços médico-hospitalares, relacionadas à internação em UTI e a tratamento de defeitos congênitos, condenado o Réu a suportar as despesas realizadas durante a internação do menor e ao pagamento de indenização por dano moral.

Em apenso, ação cautelar inominada, com liminar concedida (fl. 35 do apenso).

Foram julgadas procedentes as ações principal e cautelar, tornando definitiva a liminar concedida. Ficou reconhecida a invalidade das cláusulas tidas como abusivas e condenada a Requerida a suportar os encargos médico-hospitalares, cujo ressarcimento havia recusado, e a indenizar os danos morais, arbitrados em R\$ 30.000,00.

A Ré apelou, e a egrégia Décima Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo deu parcial provimento ao apelo, assim ementando o acórdão:

“Prestação de serviços médico-hospitalares. Cláusulas restritivas ao uso de UTI e também à correção de defeitos congênitos, tidas como abusivas, à luz do Código de Defesa do Consumidor. Recusa da Ré no ressarcimento de serviços prestados que não teve conteúdo desabonador, eis que escorada em cláusulas contratuais, cuja declaração de abusividade se pleiteou. Descabimento da indenização por dano moral. Recurso parcialmente provido” (fl. 140).

Rejeitados seus embargos de declaração, a Ré interpôs recursos extraordinário e especial, sendo este fundado em ambas as alíneas do permissor constitucional. Além de divergência jurisprudencial, apontou ofensa aos arts.

4^a, III; 6^a, VIII, e 54, § 4^a, da Lei n. 8.078/1990. Sustenta que não estava obrigada à cobertura das despesas excluídas de proteção no contrato, uma vez que foi ultrapassado o limite estabelecido para internação em UTI, procedimento para o qual havia específica restrição estatutária. Ademais, não existe relação de consumo entre associação e associado, mas, sim, estatutária, pelo que não há cláusula contratual a ser declarada nula. Logo, não se aplica ao caso o Código do Consumidor. Mesmo que existisse relação de consumo, a disposição restritiva seria válida, não trazendo vantagem à Recorrente, “pois se insere no binômio custo-benefício do valor pago mensalmente e do custeio determinado de tratamentos médico-hospitalares”.

Com as contra-razões, o Tribunal de origem inadmitiu os recursos, subindo o especial em virtude de provimento ao Agravo de Instrumento n. 275.392-SP (autos apensos).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Ruy Rosado de Aguiar (Relator): Já votei no sentido de que a cláusula limitativa de internação, constante de planos de saúde, não pode ser acolhida diante do enunciado no CDC e na legislação hoje em vigor:

“A limitação do número de dias de internação não prevalece quando o doente tiver a necessidade, reconhecida pelo médico que ordenou a sua baixa em estabelecimento hospitalar, de ali permanecer por mais tempo do que o inicialmente previsto no contrato de seguro-saúde. A natureza desse contrato e a especificidade do direito a que visa proteger estão a exigir sua compreensão à luz do direito do contratante que vem a necessitar do seguro para o pagamento das despesas a que não pode se furtar, como exigência do tratamento de sua saúde. Já está referida nos autos a lição do eminente Prof. **Galeno Lacerda**: ‘O contrato de seguro-saúde cria um direito absoluto. Estamos em presença, assim, de uma categoria nova de direitos sobre direitos. Nessa espécie prevalece a natureza mais importante. Ou, como esclarece **Ferrara**, *il diritto dominato assume la natura del diritto dominante* (ob. cit., p. 414). Por isso, se, no caso concreto, a seguradora, sem razão, negar cobertura à segurada, estará atentando contra direitos absolutos à saúde e à vida do paciente’ (cf. Seguro de Saúde in RT 717/117)”. Não é razoável que as seguradoras operadoras nesse

ramo de atividade tenham como perspectiva possível a desinternação do segurado, embora ainda doente e necessitando desses serviços com risco de vida, apenas porque terminou o prazo inicialmente previsto para a cobertura.

Tanto assim que a legislação hoje em vigor (Lei n. 9.656/1998), que não se aplica ao contrato antes celebrado, mas que serve de boa orientação para interpretá-lo, dispõe: 'Art. 12. São facultadas a oferta, a contratação e a vigência de planos ou seguros privados de assistência à saúde que contenham redução ou extensão da cobertura assistencial e do padrão de conforto de internação hospitalar, em relação ao plano-referência definido no artigo 10, desde que observadas as seguintes exigências mínimas: I – quando incluir atendimento ambulatorial: a) cobertura de consultas médicas, em número ilimitado, em clínicas básicas e especializadas, reconhecidas pelo Conselho Federal de Medicina; b) cobertura de serviços de apoio diagnóstico e tratamento e demais procedimentos ambulatoriais, solicitados pelo médico-assistente; II – quando incluir internação hospitalar: a) cobertura de internações hospitalares, vedada a limitação de prazo, em clínicas básicas e especializadas, reconhecidas pelo Conselho Federal de Medicina, admitindo-se a exclusão dos procedimentos obstétricos; b) cobertura de internações hospitalares em centro de terapia intensiva, ou similar, vedada a limitação de prazo, a critério do médico-assistente.'

A Recorrente demonstrou a existência de julgados que decidiram de acordo com a sua tese, mas a orientação já acolhida neste Tribunal é no mesmo sentido expresso no r. acórdão recorrido, que por isso deve ser mantido:

'Plano de saúde. Limite temporal da internação. Cláusula abusiva.

1. É abusiva a cláusula que limita no tempo a internação do segurado, o qual prorroga a sua presença em unidade de tratamento intensivo ou é novamente internado em decorrência do mesmo fato médico, fruto de complicações da doença, coberto pelo plano de saúde.

2. O consumidor não é senhor do prazo de sua recuperação, que, como é curial, depende de muitos fatores, que nem mesmo os médicos são capazes de controlar. Se a enfermidade está coberta pelo seguro, não é possível, sob pena de grave abuso, impor ao

segurado que se retire da unidade de tratamento intensivo, com o risco severo de morte, porque está fora do limite temporal estabelecido em uma determinada cláusula. Não pode a estipulação contratual ofender o princípio da razoabilidade, e se o faz, comete abusividade vedada pelo art. 51, IV, do Código de Defesa do Consumidor. Anote-se que a regra protetiva, expressamente, refere-se a uma desvantagem exagerada do consumidor e, ainda, a obrigações incompatíveis com a boa-fé e a equidade.

3. Recurso especial conhecido e provido.' (REsp n. 158.728-RJ, Terceira Turma, Rel. eminente Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJ de 17.5.1999).

(REsp n. 242.550-SP, Quarta Turma, de minha relatoria)"
(REsp n. 249.423-SP, Quarta Turma, de minha relatoria).

O fato de se tratar de uma associação, com estatutos aprovados em assembléia-geral, não desonera a Ré da obrigação de prestar serviços a seus associados, e nessa prestação deve ela atender ao mínimo que se exige de quem atua na área. A forma assumida pela empresa que se dispõe a oferecer plano de saúde a seus clientes, sejam estes chamados de contribuintes, associados, beneficiários, ou que outro nome tenham, não a dispensa da exigência de oferecer, em contraprestação ao pagamento das mensalidades, o mínimo de segurança que a própria lei hoje prevê.

Esse entendimento, embora minoritário nesta Quarta Turma, terminou prevalecendo na egrégia Seção de Direito Privado.

Posto isso, não conheço do presente recurso, nos termos da Súmula n. 83-STJ.

É o voto.

VOTO

O Sr. Ministro Aldir Passarinho Junior: Sr. Presidente, acompanho o voto de V. Ex.^a com a ressalva do meu ponto de vista pessoal.

VOTO

O Sr. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira: Também acompanho o voto do Ministro-Relator, em face da orientação firmada pela Segunda Seção em casos referentes a planos de saúde.

RECURSO ESPECIAL N. 255.355 – RJ

(Registro n. 2000.0036972-1)

Relator: Ministro Barros Monteiro
Reclamante: Sidney Marques Loureiro
Advogados: Onilsa Farias de Oliveira e outro
Reclamada: Caixa Beneficente da Polícia Militar do Estado do Rio de Janeiro
Advogado: José Alves Machado

EMENTA: Apelação – Restituição do prazo em virtude de erro havido na boleta informativa expedida pelo setor informatizado do Tribunal Estadual – Descabimento – Inexistência de justa causa – Preclusão em face de julgamento precedente pela mesma Corte em sede de agravo de instrumento.

– O equívoco existente na informação oficiosa não prevalece diante da publicação feita no órgão oficial (art. 236 do CPC). Inocorrência, ademais, de justa causa, a justificar a devolução do prazo, à falta de cautelas mínimas exigíveis da litigante interessada.

Havendo a egrégia Câmara decidido, em sede de agravo de instrumento, pela negativa da reabertura de prazo, não poderia o mesmo órgão julgador, em momento posterior, quando do julgamento da apelação, deliberar de forma contrária, pela devolução do mesmo prazo. Preclusão.

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 Júnior e Sálvio de Figueiredo Teixeira.

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

Ministro Ruy Rosado de Aguiar, Presidente.

Ministro Barros Monteiro, Relator.

Publicado no DJ de 2.10.2000.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Barros Monteiro: Sidney Marques Loureiro ajuizou ação ordinária, cumulada com repetição de indébito contra a Caixa Beneficente da Polícia Militar do Estado do Rio de Janeiro, visando ao seu desligamento da entidade retroativamente à data de vigência da Constituição Federal, com a devolução, desde então, das contribuições descontadas.

Procedente o pedido em 1º grau e publicada a sentença no Diário Oficial, a Ré requereu a devolução do prazo para a interposição do recurso de apelação, alegando que a boleta fornecida pelo serviço informatizado do Tribunal indicara data equivocada da publicação do decisório (3.9.1997 ao invés de 3.10.1997), motivo pelo qual, acreditando haver perdido o prazo, não se manifestou. Tal pedido foi deferido pelo MM. Juiz. Contra essa decisão, o Autor manifestou agravo de instrumento, ao qual a Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro deu provimento, reformando a decisão agravada, ao entendimento de que a boleta de informações sobre o andamento processual não tem o condão de substituir as disposições do CPC sobre a publicação dos atos processuais.

Ocorre que, nesse ínterim, a Ré interpôs o recurso de apelação, recebido pelo Juízo e remetido ao Tribunal.

A Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, por maioria de votos, conheceu da apelação da Caixa Beneficente da Polícia Militar do Estado do Rio de Janeiro e, à unanimidade, deu-lhe parcial provimento para determinar que a restituição dos valores se faça a partir da notificação.

Com base no voto minoritário, o Autor ofereceu embargos infringentes, os quais foram rejeitados, em acórdão cujos fundamentos se resumem na seguinte ementa:

“Embargos infringentes. Apelação recebida. Prazo devolvido. Admissibilidade na hipótese. Preliminar de não-conhecimento. Configuração da divergência. Matéria antes decidida em sede de agravo de instrumento. Desinfluência. Aplicação da regra do artigo 267, § 3º, do CPC. Recurso improvido.

