

Jurisprudência da Quarta Turma

RECURSO ESPECIAL N. 38.692 – RS

(Registro n. 93.00025467-7)

Relator: Ministro Aldir Passarinho Junior
Recorrente: Dalila Plastina Villar
Advogados: Roberto Pierri Bersch e outros
Recorrido: Eduardo Lopes Dornelles
Advogados: Mário Seixas Aurvalle e outros

EMENTA: Civil e Processual – Ação revisional de alimentos movida pelos alimentados – Pretendida majoração – Acórdão que decide pela limitação temporal da pensão devida à ex-esposa – **Reformatio in pejus** – Julgamento **extra petita** – CPC, arts. 128 e 460.

I – Se o pedido exordial da ação movida pelos alimentados é para a majoração da pensão, julga **extra petita** o Tribunal de Justiça que decide pela limitação temporal da parcela paga à ex-esposa, importando em violação aos arts. 128 e 460 do CPC, por oferecer prestação jurisdicional, no particular, oposta à pleiteada, o que somente seria possível em ação própria ou reconvenção.

II – Recurso especial conhecido e provido, para excluir o termo imposto ao pensionamento.

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 do recurso e dar-lhe 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, 28 de novembro de 2000 (data do julgamento).

Ministro Ruy Rosado de Aguiar, Presidente.

Ministro Aldir Passarinho Junior, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Aldir Passarinho Junior: Aproveito em parte o relatório de fl. 858, **verbis**:

“... a decisão proferida foi pela procedência da ação de majoração de alimentos proposta por Dalila Plastina Villar, por si, assistindo Letícia Villar Dornelles e representando Helena Villar Dornelles e Flávio Villar Dornelles, para, em conseqüência, elevar os alimentos devidos pelo réu Eduardo Lopes Dornelles para dezesseis (16) salários mínimos mensais na proporção de quatro (4) salários mínimos para cada credor, além de condenar o Requerido ao pagamento de custas e honorários.

Inconformado, interpôs recurso de apelação o Requerido, alegando em suas razões não ter ocorrido mudança para maior em sua fortuna, pelo contrário, deteriorou-se desde a avença realizada em 1984, sendo em razão do descontrolado aumento das despesas da produção rural e dos encargos financeiros dos empréstimos de custeio, seja pelo fato normal de haver constituído nova família depois que se separou da Apelada. Aduz, ainda, que a Carta Magna reconhece o direito igualitário, devendo, por conseguinte, a Autora, também, contribuir para satisfazer as necessidades dos filhos, eis que a mesma é advogada e exerce atividade remunerada. Destaca falta de provas de que o valor antes pensionado fosse insuficiente, além de asseverar que o magistrado, ao não valorar as provas produzidas a partir de fls. 807 e seguintes, deixou de reconhecer elementos importantes para compor o conflito de interesses. Pede a reforma do decidido.

O recurso foi respondido (fls. 840/846), dando conta do acerto do **decisum**, eis que o magistrado apreciou com acuidade o conflito e sopesou a prova carreada aos autos.

Com vista ao Ministério Público, em 1ª grau, opinou pelo improvimento do recurso, no 2ª, pelo provimento em parte, a fim de que seja excluída da parcela de alimentos o valor correspondente ao autor Flávio Villar Dornelles.”

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul deu parcial provimento à apelação, para suspender o pagamento da pensão atribuída a

Flávio Villar Dornelles enquanto permanecer na companhia do pai, e determinar, ainda, a continuidade da pensão devida a Dalila Plastina Villar durante um ano mais, para que se implemente o exercício da sua profissão (fls. 865/866).

Opostos embargos declaratórios pelo Réu (fls. 869/870), rejeitados às fls. 878/879.

Os embargos de declaração da autora Dalila foram opostos às fls. 873/875, e também inacolhidos (fls. 878/879).

Inconformada, Dalila Plastina Villar interpõe, pela letra **a** do permissor constitucional, recurso especial em que sustenta contrariedade aos arts. 128 e 460 do CPC, eis que o Autor não manifestou nos autos pretensão de se exonerar, a partir de determinada época, da obrigação alimentar para com a ex-esposa, o que somente poderia ser deduzido em ação própria ou reconvenção, de sorte que o benefício foi-lhe concedido pelo Tribunal graciosamente. Diz que é errada a assertiva do acórdão dos embargos declaratórios, de que o alimentante bateu-se pela redução, quando, em verdade, ele lutou para não arcar com a majoração e não pela redução temporal da obrigação alimentar.

Pede a nulidade parcial do acórdão para afastar a limitação temporal do seu pensionamento, mantida no restante a decisão, ou, alternativamente, a sua nulidade integral para que seja proferido novo julgamento.

Contra-razões às fls. 892/896, salientando que no caso foi aplicada a regra do art. 462 do CPC, eis que se o filho Flávio foi residir com seu pai, natural que o numerário para o seu dispêndio não mais fosse entregue à mãe. O mesmo acontece, acrescenta, em relação ao exercício de atividade profissional pela alimentada, fato revelado no decorrer da lide, aduzindo que a controvérsia alimentar é dinâmica e se altera no tempo.

O recurso especial foi admitido pelo despacho de fls. 901/903, na instância de origem.

Parecer da d. Subprocuradoria Geral da República às fls. 913/914, pela Dra. Delza Curvello Rocha, no sentido do provimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Aldir Passarinho Junior (Relator): Discute-se no presente recurso especial, aviado pela letra **a** do art. 105, III, da Carta Política,

sobre ofensa aos arts. 128 e 460 do CPC, eis que o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul teria decidido **extra petita** em relação à pensão paga à ex-esposa, Dalila Plastina Villar, ao determinar que se estenderia apenas por mais um ano.

A ação foi movida pela ora recorrente, por si e seus três filhos, contra Eduardo Lopes Dornelles, postulando o seguinte (fls. 5/6):

a) deferimento liminar da majoração da pensão ora referida para 20 salários mínimos de referência;

b) a condenação do demandado, a final, ao pagamento da quantia referida na letra **a** em caráter definitivo, acrescida de custas, despesas processuais e honorários de advogado;

c) com base nos §§ 2^a e 3^a do artigo 1^a, combinado com o artigo 13 da Lei n. 5.478/1968, requerem a concessão de justiça gratuita;

d) a intimação do ilustrado Órgão do Ministério Público.

A pensão anterior era de 10 salários mínimos, sendo 2,5 para cada beneficiário (fl. 3).

No tocante à supressão do pagamento relativamente ao filho Flávio, que passou, no curso da demanda, a residir com seu genitor, dúvida não há quanto à aplicação do art. 462 do CPC, e isso sequer é questionado no recurso especial.

O mesmo, entretanto, não acontece com o pensionamento devido a Dalila.

Disse o voto-condutor do acórdão, no particular, que (fl. 865/866):

“Também entendo que se deva estimular a ex-mulher do demandado a buscar atividade rendosa. Afinal, desenvolveu esforço para bacharelar-se, apesar da doença que não foi óbice à meta buscada, e que lhe acarretou sacrifícios, seguramente.

Em sintonia com outras decisões aqui pronunciadas, é de manter-se a pensão durante certo tempo, oportunizando seu ingresso no mercado de trabalho.

Neste sentido, dou provimento parcial à apelação, para suspender o pagamento da pensão atribuída a Flávio Villar Dornelles, durante o período em que permanecer na companhia de seu pai. A pensão alimentícia devida à Dra. Dalila Plastina Villar será mantida durante um ano, lapso em que se espera pleno exercício de sua profissão, forte na lição que emana do mandamento constitucional.”

E, no julgamento dos aclaratórios, acrescentou (fl. 878):

“... Os temas aproveitados pelo acórdão foram suscitados no curso do feito, em primeiro, porque ao juiz cabia limitar os efeitos da majoração pretendida e aceita e, em segundo, porque o contestante bateu-se no acolhimento da atividade reducional.”