Restando demonstrado que a data de publicação da sentença apresentava-se errada no boleto extraído do sistema informatizado do Tribunal, admissível é a devolução do prazo para interposição do recurso de apelação, posto que tal erro, inobstante a norma do artigo 236 do CPC, constitui o fato imprevisível da justa causa a que alude o disposto no artigo 183, § 1º, do mencionado diploma de ritos. De outro lado, se essa matéria foi objeto de decisão contrária antes proferida em sede de agravo de instrumento, a configurar, por isso, a questão preliminar de não-conhecimento da apelação e indicadora da divergência, tal não impede, pela preclusão **pro judicato**, seja a mesma reapreciada também pela 2ª instância, face à regra do artigo 267, § 3º, da lei adjetiva civil.” (fls. 156/157).

Inconformado, Sidney Marques Loureiro manifestou recurso especial com arrimo na alínea a do permissivo constitucional, apontando afronta ao art. 236 e § 1º, do CPC. Afirmou que o v. acórdão infringiu flagrantemente o dispositivo mencionado quando imprimiu validade e caráter oficial à boleta do serviço informatizado do Tribunal, em prejuízo da publicação – perfeita, sem vícios – da sentença efetivada através do Diário Oficial. Pugnou pelo provimento do recurso para que seja inadmitida a apelação da Ré.

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

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Barros Monteiro (Relator): Não subsiste a decisão agravada.

Em primeiro lugar, a boleta fornecida pelo sistema informatizado do Tribunal não substitui a sistemática adotada pela nossa lei processual civil, a respeito do modo de intimação das partes. O art. 236 do CPC é inequívoco ao estatuir que “no Distrito Federal e nas Capitais dos Estados e dos Territórios, consideram-se feitas as intimações pela só publicação dos atos no órgão oficial”.

A decisão recorrida simplesmente olvidou-se de tal preceituação legal, dando prevalência a um informe oficioso, desprovido de qualquer significação jurídica.

Acresce que, no caso, não há considerar-se como tendo havido justa causa para a restituição do prazo recursal, com vistas ao disposto no art.

183, § 1º, do Código de Processo Civil. Alegou a Ré que a boleta informativa mencionou a data equivocada da publicação da sentença, ou seja, indicou o dia 3.9.1997 e não o dia escoreito 3.10.1997. Daí porque, segundo ela, induzida em erro, acreditando já ter perdido o prazo recursal, não se pronunciou (fl. 90).

Ocorre que não bastava à demandada fiar-se no conteúdo daquela informação extra-oficial, desprovida de qualquer valor, conforme já salientado. Incumbia-lhe, como providência de mínima cautela, confirmar a data de publicação do decisório de 1º grau no Diário Oficial, nos termos do que reza o diploma processual civil. Segundo a jurisprudência desta Casa, “a parte tem o ônus de acompanhar os prazos judiciais. A reabertura de prazo reclama justa causa” (REsp n. 186.574-RS, Relator Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro). Não foi assim que procedeu a Ré que se cingiu à leitura do documento expedido pelo setor de informatização do Tribunal.

Depois, a Suplicada – ora recorrente – não foi induzida em erro algum. Uma simples leitura da boleta dá a entender, de maneira insofismável, que a publicação da sentença não poderia ter-se operado no dia 3.9.1997, uma vez que os autos haviam sido encaminhados à conclusão do MM. Juiz de Direito em 22.9.1997. A sentença foi proferida e devolvidos os autos à serventia na mesma data, havendo no documento expedido (fl. 91) assinada como data do expediente o dia 25.9.1997. Logo, a sentença – à evidência – não poderia ter sido publicada em 3.9.1997, tratando-se aí de erro de digitação manifesto.

Não há falar-se, pois, em justa causa para a restituição do prazo.

Mas, a espécie conta com mais um motivo relevante para afastar-se a pretendida reabertura do prazo recursal. Deferido que fora o pleito de devolução do prazo pelo Dr. Juiz de Direito (fl. 95), o Autor, irresignado, interpôs o recurso de agravo de instrumento, que foi provido pela mesma egrégia Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, com a seguinte fundamentação:

“As intimações são feitas, na Comarca da Capital, pela forma prescrita no artigo 236 do CPC, isto é, pela publicação dos atos no órgão oficial.

Ora, a boleta de informações sobre o andamento processual não tem o condão de substituir ou suprimir disposição cogente do estatuto processual sobre a publicidade dos atos, contenha ou não erro de digitação ou outro de qualquer natureza.

Assim, não configurada, **in casu**, qualquer das circunstâncias do artigo 183 do CPC, a justificar, excepcionalmente, o afastamento da preclusão do direito de recorrer, claro está que o **decisum** agravado merece integral reforma, eis que, quando da indevida devolução do prazo recursal, achava-se a sentença já transitado em julgado.” (fl. 118).

Assim, uma vez decidido pela colenda Primeira Câmara Cível se incabível a pretendida devolução do prazo à Ré, não poderia o mesmo órgão julgador posteriormente, quando do julgamento da apelação, voltar para reformular uma decisão que ele próprio proferira, com trânsito em julgado. Não poderia, com efeito, fazê-lo. A uma, porque, julgado o agravo de instrumento pelo Tribunal de Justiça e provido, a consequência disso é que a sentença transitara em julgado em 21.10.1997, não podendo a Corte estadual em março de 1999 (data do julgamento da apelação), modificá-la sob pena de afrontar a **res judicata**. A duas, porque no caso se dera o fenômeno da preclusão. Mesmo que se tratasse de apreciação de condições de ação ou de pressupostos processuais, a Turma julgadora, tendo decidido a questão de forma definitiva, não poderia reconsiderá-la em julgamento qualquer, posterior. Aqui, bem de ver que não se cuida nem mesmo de condições da ação ou de pressupostos processuais, de sorte que inexoravelmente operada a preclusão para aquele órgão fracionário do Tribunal.

Do quanto foi exposto, conheço do recurso e dou-lhe provimento para determinar o não-conhecimento da apelação interposta.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 258.207 – DF

(Registro n. 2000.0043889-8)

Relator: Ministro Barros Monteiro
Recorrente: Carlos Alberto de Moura
Advogados: Márcio W. de Azevedo e outro
Recorrido: Wolmar Carneiro da Cunha Júnior
Advogados: Carlos Afonso Silva e outro

EMENTA: Execução por quantia certa convolada em monitória

antes da citação – Admissibilidade – Emenda da inicial tardia – Irrelevância.

– Antes da citação, ao autor é permitido requerer a conversão da execução por quantia certa em ação monitória.

– Não é peremptório o prazo previsto no art. 284 do CPC, podendo o magistrado prorrogá-lo a seu critério. Precedentes.

Recurso especial não conhecido.

ACÓRDÃO

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

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

Ministro Ruy Rosado de Aguiar, Presidente.

Ministro Barros Monteiro, Relator.

Publicado no DJ de 23.10.2000.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Barros Monteiro: Wolmar Carneiro da Cunha Júnior ajuizou execução por quantia certa contra Carlos Alberto de Moura e Marie Therèze Agnes Germaine Bafutto de Moura, sob alegação de que ele e os executados eram sócios da empresa Turbina Passagens e Turismo Ltda, da qual se retiraram, transferindo as respectivas cotas a terceiros. Acrescentou que no contrato restaram acordadas quais as parcelas bancárias que seriam pagas por cada um deles. Esclareceu mais que, todavia, se viu obrigado a assumir junto ao Banco do Brasil S/A as obrigações contratualmente assumidas pelo executado Carlos Alberto de Moura, razão pela qual se sub-rogou nos direitos correspondentes.

Entendendo não existir título executivo, o MM. Juiz de Direito ordenou a emenda da inicial. O Autor requereu, então, a convolação da execução em ação monitória, o que foi deferido à fl. 62 pelo Magistrado, que ainda

excluiu do pólo passivo a co-ré Marie Therèze Agnes Germaine Bafutto de Moura.

Citado, o Réu ofereceu embargos monitórios.

Pela sentença, o pedido inicial foi julgado procedente para declarar a eficácia executiva dos títulos apresentados, perfazendo um total de R\$ 57.719,48 (cinquenta e sete mil, setecentos e dezenove reais e quarenta e oito centavos), e determinar a expedição de mandado executivo na forma do art. 652. (fl. 175).

A Quinta Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, à unanimidade, negou provimento ao apelo do Réu em acórdão cujos fundamentos se resumem na seguinte ementa:

“Ação de execução convertida em ação monitória. Preliminares: impossibilidade de modificação de execução para monitória. Nulidade da sentença por ausência de fundamentação. Violação ao art. 1.062 do Código Civil. Insuficiência de pagamento das custas iniciais. Mérito: alegação de inexistência de provas.

1. Na nova sistemática processual civil é cabível a conversão da ação de execução em que o título não preencha os requisitos para aquela finalidade.

2. Não há que se falar em nulidade da sentença por ausência de fundamentação se esta se mostra, ainda que de modo sucinto, compatível com as questões suscitadas pelas partes.

3. Rejeita-se alegação de cobrança de juros excessivos se constatado que estes foram cobrados em patamar igual aos legalmente admitidos.

4. Se o valor da causa dado à execução é superior ao valor da monitória, inexistente insuficiência de custas, visto que foram pagas sobre o valor maior.

5. Confirma-se sentença que deu pela procedência do pedido inicial, quando proferida de acordo com a prova dos autos.

6. Apelação desprovida. Unânime.” (fls. 235/236).

Ainda inconformado, o Réu manifestou o presente recurso especial com arrimo na alínea a do permissor constitucional, apontando violação aos arts. 284, parágrafo único; 295, V, e 618, I, do CPC. Sustentou, em síntese, a

impossibilidade da conversão da ação de execução em ação monitória. Argumentou que, para se dar início a um processo de conhecimento, é indispensável a extinção da execução anteriormente proposta. De outro lado, asseverou que a inexistência de título executivo líquido, certo e exigível, constitui nulidade absoluta, devendo ser declarada extinta a execução, independentemente da demonstração de prejuízo. Ponderou, ainda, que a emenda da inicial, já com pretensão à tutela de natureza cognitiva e não mais executiva, se deu fora do prazo previsto no CPC.

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

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Barros Monteiro (Relator): Não há à evidência, a alegada contrariedade às normas de lei federal invocadas pelo Recorrente.

Determinada a emenda da petição inicial em face da inexistência, no caso, de título executivo extrajudicial, o Autor requereu a convalidação da execução em ação monitória, o que foi desde logo deferido, ordenando-se a citação do Réu. A espécie não contempla, portanto, a hipótese em que a conversão é pleiteada após a citação do devedor.