Inobstante o reconhecimento pelo Tribunal Estadual, de que a situação da ex-esposa alterou-se ao conquistar título de bacharel, tenho, sem se discutir aqui outras considerações do aresto, que a prestação jurisdicional não pode se afastar, de modo algum, dos lindes do pedido. E o pedido foi de *majoração* da pensão, de 10 para 20 salários mínimos mensais, fixado, ao final, em 16, sendo que os 4 pertinentes ao filho Flávio ficaram temporariamente e, acertadamente, suspensos.

Em assim sendo, a decisão **a quo** representou uma **reformatio in pejus** em lide que buscava exatamente o oposto, infringindo, realmente, os arts. 128 e 460 do CPC.

Somente por ação própria ou reconvenção, o que não houve, poderia ser suprimida ou limitada temporalmente a pensão devida a Dalila, jamais no bojo da ação revisional que pleiteava a majoração.

Ante o exposto, conheço do recurso especial e dou-lhe provimento, para excluir do acórdão a aludida limitação.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 66.659 – RJ

(Registro n. 95.0025431-0)

Relator: Ministro Barros Monteiro
Recorrente: Itamar Almeida Montenegro
Advogado: Carlos da Silva Moreira
Recorrido: Condomínio do Edifício Bertani
Advogado: Evandro Souto Maior

EMENTA: Condomínio – Nunciação de obra nova – Ligação da

portaria do edifício à garagem – Benfeitoria tida como necessária – Recurso especial inadmissível – Multa do art. 538, parágrafo único, do CPC.

– Ausente o requisito do prequestionamento quanto aos arts. 628 do Código Civil, 9º, § 3º, I; 24, § 1º, e 43, IV, da Lei n. 4.591, de 16.12.1964 (Súmula n. 282-STF).

– Impugnação formulada pelo recorrente no REsp restrita ao plano dos fatos. Incidência das Súmulas n. 5 e 7-STJ.

– Não declarado o intuito manifestamente procrastinatório do embargante, cabe excluir-se a multa cominada no art. 538, parágrafo único, do CPC.

Recurso especial conhecido, em parte, 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 em parte do recurso e, nessa parte, dar-lhe provimento, na forma do relatório e notas taquigráficas precedentes que integram o presente julgado. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Cesar Asfor Rocha, Ruy Rosado de Aguiar, Aldir Passarinho Junior e Sálvio de Figueiredo Teixeira.

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

Ministro Ruy Rosado de Aguiar, Presidente.

Ministro Barros Monteiro, Relator.

Publicado no DJ de 30.10.2000.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Barros Monteiro: Cuida-se de ação de nunciação de obra nova promovida pelo condômino Itamar Almeida Montenegro contra o Condomínio do Edifício Bertani, visando à suspensão, em caráter definitivo, das obras em áreas comuns do edifício, autorizadas pela assembléia-geral extraordinária de 25.4.1991, consistentes na abertura de portas nas paredes que separam a portaria do prédio das duas entradas da garagem, tudo de forma a evitar que os porteiros se desloquem à via pública quando da entrada dos veículos.

O MM. Juiz de Direito, entendendo que a obra pretendida pelo condomínio não provoca nenhuma alteração arquitetônica ou modificação de coisa comum, de modo a exigir a aquiescência da unanimidade dos condôminos, e, de outro lado, que se trata de obra necessária à segurança dos condôminos e empregados, julgou improcedente a ação, cassada a liminar.