Ora, segundo reza o art. 264 da lei processual civil, “feita a citação, é defeso ao autor modificar o pedido ou a causa de pedir, sem o consentimento do réu”. A **contrario sensu**, antes da citação o damandante pode, sim, alterar o pedido e a causa de pedir, sem a anuência do réu. É o que, por sinal, prelecionam **Nelson Nery Júnior** e **Rosa Maria Andrade Nery** (Código de Processo Civil Comentado e Legislação Processual Civil Extravagante em Vigor, p. 724, 4ª ed.). **Theotônio Negrão**, à sua vez, evoca aresto emanado do Tribunal de Alçada de São Paulo, de conformidade com o qual “a modificação é possível, enquanto não realizadas todas as citações” (JTA 95/264) (in Código de Processo Civil e Legislação Processual Civil em Vigor, p. 316, nota 3 ao art. 264, 31ª ed.).

Assim, não encontra pertinência no caso a regra inserta no art. 295, V, do CPC, que concerne ao indeferimento da inicial quando o tipo de procedimento escolhido pelo autor não corresponder à natureza da causa. Aqui, não se trata de procedimento, mas, sim, de processo.

A conversão requerida pelo Autor e admitida, desde logo, pelo MM. Juiz de Direito não ofende a nenhuma norma do nosso estatuto processual

civil. Antes, atende aos princípios da instrumentalidade das formas, da economia e celeridade processuais. Favoreceu, ademais, o réu que restou livre de uma constrição ao limiar da lide. Não há falar em qualquer prejuízo. O que não se compreende é que, por mero apego excessivo à forma e comprovável intento de alongar o desfecho da lide, o devedor pretenda primeiro extinguir o processo executivo para somente depois instaurar-se uma nova demanda, a ação monitória. Resulta, pois, anódina a assertiva de infração ao art. 618, I, do CPC, mesmo porque de execução aqui não se cuida.

Por derradeiro, a circunstância de haver o Autor excedido o prazo de emenda da peça exordial não justificava, por si só, o indeferimento do pleito, como alvitra o ora recorrente. É da jurisprudência desta Casa a orientação de que o prazo do art. 284 do CPC é prorrogável a critério do juiz (REsp n. 38.812-BA, Relator Ministro Pedro Acioli). Além disso, esta colenda Turma já teve ocasião de decidir que “não é peremptório o prazo previsto no art. 284 do Código de Processo Civil, podendo o magistrado prorrogá-lo a seu critério” (REsp n. 102.398-PR, por mim relatado).

Do quanto foi exposto, não conheço do recurso.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 280.285 – SP

(Registro n. 2000.0099520-7)

Relator: Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira
Recorrente: Fazendas Reunidas Boi Gordo Ltda
Advogados: Luiz Antônio Sampaio Gouveia e outros
Recorrido: Banco Itaú S/A
Advogados: Luiz Eduardo Caram Garcia e outros

EMENTA: Direito Processual Civil e Comercial – Negativa de prestação jurisdicional – Ausência – Cheque – Endosso viciado – Responsabilidade do banco, que recebe o cheque para depósito sem conferir a legitimidade do endossante – Precedente da Turma – Doutrina – Recurso provido.

I – Consoante já proclamou precedente da Turma (REsp n. 171.299-SC, DJ de 5.10.1998), o estabelecimento bancário está desobrigado, nos termos da lei (art. 39 da Lei do Cheque), a verificar a autenticidade da assinatura do endosso. Por outro lado, todavia, tal não significa que a instituição financeira estaria dispensada de conferir a regularidade dos endossos, aí incluída a legitimidade do endossante.

II – O banco, ao aceitar cheques endossados, deve tomar a cautela de exigir prova da legitimidade do endossante, como, por exemplo, cópia do contrato social da empresa, quando nominal a pessoa jurídica. Se assim não se entender, estar-se-á a permitir que terceiros possam endossar em seu próprio favor, em manifesto locupletamento indevido.

III – O julgador não está obrigado a responder todas as considerações das partes, bastando que decida a questão por inteiro e motivadamente. Os embargos declaratórios não se prestam ao reexame da matéria decidida no acórdão embargado, servindo, isto sim, como instrumento de aperfeiçoamento do julgado que contenha omissão, contradição ou obscuridade.

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 Sr. Ministros Barros Monteiro, Cesar Asfor Rocha, Ruy Rosado de Aguiar e Aldir Passarinho Junior.

Brasília-DF, 22 de março de 2001 (data do julgamento).

Ministro Ruy Rosado de Aguiar, Presidente.

Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, Relator.

Publicado no DJ de 27.8.2001.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira: A sentença assim resumiu a controvérsia:

“Fazendas Reunidas Boi Gordo Ltda, ajuizou ação de indenização em face do Banco Itaú alegando que se dedica à administração de negócios de gado bovino, adquirindo os seus lotes com recursos próprios e de parceiros, aos quais são emitidos carnês de pagamento das importâncias, em cujas folhas individualizadas são firmadas as quitações dos respectivos recebimentos. Valendo-se da boa-fé dos parceiros, Joel Rodrigues Costa, representante comercial que prestava serviços à Autora, passou a fornecer irregularmente quitações de negócios que intermediava, recebendo dos parceiros cheques emitidos nominalmente a ela, e depositando-os em sua conta pessoal, de sua esposa e de sua empresa, mediante endosso irregular. Com tal prática, a Autora sofreu prejuízo no montante de R\$ 1.250.000,00. O Banco-requerido agiu com culpa em aceitar os depósitos sem conferir a regularização do endosso, motivo pelo qual deve ser condenado a pagar à Autora indenização pelos danos sofridos.”

O pedido foi julgado improcedente, ao fundamento de que, nos termos do art. 39 da Lei n. 7.357/1985, o Banco não estaria obrigado a conferir a autenticidade do endosso, mas apenas a sua regularidade formal.

O 1º Tribunal de Alçada Civil de São Paulo negou provimento ao recurso da Autora, consoante esta fundamentação:

“Está o sacado obrigado a verificar a regularidade da série de endossos, mas não tem o dever legal de analisar a autenticidade dos endossantes.

É o que dispõe o art. 39 da Lei n. 7.357/1985.

Visa tal regra a garantir a circulação dos títulos e se fundamenta na teoria da aparência cambiária.

Esse dispositivo legal ‘consagra o princípio da aparência, em favor da circulabilidade e da negociabilidade do cheque, que restaria obstaculizado se necessário o exame de autenticidade da assinatura do endosso’ (RT 705/221).

É o caso dos autos.

Pondere-se ainda que, na espécie, a Autora não era correntista do Banco-réu.

Por outro lado, a exigência de emissão de cheque nominal não se relaciona com a problemática dos endossos, mas, sim, com a criação do título.

E a natureza de cheque cruzado não impede sua circulação por endosso, porque não se trata, por si só, de título não transmissível nem de título com cláusula não à ordem. Sua única consequência reside na obrigação de ser pago pelo Banco-sacado, não podendo ser recebido pessoalmente.”

A Apelante manifestou embargos de declaração, argumentando que não foram analisadas questões relevantes. O Colegiado, no entanto, rejeitou os embargos, ao fundamento de que tinham natureza infringente, haja vista a pretensão da Embargante de rediscutir as conclusões e as motivações do acórdão embargado.

Adveio recurso especial da Autora, com alegação de violação ao art. 458, I e II, CPC, além de dissídio jurisprudencial com julgado do Tribunal de Justiça Paulista. Sustenta a Recorrente, em primeiro lugar, negativa de prestação jurisdicional, por não terem sido analisados temas suscitados em sede de embargos de declaração. No mérito, argumenta que agiu com culpa o Réu, ao não ter conferido a regularidade do endosso, certificando-se da regular representação da Empresa-endossante.

Contra-arrazoado, foi o recurso admitido pelo dissídio, não tendo a mesma sorte o recurso extraordinário igualmente interposto pela Autora.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira (Relator): 1. Os embargos de declaração opostos pela Recorrente tinham efetivamente natureza infringente, porquanto, a despeito de apontar vício no julgado, questionava a **ratio iuris** do acórdão, sendo certo que, salvo exceções, admitidas por doutrina e jurisprudência, para tanto não se prestam os declaratórios.

É de acrescentar-se, ademais, que a Turma julgadora não está obrigada a ater-se aos fundamentos postos pela parte, bastando que decida a controvérsia por inteiro e motivadamente, como na espécie.

Não prospera, portanto, a alegada negativa de prestação jurisdicional.

2. No mérito, indica a Recorrente como divergente julgado do Tribunal de Justiça de São Paulo, publicado na RT 646/76, com esta ementa:

“Cheque. Título nominal. Endosso irregular. Depósito em conta pessoal de terceiro para cobrança via compensação. Hipótese em que

o banco-cobrador tem a obrigação de investigar a autenticidade ou legitimidade da operação. Circunstância que, não obedecida, gera-lhe a responsabilidade pela indenização. Impossibilidade de ser responsabilizado o banco-sacado, eis que o título vai com o *signo* do banco-cobrador, o que gera presunção de regularidade nas operações anteriores.

Tratando-se de cheque nominal, depositado em conta pessoal de terceiro, mediante endosso, para cobrança via compensação, o banco-cobrador tem obrigação de investigar a autenticidade ou legitimidade da operação, tornando-se ele, portanto, o responsável pela regularidade desta.

A liberação do banco-sacado desse exame do título repousa no pressuposto de que o banco-cobrador já o fez e confirmou com seu *signo*.”

Tenho que a divergência está caracterizada. Enquanto o acórdão impugnado entendeu que o banco-cobrador estaria obrigado apenas a verificar a regularidade da série de endossos, e não a autenticidade da assinatura do(s) endossante(s), o julgado paradigma, de outro lado, afirmou que a instituição bancária que recebe o cheque deve “investigar a autenticidade ou legitimidade” do endosso, sob pena de responder pelo pagamento do título irregular.

3. As instâncias ordinárias, com base no art. 39 da Lei do Cheque, entenderam que o banco-cobrador ou apresentante, no caso, o Recorrido, estaria imune de responsabilidade, porquanto a ele não competiria verificar a autenticidade da assinatura do endossante aposta nas cártulas. A propósito, dispõe referida norma:

“Art. 39. O sacado que paga o cheque à ordem é obrigado a verificar a regularidade da série de endossos, mas não a autenticidade das assinaturas dos endossantes. A mesma obrigação incumbe ao banco apresentante do cheque à câmara de compensação.

Parágrafo único. Ressalvada a responsabilidade do apresentante, no caso da parte final deste artigo, o banco-sacado responde pelo pagamento do cheque falso, falsificado ou alterado, salvo dolo ou culpa do correntista, do endossante ou do beneficiário, dos quais poderá o sacado, no todo ou em parte, reaver o que pagou.”

Consagra essa regra o princípio da aparência, em favor da circulabilidade e da negociabilidade do cheque, que restaria obstaculizado se necessário o exame de autenticidade da assinatura do endosso pelo estabelecimento perante o qual é o mesmo apresentado para saque ou depósito.

A Terceira Turma, em casos assemelhados, adotou essa mesma orientação, como se vê das seguintes ementas:

– “Comercial. Cheque. Endosso. Pagamento ao portador.

O estabelecimento bancário está dispensado de conferir a autenticidade da assinatura do endossante de cheque nominal, para pagamento à vista, mas apenas a sua regularidade formal (art. 39 – Lei n. 7.357/1985)” (REsp n. 21.024-PR, DJ de 22.6.1992, Relator: Ministro Dias Trindade).

– “I. Na forma de precedentes da Corte, o estabelecimento bancário não está obrigado a conferir a autenticidade da assinatura do endossante de cheque nominal para pagamento à vista, mas, apenas, a sua regularidade formal” (REsp n. 60.088-MG, DJ de 19.5.1997, Relator: Ministro Menezes Direito).

– “Responsabilidade civil. Banco apresentante do cheque à compensação. Endosso fraudulento.

I – O banco apresentante do cheque à compensação está obrigado apenas a conferir a regularidade da série dos endossos. Não a autenticidade das assinaturas dos endossantes” (REsp. n. 43.510-SP, DJ de 5.2.1996, Relator: Ministro Cláudio Santos).

Em suma, o estabelecimento bancário está desobrigado, nos termos da lei e da jurisprudência, a verificar a autenticidade da assinatura do endosso.

4. Por outro lado, todavia, tal não significa que a instituição financeira estaria dispensada de conferir a *regularidade dos endossos, aí incluída a legitimidade do endossante*. Com efeito, o banco, ao aceitar cheques endossados, deve tomar a cautela de exigir prova da legitimidade do endossante, como, por exemplo, cópia do contrato social da empresa, quando nominal a pessoa jurídica. Se assim não se entender, estar-se-á a permitir que terceiros possam endossar em seu próprio favor, como ocorreu na espécie, em manifesto locupletamento indevido.

Em caso semelhante, esta Turma, no julgamento do REsp n. 171.299-SC (DJ de 5.10.1998), teve oportunidade de ementar:

“I – O estabelecimento bancário está desobrigado, nos termos da lei (art. 39 da Lei do Cheque), a verificar a autenticidade da assinatura do endosso. Entretanto, tal não significa, por si só, que estaria a instituição financeira dispensada de conferir a própria regularidade dos endossos, incluindo a legitimidade do endossante.”

Na ocasião, como relator, adotei como razão de decidir os fundamentos lançados nas instâncias ordinárias, assim redigidos:

“Fácil perceber que o apelante acredita estar imune de toda e qualquer responsabilidade, porquanto a ele não competia verificar a autenticidade da assinatura aposta na cártula.

Todavia, a meu sentir, não se tratava de verificar se autênticas as firmas, mas, sim, se o portador do título dispunha de poderes para endossá-lo. Ora, se nominais os cheques, o endosso só poderia ser feito pelo beneficiário, **in casu**, pela Projesul, ou por seu representante legal.

Há norma legal no sentido de que o cheque nominativo com cláusula à ordem, somente é transmissível por via de endosso da pessoa indicada a quem deva ser pago (Lei n. 2.591, art. 3^o). Também o proclama a Lei Uniforme relativa ao cheque, em seus arts. 14 e seguintes.

(...)

Certo é que obrou com manifesta negligência o Recorrente, ao aceitar o endosso do cheque pelo portador, quando esse não poderia fazê-lo, pois o cheque não era a ele nominal, tampouco detinha mandato expresso para tanto. E nem se diga da existência de um mandato tácito, pois ainda assim, não poderia o Banco agir do modo como agiu. Bem anotou a digna sentenciante ao salientar que ‘é inadmissível que a instituição financeira desconte cheques nominais a empresas, indevidamente endossados, apenas porque o endossatário era intermediário destas’.

(...).

Demonstrada a existência dos cheques, é correto dizer-se que o Banco o pagou a pessoa que não era o legítimo beneficiário. Permitiu-se, na verdade, o endosso de cártula por quem não tinha legitimidade para tanto, assim como o depósito na conta de quem a portava.”

O Supremo Tribunal Federal, **mutatis mutandis**, decidiu da mesma

forma, ao assentar que “quem paga não é obrigado a verificar a autenticidade dos endossos, salvo o do último” (RE n. 88.030-RJ, DJ de 9.5.1980, Relator o Ministro Décio Miranda).

A doutrina não é abundante no tema. Nela, no entanto, **Paulo Sérgio Restiffe** e **Paulo Restiffe Neto**, em comentários ao referido artigo ensinam:

“O art. 35 da Lei Uniforme estabelece duas regras em relação ao pagamento pelo sacado de cheque endossável: a) obrigação de verificar a regularidade da sucessão dos endossos; b) desobrigação de verificar a autenticidade da assinatura dos endossantes. Ambos foram acolhidas no parágrafo único do art. 39 da Lei n. 7.357.

No primeiro caso, cabe ao sacado constatar se o portador pode ser considerado legítimo possuidor, integrado na ‘série ininterrupta de endossos (art. 19 da Lei Uniforme), e outros aspectos pertinentes à regularidade da sucessão dos endossos, como a posse de má-fé (art. 21 da Lei Uniforme).

No segundo caso, não possuindo o sacado a ficha de firma de quem não seja seu cliente, não pode verificar a autenticidade da assinatura e, conseqüentemente, responder por eventual inautenticidade. Mesmo porque o endosso é fato do passado na vida do cheque, no qual o sacado não teve nenhuma interferência.

Mas nada disse a Lei Uniforme quanto a igual responsabilidade do banco apresentante (ou intercalar, ou cobrador). Foi a Lei n. 7.357/1985 que a estendeu na parte final do **caput** do art. 39: ‘a mesma obrigação incumbe ao banco apresentante do cheque à câmara de compensação’, impondo-lhe, outrossim, responsabilidade (início do parágrafo único do mesmo art. 39).

Fábio Konder Comparato, no tema, em parecer publicado na RT 531/36, ao responder às perguntas formuladas na consulta, por sua vez, anotou:

“Em conclusão, examinada a questão à luz dos dispositivos próprios do Direito Bancário, não há por que recusar a responsabilidade do banco remetente do cheque à compensação pela falsidade do endosso. E, ainda que se afastasse a aplicação do Direito Bancário, na espécie, teríamos que, perante o direito comum da responsabilidade civil, houve culpa do banco no acolhimento do título em conta do depositante.

Isto posto, passo a responder aos quesitos formulados na consulta.

1. O endosso feito ao banco Y, embora contendo o cometimento ao banco de creditar o valor do cheque em determinada conta, não configura, na disciplina legal do cheque, o último endosso?

Sim, pois a remessa de cheques à compensação bancária, como explicado, é feita sem endosso, de acordo com as normas estabelecidas pelo Banco Central do Brasil.

2. Não está o banco obrigado a verificar a autenticidade do último endosso?

O Direito brasileiro, seguindo o sistema da Lei Uniforme de Genebra, não impõe ao banco-sacado o dever de verificar a autenticidade dos endossos, no cheque. Trata-se de norma própria de direito cambiário que não exclui, como é óbvio, a aplicação do direito comum da responsabilidade civil com culpa provada. Tratando-se, no entanto, de liquidação de cheque pela compensação bancária, a regulamentação emanada do Banco Central do Brasil, por força do disposto no art. 11, VI, da Lei n. 4.595/1964, torna responsável o banco remetente do cheque à compensação pela validade e autenticidade do último endosso.

3. No caso de respostas afirmativas às perguntas anteriores, não se configura, na hipótese em exame, a responsabilidade civil do banco Y, cuja negligência, deixando de apurar a autenticidade do endosso, acarretou ao emitente a obrigação de indenizar a beneficiária do cheque?

No caso, houve, a meu ver, culpa profissional do banco que recebeu o cheque para crédito em conta do falsário, pela ausência das precauções elementares na verificação da autenticidade do endosso da companhia tomadora do título.

É óbvio que, tendo havido desvio do cheque emitido pela consulente, deixou ele de servir como instrumento de pagamento da companhia indicada como beneficiária; o que obrigou a consulente a novo desembolso para esse pagamento.

Em consequência, a pretensão indenizatória não pode ser afastada, em tese.”

Ainda no plano doutrinário, é de anotar-se que o paradigma colocou posição de **Lauro Muniz Barreto**, segundo a qual “nas operações de

compensação os bancos cobradores verificarão, sob sua responsabilidade, a identidade do beneficiário ou último endossante” (Direito Bancário, Liv. Universitária de Direito, 1975, p. 310).

E a Recorrente ainda ilustrou suas razões com a lição que se segue:

“O banqueiro, a quem o cheque é cruzado, deve ter em consideração, que o cheque entregue para cobrança talvez não pertença ao portador, que, por exemplo, pode ser o presidente de uma sociedade, a favor de quem foi emitido o cheque, ao crédito de cuja conta deve, neste caso, ser levado o recebimento. O mesmo, é no caso do portador figurar no cheque como membro de uma firma social, a quem esse pertence.

O banqueiro, que haja tomado todas as precauções concernentes à validade extrínseca do título e à legitimação do seu possuidor, não pode ser prejudicado, nem atingido, pelos prejuízos decorrentes de modo irregular, fraudulento ou clandestino, pelo qual o possuidor, ou um de seus antecessores o tenha adquirido” (Manual do Banqueiro, 1919, **Thiers Vellozo**, Typographia Baptista de Souza, p. 241).

Ademais, pertinente a teoria do risco empresarial, já que o banco, através de sua atividade, colhe proveitos econômicos, pelo que deve responder pelos riscos assumidos, como observa **Márcia Regina Frigeri**:

“O banco representa uma empresa especializada, que se dedica à prestação de serviços mediante remuneração adequada.

A organização e capacidade técnica dos bancos os distancia dos clientes, que são leigos e desconhecedores desse funcionamento administrativo interno. Destarte, importa estatuir uma responsabilidade maior aos banqueiros, baseada na teoria do risco empresarial, também conhecida por ‘culpa de serviço’.

A teoria do risco profissional tem em **Josserand** e **Salleiles** seus precursores.

Duas são as circunstâncias da teoria do risco profissional que impelem o banco à reparação do dano, independentemente de culpa: a) previsão legal; b) quando o banco, autor do dano, através de sua atividade, cria um risco maior para terceiros.

Acolhido o risco empresarial, o banqueiro, que retira proveito dos riscos criados, deve arcar com as conseqüências de sua ilicitude. Com

isso, a vítima libera-se da prova da subjetividade, pois que não se questiona o dolo ou a culpa do banco” (Responsabilidade Civil dos Estabelecimentos Bancários, Forense, p. 9)

Mais adiante, tratando especificamente da responsabilidade da instituição financeira pelo pagamento de cheques falsos e falsificados, assinala a referida advogada gaúcha:

“É a teoria pela qual se presume a responsabilidade do estabelecimento de crédito.

A propósito são apontados diversos argumentos neste sentido.

a) Foi o banco e não o correntista quem inventou o sistema de cheque e, portanto, não pode transferir ao proprietário do talonário os efeitos danosos desse instrumento, que é obra sua.

b) O banco é instituição poderosa, que extrai lucro com o sistema de cheques. Ademais, o banco só entrega talão de cheques ao cliente desde que este efetue um depósito preliminar ou firme um contrato de abertura de crédito.

c) A vantagem é para o próprio banco, pois estabelecida a responsabilidade do sacado, a confiança nele depositada ficará acrescida.

d) A soma de cheques viciados, na massa geral dos cheques diariamente pagos pelo banco, é insignificante, de modo que o prejuízo sofrido pela empresa bancária, com indevido pagamento desses cheques, representa uma modesta cifra no cômputo de seus lucros, o que para os particulares poderia ser um desastre” (ob. cit., p. 34).