A Sexta Câmara Cível do egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por votação unânime, negou provimento à apelação interposta pelo Autor, sob o fundamento de que o pretendido pelo Réu não tem sequer o porte de “obra”, sendo, na verdade, benfeitorias necessárias para a segurança do condomínio, seus empregados e moradores, dada a proximidade de uma favela e ainda porque possibilitaria estabelecer comunicação interna entre a portaria e a garagem, evitando que os funcionários transitassem por fora do prédio. Acrescenta o acórdão que as mencionadas benfeitorias não importam em alteração arquitetônica do edifício, nem em prejuízo no número de vagas na garagem, bem como não acarretaria qualquer modificação em área de uso comum. Concluiu, por fim, que a futilidade do que se debate nos autos evidencia, na verdade, a existência de confrontos de natureza pessoal, decorrentes de desentendimentos de vizinhança.

Opostos embargos declaratórios pelo Demandante, foram eles rejeitados, impondo-se-lhe a multa máxima prevista no art. 538 do CPC.

Inconformado, o condômino manifestou o presente recurso especial com fulcro na alínea **a** do permissivo constitucional, apontando violação aos arts. 628 do Código Civil; 9^a, § 3^a, alínea I; 24, § 1^a; 43, IV, da Lei n. 4.591/1964, e 535, II, do Código de Processo Civil. Disse que, de acordo com a convenção do condomínio, a obra vai provocar alteração em área comum do edifício, constituindo inovação em relação ao projeto original. Sustentou que, em razão disso, para qualquer procedimento que envolva modificação na coisa comum, é indispensável a concordância expressa de todos os interessados. Aduziu mais que as obras se consideram benfeitorias meramente úteis, exigindo aprovação por maioria que represente 2/3 dos proprietários, ou seja, 24 condôminos, **quorum** este não respeitado. Acrescentou que, segundo o laudo pericial, a área atual da garagem já não atende ao disposto no art. 156 do Código de Obras; assim, a perda de mais duas vagas causaria um problema ainda maior. Alegou que o colendo Tribunal **a quo** desprezou o laudo do Dr. Perito, reputando-o imprestável, sem tomar os depoimentos dos *experts* ou efetuar qualquer diligência no local. Esclareceu,

ao final, que seu objetivo com os embargos de declaração foi o de espancar dúvidas, omissões e obscuridades, jamais tendo o propósito de procrastinar o feito.

Contra-arrazoado às fls. 266/268, o apelo excepcional foi admitido na origem, subindo os autos a esta Corte.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Barros Monteiro (Relator): 1. Localizado o prédio em questão nas proximidades da favela “Pavãozinho”, com a escalada da violência nos grandes centros urbanos do País, de que é exemplo a cidade do Rio de Janeiro, na assembléia-geral extraordinária realizada em 25.4.1991 os condôminos deliberaram abrir uma ligação interna da portaria com a garagem, desde que até então o porteiro, para deslocar-se de uma para outra dependência, precisava utilizar-se da via pública.

A voz discordante foi a do Autor – ora recorrente.

Pretendendo obstar a efetivação das obras, seu pleito foi, no entanto, repelido tanto pela sentença como pelo v. acórdão.

O Tribunal de Justiça considerou plenamente justificável, nos dias de hoje, a execução da obra, notadamente tendo em conta a segurança dos próprios condôminos e dos empregados. Primeiro, o acórdão recorrido aduziu tratar-se de benfeitorias úteis e necessárias, precisamente pelo motivo apontado de segurança do condomínio. Asseverou, ainda, não ocorrer modificação arquitetônica do edifício; afastou a possibilidade da perda de duas garagens, de vez que, com a abertura das portas, bastará afastar os carros por alguns centímetros, segundo o laudo crítico do assistente-técnico do Réu. Em suma, concluiu o julgado que se busca apenas conferir maior funcionalidade ao prédio, não passando a causa de uma simples questiúncula, gerada pelo prazer da discussão.

O apelo especial, tocante à questão de fundo, mostra-se claramente inadmissível.

De início, a decisão recorrida não cogitou dos temas alusivos aos arts. 628 do Código Civil, 9^a, § 3^a, I; 24, § 1^a, e 43, IV, da Lei n. 4.591, de 16.12.1964. Nada foi dito a respeito do **quorum** necessário às deliberações assembleares, nem tampouco acerca da modificação do projeto original do prédio pelo incorporador. Ausente, como se vê, o requisito do prequestionamento (Súmula n. 282-STF).