É de registrar-se, por fim, que, nos termos do parágrafo único do art. 39 da Lei do Cheque, o banco pode reaver do beneficiário, quando presente culpa ou dolo deste, como no caso, o pagamento que efetuou indevidamente.

5. Em face do exposto, *conheço* do recurso e *dou-lhe provimento* para julgar procedente o pedido indenizatório, condenando o Réu, ora recorrido, ao pagamento dos cheques desviados da Autora pelo seu antigo funcionário, indevidamente pagos e compensados, tudo a ser apurado em liquidação de sentença por artigos.

Despesas processuais e honorários advocatícios a cargo do Réu, fixados estes em 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação final, nos termos do § 3º do art. 20 CPC.

VOTO

O Sr. Ministro Barros Monteiro: Sr. Presidente, o meu voto é também nesse sentido, até porque, neste caso específico, como os cheques foram emitidos nominais à ordem das Fazendas Reunidas, normalmente deveriam ser depositados na conta dela e não na do funcionário. Então, penso que aí houve uma falha do Banco em não perquirir sobre eventual irregularidade nesse passo.

Conheço do recurso e dou-lhe provimento.

VOTO

O Sr. Ministro Aldir Passarinho Junior: Sr. Presidente, acompanho o voto do eminente Ministro-Relator, conhecendo do recurso e dando-lhe provimento, com a mesma observação feita pelo eminente Ministro Barros Monteiro, porque a lei diz que o Banco é responsável apenas na verificação da sucessão dos endossos e não pela autenticidade das assinaturas; quer dizer, ele, em circunstâncias normais, não seria responsável por verificar se aquela pessoa está ou não autorizada a assinar em nome das Fazendas Boi Gordo, até aí não haveria responsabilidade, mas como ele assinou os depósitos pelas Fazendas Boi Gordo e depositou na própria conta, isso é um procedimento inusual e, de fato, caberia ao Banco, pelo menos, levantar essa questão da verificação. Por esse aspecto particular, parece que há responsabilidade do Banco.

RECURSO ESPECIAL N. 302.767 – PR

(Registro n. 2001.0013413-0)

Relator: Ministro Cesar Asfor Rocha
Recorrente: Rosely Agner Caldeira
Advogado: Oldemar Mariano
Recorrida: Tháisa Schwarz e cônjuge
Advogado: Orlando Maurício Gehr
Recorridos: Lar das Vovozinhas Balbina Branco e outro

- Advogado: Levi Martins
- Recorrida: Santa Casa de Misericórdia de Ponta Grossa
- Advogados: Victor Malucelli Júnior e outro
- Recorridos: Asilo São Vicente de Paula e outro e André Justus Neto e cônjuge
- Advogados: Vítor Leal e outro
- Recorridos: Orlando Arthur Justus e outros
- Advogado: Luiz Carlos Derbli Bittencourt
- Recorridos: Ministério Público do Estado do Paraná e Hospital Evangélico de Ponta Grossa
- Advogado: Aldino Drehmer

EMENTA: Civil – Sucessão – Testamento – Formalidades – Extensão.

O testamento é um ato solene que deve submeter-se a numerosas formalidades que não podem ser descuradas ou postergadas, sob pena de nulidade.

Mas todas essas formalidades não podem ser consagradas de modo exacerbado, pois a sua exigibilidade deve ser acentuada ou minorada em razão da preservação dos dois valores a que elas se destinam – razão mesma de ser do testamento –, na seguinte ordem de importância: o primeiro, para assegurar a vontade do testador, que já não poderá mais, após o seu falecimento, por óbvio, confirmar a sua vontade ou corrigir distorções, nem explicitar o seu querer que possa ter sido expresso de forma obscura ou confusa; o segundo, para proteger o direito dos herdeiros do testador, sobretudo dos seus filhos.

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, Aldir Passarinho Junior, Sálvio de Figueiredo Teixeira e Barros Monteiro.

Brasília-DF, 5 de junho de 2001 (data do julgamento).

Ministro Ruy Rosado de Aguiar, Presidente.

Ministro Cesar Asfor Rocha, Relator.

Publicado no DJ de 24.9.2001.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Cesar Asfor Rocha: Do r. aresto recorrido, proferido em embargos infringentes opostos pelos ora recorridos, consta que “a matéria objeto de divergência, levantada em ação de nulidade de testamento público, refere-se ao comando previsto no art. 1.632, incisos I e II, do Código Civil, que exige a presença de cinco testemunhas como requisito essencial à validade do ato”.

Tais embargos foram acolhidos, por maioria, conforme dá conta o seguinte sumário:

“Civil. Testamento público. Ação de nulidade de testamento público. Documento que tem suas declarações portadas por fé pública. Presunção de veracidade não elidida pelo depoimento de duas testemunhas instrumentárias que, vinte anos depois declaram no curso da ação não recordar de assistirem ao ato. Circunstância atribuível à falibilidade da memória humana, considerando-se o grande tempo decorrido. Hídez do documento, ademais, aferida por perícia técnica. Nulidade afastada.

Anulação de testamento público. A fé pública do tabelião, conformada por testemunhas só pode ser elidida mediante prova indiscutível, o que, no caso, não acontece” (Supremo Tribunal Federal – RE n. 43.077, Primeira Turma, Rel. Min. Cândido Motta). (fls. 556/557).

Rejeitados os aclaratórios, foi interposto o presente recurso especial com base nas letras **a** e **c** do permissor constitucional, por sugerida divergência com os julgados que indica e por alegada violação ao art. 1.632, II, do Código Civil.

Alega a Recorrente que a questão de direito está em saber se o testamento lavrado sem a presença de uma das cinco testemunhas exigidas pela lei é ou não válido.

O egrégio Tribunal local, ao acolher os infringentes, pela apertada

maioria de um voto, em **quorum** de sete julgadores, teria entendido que sim.

É que o Desembargador-Relator foi seguido integralmente por dois julgadores, enquanto que o quarto julgador acolheu os embargos, mas por considerar que a vontade do testador deveria prevalecer, por jamais ter sido impugnada, apesar do vício ocorrido no testamento, qual seja a não-presença, em todo o ato, de uma das testemunhas.

Observo que a Recorrente é neta do testador e as pessoas físicas beneficiadas com o testamento foram os filhos deste, juntamente com as instituições benemerentes ora recorridas.

O testamento foi firmado em 1972, na cidade de Imbituva-PR, distante cerca de 60 quilômetros da cidade de Ponta Grossa-PR, onde o testador residia, quando contava com 82 anos (faleceu aos cem anos), tendo a ação sido proposta em 1992, vinte anos depois da celebração do testamento.

Admitido na origem, o douto Ministério Público Federal opinou pelo não-conhecimento do recurso especial, pela pretensão de reexame de prova.

Era o de importante a relatar.

VOTO

O Sr. Ministro Cesar Asfor Rocha (Relator): 1. A Recorrente promoveu uma ação de nulidade de testamento contra os Recorridos alegando, no que ainda há de útil, que pelo menos uma das testemunhas que o assinaram como tendo assistido o ato não teria, em verdade, dele participado. Por isso, o testamento seria nulo.

A ação foi julgada improcedente em 1º grau sendo, por maioria, provida a apelação, que foi reformada pelos embargos infringentes, também por maioria (*um voto de diferença*), o que ensejou a interposição do recurso especial em exame.

Como já dito, a Recorrente é neta do testador e as pessoas físicas beneficiadas com o testamento foram os filhos deste, juntamente com as instituições benemerentes, ora recorridas.

O testamento foi firmado em 1972, na Cidade de Imbituva-PR, distante cerca de 60 quilômetros da cidade de Ponta Grossa-PR, onde o testador residia, quando contava com 82 anos (faleceu aos cem anos), tendo a ação sido proposta em 1992, vinte anos depois da celebração do testamento.

2. Extraio do r. voto-condutor da decisão hostilizada, que foi integralmente seguida por mais dois julgadores, as seguintes passagens:

“Prudente Cláudio Pedroso, titular do cartório, na época em que foi lavrado o testamento, afirma que as declarações do testador foram tomadas na presença das testemunhas, eis que é praxe e sempre era feito isso. Gilson Cezar de Camargo, em seu depoimento de fl. 264, reconhece como sua a assinatura aposta no documento questionado, dizendo não ter lembrança de ter assistido a lavratura do testamento e de que tenha sido lido em sua presença. Embora tal testemunho possa trazer dúvidas, não se presta ele para tornar inválido o testamento público, que não é um documento qualquer, facilmente atingível; não é possível abalá-lo simplesmente porque uma testemunha vem trazer dúvida quanto a estar presente a todo o ato e que após escrito, tenha sido lido em sua presença. Outrossim, vemos que os atos praticados pelos oficiais públicos, em razão do ofício, gozam de presunção de veracidade e valem até prova em contrário, e esta não foi produzida suficientemente para se invalidar o ato. Como bem referenciou o douto Procurador de Justiça, ‘o testamento está assinado por tabelião e por todas as testemunhas e o laudo pericial atestou que não houve fraude. Assim, o depoimento de uma testemunha, vinte anos após a lavratura do ato, não tem o condão de anular a disposição de última vontade. Admitir o contrário seria desconsiderar o primado da segurança jurídica’. Raramente, um indivíduo consegue reter fielmente por muito tempo os detalhes do fato testemunhado e entre as várias razões que podem levar a uma tal mudança de imagem, temos a influência do decurso do tempo, o que pode ter ocorrido com a testemunha em focalização.” (fls. 560/561).

...

“Como assentado no voto solitário, o depoimento isolado das testemunhas instrumentárias não roborados por outras provas, não tem a força de abalar a presunção de veracidade do que foi declarado pela oficial pública.

Mas há aqui algo que deve ser enfatizado: o decurso de longos vinte anos, permeados entre a lavratura do ato e os depoimentos em juízo, foi determinante para gerar a controvérsia posta em debate.

Com efeito, após todo esse tempo, de todo justificável a falta de

lembrança da testemunha Gilson Cezar de Camargo quanto a sua presença ao ato. A memória, ao menos para a grande maioria das pessoas, igualmente falharia em tal circunstância.

O mesmo deve ser anotado em relação à testemunha Nelson Andrade dos Santos. Ele admitiu ser sua a assinatura aposta no documento. Presume-se, portanto, ao contrário do que afirma, que tenha acompanhado o ato. Some-se aqui, mais uma vez, a fé pública declarada pela oficiala pública quanto ao seu comparecimento.” (fl. 562).

O quarto julgador acolheu os embargos, pelos seguintes fundamentos:

“Tivesse votado na última sessão, teria acompanhado o voto do eminente Desembargador Vidal Coelho, rejeitando estes embargos infringentes.