Além disso, o Recorrente intenta nas suas razões recursais discutir os fatos e circunstâncias da causa, de molde a alterar o quadro probatório definido pelas instâncias ordinárias, mormente pelo acórdão ora combatido. Insiste na assertiva de perda das duas garagens; fala da mudança do destino da área de uso comum; sustenta que as benfeitorias propostas são meramente úteis e estende-se pela necessidade do **quorum** mínimo, aspecto este que, conforme assinalado, o decisório recorrido não tratou. Descabe, com efeito, verificar-se se o julgado desconsiderou ou não o laudo oferecido pelo perito judicial. Certo é que deu prevalência a uma das conclusões apresentadas pelo assistente-técnico indicado pelo condomínio-réu (no ponto concernente ao prejuízo às garagens). O intento manifestado pelo recorrente esbarra, pois, à evidência no enunciado dos Verbetes Sumulares n. 5 e 7 desta Casa.

Demais disso, as decisões proferidas na causa enfatizaram a impiedade da benfeitoria proposta, não só pela funcionalidade como, sobretudo, pelo cunho de segurança que irá imprimir ao condomínio.

2. Apenas num ponto a razão assiste ao Recorrente.

Diz com a imposição da multa prevista no art. 538, parágrafo único, do CPC. O pressuposto à incidência da referida penalidade é o propósito manifestamente protelatório do Embargante, o que não ocorre no caso em tela, mormente porque é ele, como o autor da demanda, o principal interessado no desfecho célere da causa. O v. acórdão, ao aplicar a pena, ateu-se ao “espírito demandista” da parte, qualificação esta que, entretanto, não se ajusta com os termos em que vazado o supra-referido preceito legal. A base da imposição é o escopo procrastinatório e a isso não se reportou em momento algum o **decisum** hostilizado.

Daí porque se determina o cancelamento da multa.

3. Do quanto foi exposto, conheço, em parte, do recurso e, nessa parte, dou-lhe provimento, a fim de excluir a multa do art. 538, parágrafo único, do CPC.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 69.134 – SP

(Registro n. 95.0032942-5)

Relator: Ministro Barros Monteiro

Reclamante: W/Brasil RJ Publicidade Ltda
Advogados: Paulo Gomes de Oliveira Filho e outros
Recorrido: Luiz de Araújo Marques Filho
Advogados: Antônio Carlos de Almeida Castro e outro

EMENTA: Responsabilidade civil – Dano moral – Utilização de fotografia em anúncio publicitário sem indicação do nome de seu autor – Legitimidade da agência de propaganda para figurar no pólo passivo da lide – Criação artística.

– Na qualidade de prestadora de um serviço especializado, à agência de propaganda incumbe observar e cumprir os requisitos de caráter técnico, dentre eles, indicar o nome do autor da fotografia utilizada no anúncio. Tratando-se, ademais, da prática de ato ilícito, a responsabilidade é solidária, nos termos do art. 1.518 do Código Civil.

– Contendo a obra um mínimo de originalidade, é considerada uma criação artística e, como tal, encontra-se ao amparo da Lei n. 5.988, de 14.12.1973.

Recurso especial não conhecido.

ACÓRDÃO

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

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

Ministro Ruy Rosado de Aguiar, Presidente.

Ministro Barros Monteiro, Relator.

Publicado no DJ de 30.10.2000.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Barros Monteiro: Luiz de Araújo Marques Filho ajuizou

ação de reparação por danos morais contra W/Brasil Publicidade Ltda e Sé Comércio e Importação S/A, em virtude de publicação na imprensa de obra fotográfica de sua autoria com a omissão de seu nome.