É que, tratando-se de testamento público, é requisito essencial, consoante a expressa letra do art. 1.632 do Código Civil e seus incisos, que as declarações do testador sejam feitas na presença de cinco testemunhas, que devem assistir a todo o ato, e ao final ouvir a leitura do ditado, assinando em seguida o ato, juntamente com o testador e o oficial público.

Preterida tal solenidade, nulo é o ato, consoante a regra do art. 145, IV, do mesmo Código.

Bem esclarecem **Planiol** e **Ripert** o porquê desse rigorismo: *De um ponto de vista lógico, essa severidade se explica: no fundo, o testamento notarial é um testamento nuncupativo recebido por um funcionário público. À parte toda idéia de fraude por parte deste último, não é de temer-se a falta de uma estreita correlação entre a vontade do testador e sua expressão no papel, obra de um terceiro?*

Tanto mais, acrescento, que a produção dos efeitos dessa declaração somente se operará depois da morte do testador, que por óbvio não mais estará presente para dirimir dúvidas ou argüir vícios quanto à manifestação de sua última vontade.

E na espécie é fora de dúvidas de que pelo menos uma das testemunhas não esteve presente ao ato, já que expressamente reconheceu em juízo que firmava os atos notariais ao depois de sua realização, habitualmente.

Fui advogado por mais de trinta anos, e no exercício desse nobre **munus** orientei a feitura de mais de duas dezenas de testamentos

públicos. A parte mais árdua nesses casos nunca foi a redação do documento, como desenhado pelo testador, ou a sua lavratura em cartório, mas, sim, a reunião e comparecimento, para o ato, das cinco testemunhas exigidas pela lei para a sua validade, que sempre exige fossem justamente pessoas conhecidas e da confiança do testador.

Desse modo, numa visão dogmática, inclinava-me pelo reconhecimento da nulidade e conseqüente ineficácia do testamento em causa.

Contudo, do relatório e voto proferidos pelo eminente Desembargador José Ulysses Lopes, absorvi a informação de que o pleito anulatório funda-se exclusivamente no defeito formal do testamento, não havendo sido questionada, em momento algum, a higidez das declarações do testador.

Eis então o dilema que se põe para o julgador: *deve ser anulado esse ato, o mais sério, solene e definitivo que um indivíduo pode praticar dispondo, como manifestação de sua última vontade e para além de sua morte, sobre o seu patrimônio moral e material, por mero defeito formal? Será a forma mais importante do que o conteúdo?*

Essa a reflexão que venho fazendo desde a última sessão em que este recurso foi apreciado pelo colendo Colegiado.

E agora, proferindo meu voto, iluminado inclusive pelo princípio da lógica razoável, estou convicto de que a vontade do testador, jamais impugnada nestes autos, deve prevalecer apesar do vício ocorrido no ato solene em que ela foi manifestada. Pois se a presença da testemunha era exigida justamente para segurança da verdade e coerência das declarações do testador, e estas são reconhecidas por todos, penso, com a devida vênua dos votos em contrário, que deva prevalecer o testamento, pois o seu sacrifício importaria na violação de um bem maior, que é o da liberdade do indivíduo dispor em última vontade de seu patrimônio.

Com tais considerações, e mais o que consta do voto do eminente Relator, voto acolhendo os embargos.” (fls. 567/570).

Já os julgadores vencidos, adotaram os seguintes fundamentos constantes do voto declarado à fl. 566:

“1. No meu desvalido entender, o comando do art. 1.632 do Código Civil, é no sentido de que, só vale o testamento, formalmente, se

as declarações do testador forem feitas na presença de cinco testemunhas, que devem estar presentes ao ato e ouvirem-lhe a leitura, aponto, em seguida, sua firma no documento, junto com o testador e o oficial do cartório.

Sem isso, o testamento é nulo, nos precisos termos do art. 145, IV, do Código Civil.

No caso dos autos, pelo menos uma das testemunhas não esteve presente ao ato, firmando-o, posteriormente.

A maioria, mesmo reconhecendo a falta, optou pela manutenção do testamento, ao entendimento de não ter sido questionada, em nenhum momento, a higidez das declarações do testador.

Ora, a questão da vontade do testador não estava em discussão, nem tem ela repercussão alguma para o deslinde da questão. O de que se cuida é se o testamento lavrado longe da presença de cinco testemunhas é válido.

E a resposta é pela negativa, evidentemente.

Por isso, é que votei pela rejeição dos embargos". (fl. 566).

3. Como se vê, quatro julgadores reconheceram que pelo menos uma das testemunhas não esteve presente ao ato, firmando-o, posteriormente. Contudo, um destes, aliados aos três que não reconheceram essa ausência, deram pela validade do testamento.

Destarte, a questão consiste mesmo em saber se o fato de uma testemunha não ter estado presente por todo o ato invalida ou não o testamento no caso em espécie.

4. No que há de mais essencial, a discussão posta neste feito gira em torno da extensão que se deve dar às formalidades que revestem a elaboração do testamento cogitado, especialmente no que tange à ausência de uma testemunha, por todo o tempo da celebração do ato de última vontade.

O substrato fático motivador da ação proposta de que cuida o recurso especial em exame resume-se, exclusivamente, na pretensão da ora recorrente, neta do testador, de declarar a nulidade do testamento em tablado, uma vez que sendo filha de filha pré-falecida do testador, teria ficado em desvantagem quando destinados os bens no testamento.

Não ponho nenhuma dúvida quanto à compreensão de que o testamento é um ato solene que deve submeter-se a numerosas formalidades que não podem ser descuradas ou postergadas, sob pena de nulidade.

Mas todas essas formalidades não podem ser consagradas de modo exacerbado, pois a sua exigibilidade deve ser acentuada ou minorada em razão da preservação dos dois valores a que elas se destinam – razão mesma de ser do testamento –, na seguinte ordem de importância: a primeira, para assegurar a vontade do testador, que já não mais poderá, após o seu falecimento, por óbvio, confirmar a sua vontade ou corrigir distorções, nem explicitar o seu querer que possa ter sido expresso de forma obscura ou confusa; a segunda, para proteger o direito dos herdeiros, sobretudo dos seus filhos.

Assim ocorre, por exemplo, dentre muitos outros, se a vontade do autor do testamento não for claramente manifestada; se ela apresentar-se contraditória; se for de encontro à ordem natural das coisas abstraídas dos fatos da vida; se excluir da herança algum filho; se incluir algum herdeiro testamentário que possa despertar, por certas razões, surpresa ou espanto; se estabelecer cotas hereditárias desproporcionais entre os filhos, ainda que protegida a legítima; se estabelecer cláusulas injustificáveis a afetar a legítima, visivelmente prejudiciais a alguns herdeiros, etc.

Por outro lado, como disse, e creio que todos aqui acordamos nesse ponto, “não se deve levar o formalismo dos testamentos ao extremo, não se justificando interpretação apenas literal. O formalismo se põe como forma de dar maior segurança à declaração de vontade, cuja eficácia se realiza após a morte do declarante”, segundo lição de **Marco Aurélio S. Viana** (Curso de Direito Civil, v. 6, Belo Horizonte: Del Rey, 1993, pac. 7, n. 7, p.p. 97/98).

Orlando Gomes (in Sucessões, Forense, RJ, 1978, p.p. 141 e 143) igualmente leciona que, como ato solene, o testamento “está rodeado de numerosas formalidades, que dificultam sua prática, com vistas, porém, à garantia indispensável de sua autenticidade e à tutela da independência da vontade do testador, a fim de assegurar plenamente o resultado jurídico por ele pretendido”, pois esse “formalismo é imposto também para que se conserve a exata compreensão da vontade declarada pelo **de cujus**, e consubstanciada sob forma de regulamento”.

É ainda do aplaudido mestre o seguinte ensinamento:

“A anulação de um testamento é fato de suma gravidade, que não deve estar à mercê de pequenas nugas formalísticas, quando irrefragável é a sua autenticidade, por todos os elementos sérios que a atestam” (in Questões de Direito Civil, 5ª ed., SP, Saraiva, 1988, p. 280).

Como já proclamou o Supremo Tribunal Federal, “formalidades essenciais por cujo cumprimento portou fé o tabelião, constituem um bloco, cuja seriedade e solidez não estão à mercê da versatilidade de alguém, que tendo servido de testemunha instrumentária, resolve anos depois declarar que não assistiu o ato” (RE n. 30.204, Rel. Min. Afrânio Costa).

Ou como destaca a Recorrida de voto proferido pelo Desembargador Barbosa Pereira, “quando a lei prescreve para certos fatos ou atos determinadas exigências formais, não tem outro fito senão o de pressupor cautelas, envoltórios plásticos, dentro dos quais, convenientemente resguardadas as vontades, se lhes garanta e precise eficácia autorizativa”.

No recurso especial em exame, a própria Recorrente, em nenhum momento, põe em dúvida a higidez mental do testador ou apresenta qualquer outro motivo a abalar a inteireza do testamento, senão a alegada ausência de uma testemunha. Aliás, o testador, ao definir a destinação dos seus bens, desce a luxo de detalhes, cuidando até dos móveis do quarto principal de dormir, cortinas, lustres e armários.

A Recorrente investe, brava e elegantemente, em muito bem elaboradas razões, apenas quanto a essa formalidade que a tenho, **data venia**, como exacerbada.

Ora, o testamento está assinado pelo tabelião, e por todas as testemunhas, e o laudo pericial atestou que não houve fraude. Assim, o depoimento de uma testemunha, vinte anos depois da lavratura do ato, não tem o condão de anular a disposição de última vontade. Admitir o contrário, seria desconsiderar o primado da segurança jurídica.

Do Supremo Tribunal Federal trago ainda o seguinte precedente:

“Testamento. Nulidade. Se é certo não ser indestrutível a fé pública do notário, não menos exato é que, para eliminá-la, torna-se mister a apresentação de prova concludente e perfeita, não apenas os depoimentos de duas testemunhas instrumentárias que, após o falecimento do testador, prestam-se, no interesse de terceiros, ao desfazimento do ato para cuja perfeição colaboraram.” (Rel. o saudoso Ministro Barros Monteiro, RE n. 66.610-RJ, DJ de 28.11.1969).

Por fim, reproduzo mais uma vez e fazendo minhas as seguintes preciosas colocações postas no voto-vencedor do eminente Juiz Ronald Schulman:

“E agora, proferindo meu voto, iluminado inclusive pelo princípio da lógica razoável, estou convicto de que a vontade do testador, jamais impugnada nestes autos, deve prevalecer apesar do vício ocorrido no ato solene em que ela foi manifestada. Pois se a presença da testemunha era exigida justamente para a segurança da verdade e coerência das declarações do testador, e estas são reconhecidas por todos, penso, com a devida vênia dos votos em contrário, que deva prevalecer o testamento, pois o seu sacrifício importaria na violação de um bem maior, que é o da liberdade do indivíduo dispor em última vontade de seu patrimônio.” (fls. 569/570).

Diante de tais pressupostos, não conheço do recurso.

VOTO-PRELIMINAR

O Sr. Ministro Ruy Rosado de Aguiar (Presidente): Srs. Ministros, acompanho o voto do eminente Ministro-Relator porque há um documento público com a assinatura de cinco testemunhas, e uma delas, vinte anos depois, afirma não se lembrar de haver assistido ao desenrolar do ato. Há realmente insuficiência de prova para invalidar a manifestação de última vontade, o que leva ao não-conhecimento do recurso.

VOTO

O Sr. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira: Em face das peculiaridades do caso concreto e pelos fundamentos bem lançados no voto do Sr. Ministro-Relator, acompanho o voto de S. Ex.^a.

RECURSO ESPECIAL N. 306.470 – CE

(Registro n. 2001.0023413-5)

Relator: Ministro Cesar Asfor Rocha
Recorrente: Empresa Jornalística O Povo Ltda
Advogado: Mauro Ferreira Sales
Recorrido: Francisco Jaime Medeiros Neto
Advogado: Francisco José Lira Coelho

EMENTA: Civil e Processual Civil – Dano moral – Quantificação – Julgamento antecipado da lide.

Ao juiz é permitido proferir o julgamento antecipado da lide quando a prova já se apresentar suficiente para a decisão e a designação de audiência se mostrar de todo desnecessária.

“O valor da indenização por dano moral não pode escapar ao controle do Superior Tribunal de Justiça” (REsp n. 53.321-RJ, Min. Nilson Naves).

Recurso parcialmente conhecido e, nessa parte, provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos, em que são partes as acima indicadas, acordam os Srs. Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer em parte do recurso e, nessa parte, dar-lhe parcial provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Ruy Rosado de Aguiar, Aldir Passarinho Junior, Sálvio de Figueiredo Teixeira e Barros Monteiro votaram com o Sr. Ministro-Relator.

Brasília-DF, 7 de junho de 2001 (data do julgamento).

Ministro Ruy Rosado de Aguiar, Presidente.

Ministro Cesar Asfor Rocha, Relator.

Publicado no DJ de 17.9.2001.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Cesar Asfor Rocha: O jornal da Empresa-recorrente publicou notícia envolvendo o nome do Magistrado-recorrido como sendo acusado em desvios de verbas, decorrentes de depósitos judiciais, sendo referida matéria também veiculada via *internet*.

O Recorrido ajuizou uma ação de indenização postulando reparação pelo dano moral sofrido que, em 1ª instância, por julgamento antecipado, foi julgada procedente com a condenação em R\$ 1.000.000,00 (hum milhão de reais), valor esse que foi reduzido, pelo egrégio Tribunal a **quo** para R\$ 300.000,00.

Daí o recurso especial em exame lançado com base na alínea **a** do

permissor constitucional, por alegada violação ao art. 331 do Código de Processo Civil, isto porque o juiz julgou a lide antecipadamente, sem realizar audiência de conciliação, e aos arts. 159 e 1.547 do Código Civil, porque o valor da condenação seria elevado.

Devidamente respondido, o recurso não foi admitido na origem, tendo o seu curso sido desembaraçado por conta do provimento que dei ao agravo de instrumento.

Era o de importante a relatar.

VOTO

O Sr. Ministro Cesar Asfor Rocha (Relator): 1. O recurso não pode ser conhecido pela alegada ofensa ao art. 331 do Código de Processo Civil porque ao juiz é permitido proferir o julgamento antecipado da lide quando a prova já se apresentar suficiente para a decisão e a designação da audiência se mostrar de todo desnecessária. Nesse sentido o precedente desta Quarta Turma no REsp n. 61.462-PE, relatado pelo eminente Ministro Barros Monteiro (DJU de 21.8.1995), dentre outros.

2. Melhor sorte, contudo, merece o recurso na pretensão referente à redução do valor da condenação.

Desde o julgamento do REsp n. 53.321-RJ, da relatoria do eminente Ministro Nilson Naves, esta Corte tem admitido que “o valor da indenização por dano moral não pode escapar ao controle do Superior Tribunal de Justiça”.

Nessa linha, observo que, conquanto tenha o Recorrido sofrido o desconforto anunciado, a quantia fixada destoa daquelas que estão sendo adotadas por esta Turma, pois devem ser consideradas as condições dos envolvidos, adequando-se o valor indenizatório a cada situação, evitando-se que sejam desbordados os limites dos bons princípios e da igualdade que regem as relações de direito, para que a indenização não importe em um prêmio indevido ao ofendido, indo muito além da recompensa ao desconforto, ao desgosto, aos efeitos do gravame suportado.

Observo mais, que esta Quarta Turma tem se orientado, habitualmente, ainda que sem muita rigidez, em estabelecer a indenização por dano moral, decorrente da perda de familiar próximo, em torno de quinhentos salários mínimos.

Registro que, na espécie, as instâncias ordinárias foram contundentes

em afirmar a ocorrência do dano em concreto, bem como a extrapolação pelo Réu do limite da normalidade quanto à liberdade de imprensa, e esta não acoberta os excessos cometidos que importem em ofensa à honra.

Diante de tais pressupostos, e tendo em conta as peculiaridades da espécie, conheço parcialmente do recurso e, nessa parte, dou-lhe provimento, para o fim de fixar o quanto indenizatório no valor correspondente a duzentos salários mínimos.

RECURSO ESPECIAL N. 310.803 – SP

(Registro n. 2001.0030964-0)

Relator: Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira

Recorrente: Francisco Rossi de Almeida

Advogados: Clito Fornaciari Júnior e outro

Recorrido: Fausto Chagas de Macedo

Advogados: Paulo Esteves e outros

EMENTA: Processual Civil – Embargos infringentes – Sorteio do relator – Art. 533, CPC – Exegese – Precedente – Embargos de declaração – Não-enfrentamento da questão posta – Violação da lei federal configurada – Recurso provido parcialmente.

I – Não ocorre ofensa ao parágrafo único do art. 533, CPC, quando o relator da apelação, coincidentemente, por compor a maioria na votação dos infringentes, é designado relator do acórdão. Em outras palavras, vencido o relator originário dos embargos infringentes, o relator para o acórdão não precisa ser necessariamente diferente daquele do acórdão da apelação.

II – O Tribunal, ao negar a manifestação sobre teses jurídicas, com a rejeição dos embargos, incorre em violação ao art. 535, II, CPC. A motivação das decisões judiciais reclama do órgão julgador, pena de nulidade, explicitação fundamentada quanto aos temas suscitados. Elevada a cânone constitucional, apresenta-se como uma das características incisivas do processo contemporâneo, calcado no *due process of law*, representando uma “garantia inerente ao estado de direito”.

ACÓRDÃO

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

Brasília-DF, 3 de maio de 2001 (data do julgamento).

Ministro Ruy Rosado de Aguiar, Presidente.

Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, Relator.

Publicado no DJ de 13.8.2001.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira: Trata-se de ação de indenização por danos morais ajuizada pelo Recorrido – jornalista de O Estado de São Paulo – contra o Recorrente. Alegou o Autor que o Réu lhe ofendeu a honra, verbalmente, quando, em entrevista à Rádio Bandeirantes, o chamou de “trombadinha”.

A sentença julgou procedente o pedido, fixando a indenização em 100 (cem) salários mínimos. A reconvenção apresentada pelo Réu, de seu turno, teve seu pedido julgado improcedente.

O Tribunal de Justiça de São Paulo, por maioria de votos, negou provimento à apelação do Réu, em acórdão relatado pelo Desembargador Egas Galbiatti. O voto-vencido, ao divergir, concluiu que seria caso de cassação da sentença, uma vez julgada antecipadamente a reconvenção, sem a necessária dilação probatória.

Opostos embargos infringentes, foram eles rejeitados, também por maioria. Vencidos os Desembargadores Relator (Mattos Faria) e Revisor (Sousa Lima), foi designado o Desembargador Elgas Galbiatti para redigir o acórdão, que restou com esta ementa:

“Se a prova documental bastou para embasar a decisão de 1^a grau, não há falar-se em nulidade da mesma por falta de instrução probatória.

Embargos infringentes rejeitados.”

O Réu manejou embargos de declaração sustentando, em preliminar, a nulidade do julgado, porque o relator designado dos embargos infringentes fora o mesmo da apelação. No mais, argumentou com contradição e omissão.

Rejeitados os declaratórios, adveio recurso especial com alegação de violação aos arts. 533, parágrafo único, e 535, II, CPC.

Com as contra-razões, foi o recurso admitido.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira (Relator): 1. Em primeiro lugar, aponta o Recorrente nulidade no julgamento dos embargos infringentes, ao argumento de que não foi observada a regra do parágrafo único do art. 533, CPC.

Em caso assemelhado, no qual também se discutiu a respeito da amplitude da norma em questão, tive oportunidade, como relator, de tecer as seguintes considerações (REsp n. 161.133-DF, DJ de 16.10.2000):

“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, incorre 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 edição, volume II, p. 219).

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.”

Esse precedente ficou assim ementado:

“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.”

Na espécie, no entanto, diferentemente do precedente, tenho que não restou violada a norma legal.

O relator sorteado dos embargos infringentes não foi o mesmo da apelação. Ocorre que, vencidos o relator e o revisor no julgamento daquele recurso, foi designado um relator para acórdão, como, aliás, determina a lei, que, coincidentemente, foi o mesmo da apelação. Isso, todavia, não enseja a nulidade pretendida, uma vez que o que busca a norma em questão é evitar a repetição do mesmo relator da apelação.

Barbosa Moreira, no ponto, em escólios ao art. 533, CPC, assinala:

“No órgão competente para o julgamento, escolhe-se, mediante sorteio, o relator dos embargos. Sempre que possível, a escolha recairá em juiz que não haja participado do julgamento da apelação ou da ação rescisória (parágrafo único, antigo § 2^o). Ao fazer-se o sorteio, portanto, devem excluir-se dele os magistrados que tenham tomado parte naquele julgamento, a menos que todos se encontrem nessa situação. Se um único deixou de tomar parte, desnecessário o sorteio: será esse o relator, a não ser que esteja impedido, ou que se lhe argúa com êxito a suspeição.

Em caso nenhum proíbe o Código, como tampouco exige, que participem do julgamento dos embargos quaisquer juizes que hajam funcionado no da apelação ou no da ação rescisória, mesmo em posição de relator ou de revisor. Procura apenas evitar, dentro das possibilidades existentes, que os embargos sejam relatados por algum participante no julgamento anterior. Quanto aos membros do órgão que vai julgar os embargos – inclusive o revisor destes –, é indiferente que haja ou não proferido voto sobre a apelação ou a rescisória” (Comentários ao Código de Processo Civil, Forense, 8^a edição, n. 292, p. 528, g.n.).

2. Relativamente ao outro ponto da irresignação, por sua vez, tenho que o recurso prospera.

O acórdão impugnado não cuidou de todos os temas suscitados em embargos de declaração, mas, tão-somente da apontada inobservância do art. 533, CPC. O Colegiado de origem, com efeito, deixou de analisar a alegada contradição e a omissão relativamente à matéria de fundo.

Ainda que fosse para rejeitá-las, era de rigor o exame das questões postas. Na linha dos precedentes desta Corte, a necessidade de motivação da decisão judicial encontra albergue no ordenamento constitucional, sendo de exigí-la como garantia do devido processo legal e do estado de direito, conforme se colhe, para exemplificar, do REsp n. 149.771-RJ (DJ de 9.12.1997), com esta ementa, no que interessa:

“II – A motivação das decisões judiciais reclama do órgão julgador, pena de nulidade, explicitação fundamentada quanto aos temas suscitados. Elevada a cânone constitucional, apresenta-se como uma das características incisivas do processo contemporâneo, calcado

no *due process of law*, representando uma ‘garantia inerente ao estado de direito’.”

A ausência de fundamentação, diz a doutrina, eiva de nulidade o ato judicial. A propósito do seu relevo, a lição de **Celso Bastos**:

“A fundamentação corresponde à motivação do ato administrativo e se constitui em uma das grandes conquistas das revoluções liberais em matéria de Administração da Justiça (cf. **Luis Maria Díez-Picazo**, Régimen Constitucional del Poder Judicial, cit., p. 60). É uma forma de impedir a arbitrariedade dos magistrados que deverão se submeter ao império da lei” (Comentários à Constituição do Brasil, 4ª volume, tomo III, art. 93, IX, São Paulo: Saraiva, 1997, p. 50).

E a idéia da motivação, como garantia, expressa-a bem **Barbosa Moreira**:

“Vai-se firmando a convicção de que o problema se põe, antes de tudo, no plano dos princípios fundamentais de ordem política – no mais nobre sentido da palavra –, que devem presidir à disciplina da atividade estatal, **in genere**, e da atividade jurisdicional, **in specie**. Nesse contexto, avulta a idéia de *garantia* como inspiração básica e fim precípua da imposição do dever de enunciar, publicamente, as razões justificativas da decisão proferida” (A Motivação das Decisões Judiciais como Garantia Inerente ao Estado de Direito, Revista Brasileira de Direito Processual, n. 16, p. 116, 1978).

Tenho, destarte, por violado o art. 535, CPC.

3. Em face do exposto, *conheço em parte* do recurso especial, pela violação ao art. 535, CPC, e *dou-lhe provimento* nessa parte para ensejar ao egrégio Tribunal de 2ª grau, por seu órgão julgador dos infringentes, a apreciação das demais questões postas em embargos de declaração.

RECURSO ESPECIAL N. 327.173 – DF

(Registro n. 2001.0061129-8)

Relator: Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira

Recorrente: Banco Meridional do Brasil S/A
Advogados: Clóvis Brandão Nogueira e outros
Recorridos: Action Acqua Promoção e Marketing Ltda e outros
Advogados: Ivo Evangelista de Ávila e outros

EMENTA: Processo Civil – Execução – Suspensão – Não-localização de bens penhoráveis – Art. 791, III, CPC – Prazo – Vinculação à prescrição do débito – Precedentes – Orientação do Tribunal – Recurso provido.

– Sem estar em discussão a prescrição do débito, a execução suspensa com base no art. 791, III, CPC não pode ser extinta por negligência do exeqüente, nem por abandono da causa (art. 267, II e III, CPC), principalmente se restaram atendidas todas as intimações para o prosseguimento do feito.

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, Cesar Asfor Rocha, Ruy Rosado de Aguiar e Aldir Passarinho Junior.

Brasília-DF, 14 de agosto de 2001 (data do julgamento).

Ministro Cesar Asfor Rocha, Presidente.

Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, Relator.

Publicado no DJ de 24.9.2001.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira: Nos autos da execução de nota de crédito comercial movida pelo Banco-recorrente contra os Recorridos, o Exeqüente requereu a suspensão do processo por não encontrar bens penhoráveis, reiterando o pleito por mais três vezes, num período de um ano e sete meses.

Extinto o processo em 1ª grau, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal

e dos Territórios, sob a relatoria do Desembargador Waldir Leônico Júnior, desproveu a apelação, em acórdão de cuja fundamentação se colhe:

“Execução. Extinção por falta de bens penhoráveis. Art. 791, III, do CPC. Correta a extinção do processo de execução por ausência de bens penhoráveis dos devedores, já que a suspensão do art. 791, III, do CPC não é por prazo indeterminado. O processo de execução é de pretensão insatisfeita e não de pretensão resistida. Como o processo de conhecimento, deve, entretanto, ser útil e necessário, pena de ausência de interesse em agir, reconhecidamente tido como uma das condições da ação.

[...]

A execução em exame não passou do primeiro ato processual: a citação de três dos quatro devedores.

Nestas condições, realmente nada justifica a suspensão da execução que o credor insiste em obter. Não podem as partes pretender transferir para o Poder Judiciário (por demais sobrecarregado de demandas a dirimir) providências de sua alçada. As instituições financeiras, antes de deferir crédito a seus clientes, elaboram cadastros, exigindo documentos do cliente, inclusive para comprovação do patrimônio. Pelo visto, o Exeqüente desinteressou-se do processo e luta a todo o custo por mantê-lo suspenso indefinidamente, já que nada de proveitoso lhe é possível colher” (fls. 82/85).

O recurso especial indica violação aos arts. 791, III, e 267, II e III, CPC e divergência jurisprudencial. Sustenta o Recorrente que “a inexistência de bens do devedor leva ao sobrestamento do feito **sine die** (fl. 89) e não à sua extinção.

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

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira (Relator): Tornada ineficaz a nomeação dos títulos da dívida agrária à penhora, o Banco-exeqüente requereu a suspensão da execução para localizar bens penhoráveis dos devedores. Renovou o pleito por mais três vezes. Adveio a sentença, um ano

e sete meses depois do primeiro requerimento de suspensão, extinguindo o feito, sem julgamento do mérito, por dois fundamentos: a paralisação do processo por mais de um ano, por negligência das partes, e o abandono da causa por mais de trinta dias.

Nenhum desses eventos, todavia, se verificou no curso do processo. O Exeqüente atendeu a todos os despachos, sempre reiterando o pleito de suspensão, à vista da não-localização de bens, nos moldes do art. 791, III, CPC, como se vê às fls. 48, 51 e 58.

Certo, por um lado, que a execução não pode perpetuar-se indefinidamente suspensa. Por outro, contudo, o prazo de suspensão não se sujeita ao arbítrio do Judiciário, mas se orienta pelo decurso ou não do prazo prescricional do débito. Com esse entendimento é que a jurisprudência desta Corte vinculou a suspensão prevista no art. 40 da Lei n. 6.830/1980 (equivalente ao art. 791, CPC, para as execuções fiscais), à prescrição do respectivo crédito tributário previsto no art. 174, CTN, como se extrai dos REspS n. 67.254-PR (DJ de 9.9.1996) e 43.454-PR (DJ de 24.6.1996), oriundos da Primeira e da Segunda Turmas, relatores os Ministros José Delgado e Peçanha Martins:

• “Tributário. Execução fiscal. Prescrição. Art. 40 da Lei n. 6.830/1980, em confronto com o art. 174, parágrafo único, do CTN.

1. As regras do art. 40 e seus parágrafos, da Lei n. 6.830/1980 merecem interpretação em harmonia subordinada ao princípio geral da prescrição tributária assumido pelo art. 174 do CTN, considerada lei complementar.

2. O ordenamento jurídico brasileiro não apóia a impossibilidade de prescrição em qualquer tipo de relação jurídica, especialmente a de natureza tributária, onde sempre litigam Fazenda Pública e contribuinte.

3. A prescrição para a cobrança de crédito tributário é de 5 (cinco) anos, art. 174 do CTN, aí compreendendo-se a intercorrente, em consequência, se o processo de execução fiscal permanece inerte pelo prazo de 5 (cinco) anos, aguardando diligências da Fazenda Pública para ser movimentado, consumada esta a prescrição.

4. Não prevalece a disposição do art. 40 da Lei n. 6.830/1980, em face da imposição superior do art. 174 do CTN.

5. Recurso improvido.”

• “Execução fiscal. Prescrição. Ocorrência. CTN, art. 174; CPC, 219, 231 e 232; Lei n. 6.830/1980, art. 40. Precedentes.

1. Transcorridos mais de cinco anos, após o prazo de suspensão estabelecido no art. 40 da Lei n. 6.830/1980, sem qualquer iniciativa do exequente para interromper a prescrição, há de se considerar prescrita a execução fiscal.

2. Interpretação sistemática dos dispositivos legais acima nomeados.

3. Recurso especial conhecido e improvido.”

De outro lado, contudo, em regra, a prescrição não corre durante o período de suspensão, ainda que se trate de prescrição intercorrente, como exemplificam, dentre tantos, os REsp n. 38.399-PR (DJ de 2.5.1994) e 85.053-PR (DJ de 25.5.1998), relatados, respectivamente, pelos Ministros Barros Monteiro e por mim, com estas ementas:

• “Não tem curso a prescrição, quando a execução se acha suspensa a requerimento do credor ante a inexistência de bens penhoráveis do devedor.”

• “Estando suspensa a execução, não corre o prazo prescricional, ainda que se trate de prescrição intercorrente.”

É de ressaltar-se, todavia, que o prazo da prescrição intercorrente tem curso se o credor deixar de atender às diligências necessárias ao andamento do feito, uma vez intimado a realizá-las. É o que se extrai do REsp n. 70.395-PR (DJ de 17.3.1997), e mais recentemente, do AgRg no Ag n. 169.842-PR (DJ de 1.8.2000) e do REsp n. 241.868-SP (DJ de 26.10.2000), todos da Terceira Turma, relatados, respectivamente, pelos Ministros Nilson Naves, Ari Pargendler e Menezes Direito, assim ementados, no particular:

• “Processo Civil. Prescrição intercorrente. A desídia do credor constitui, a teor da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, causa para a prescrição intercorrente. Agravo regimental não provido.”

• “Prescrição em caso de suspensão da execução. Prescrição intercorrente. Supõe a realização de diligência a cargo do credor, mas não realizada a tempo e a hora. Hipótese em que a prescrição não teve curso. Precedentes do STJ: REsp n. 34.035 e 38.399.”

• “3. É indiscrepante a jurisprudência da Corte sobre a não-existência da prescrição intercorrente, suspenso o feito por falta de bens penhoráveis, se o exeqüente não deixou de adotar as diligências possíveis para o andamento da execução.”

No caso, sem estar em discussão a prescrição do débito, a execução suspensa com base no art. 791, III, CPC não pode ser extinta por negligência do exeqüente, nem por abandono da causa, principalmente se restaram atendidas todas as intimações para o prosseguimento do feito.

Ante o exposto, *conheço* do recurso especial, pela violação ao art. 791, III, CPC, e *dou-lhe provimento* para que permaneça suspensa a execução, até que se reconheça a prescrição do débito ou se localizem bens passíveis de penhora.