A sentença, considerando a ilegitimidade de parte passiva **ad causam** da 1ª co-ré, a agência de publicidade, julgou extinto o processo sem conhecimento do mérito em relação a ela e, de outro lado, julgou improcedente a ação com referência à 2ª co-ré, a cliente anunciante, ao fundamento de que da foto em questão não se pode extrair conceito artístico algum.

Apelou o Autor e a Primeira Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, por maioria de votos, vencido o Desembargador-Relator, reputou a co-ré W/Brasil Publicidade Ltda parte legítima para figurar no pólo passivo da lide e, no mérito, também por maioria, contra o voto do Desembargador-Revisor, deu provimento ao apelo para julgar procedente a ação, condenando as Rés ao pagamento da indenização correspondente a 100 salários mínimos vigentes à época da liquidação e a procederem à comunicação pela imprensa da violação do direito autoral, de natureza moral, em destaque e pormenorizadamente, por três vezes consecutivas.

Com arrimo no voto-vencido do Relator, que mantivera a sentença tocante à ilegitimidade de parte da agência de publicidade, e no pronunciamento minoritário do Revisor, que negara provimento ao apelo quanto ao merecimento da causa, a co-ré W/Brasil Publicidade Ltda ofereceu embargos infringentes que, ainda por maioria, foram rejeitados, sob a ementa seguinte:

“Direito autoral. Publicação de anúncio com fotografia de autor, cujo nome foi omitido. Ação indenizatória por danos morais julgada extinta em relação à agência de publicidade e improcedente contra o anunciante. Apelo provido para reconhecer a legitimidade passiva da agência e para dar provimento no mérito, condenando as Rés ao pagamento da indenização. Embargos infringentes rejeitados” (fl. 199).

Inconformada, a mesma co-ré manifestou recurso especial com fulcro nas alíneas **a** e **c** do admissivo constitucional, apontando contrariedade aos arts. 3ª da Lei n. 4.680, de 18.6.1965, 8ª do Decreto n. 57.690/1966, 1.288 e seguintes do Código Civil, e 6ª, VII, da Lei n. 5.988, de 14.12.1973, além de dissídio jurisprudencial. Sustentou a Recorrente que, como mera mandatária da anunciante, não pode responder por “erro técnico” perante

o autor da obra. Acentuou que, com a aprovação dos trabalhos pela anunciante, ocorreu evidente ratificação dos atos praticados pela agência. Reiterou, pois, a arguição de ilegitimidade de parte passiva. Tocante ao mérito, asseverou que a fotografia, meramente documentária, não pode ser tida como obra artística e, como tal, não se coloca sob o pálio da Lei n. 5.988/1973, donde a improcedência do pleito inicial.

Contra-arrazoadado, o apelo extremo foi admitido na origem pela letra **a** do permissor constitucional.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Barros Monteiro (Relator): 1. O egrégio Tribunal a **quo** bem decidiu a causa, quer tocante à preliminar de ilegitimidade de parte passiva **ad causam**, quer no que tange ao **meritum causae**.

Segundo o disposto no art. 3^a da Lei n. 4.680, de 18.6.1965, a agência de propaganda é pessoa jurídica especializada na arte e técnica publicitária que, através de especialistas, estuda, concebe, executa e distribui propaganda aos veículos de divulgação, por ordem e conta de clientes anunciantes, com o objetivo de promover a venda de produtos e serviços, difundir idéias ou informar o público a respeito de organizações ou instituições colocadas a serviço desse mesmo público.

Ao reverso do que sustenta a Recorrente, na condição de agência publicitária contratada pela co-ré Sé Comércio e Importação S/A, não se cingiu ela à prática de atos como simples mandatária desta última. Foi ela, na verdade, incumbida de prestar um serviço à cliente anunciante e de alta especialização técnica. Ao traçar os característicos do contrato de mandato e sua distinção com avenças afins, o saudoso Professor **Washington de Barros Monteiro** assinalava que o mandato: “f) é contrato que só pode objetivar a realização de ato jurídico, não a prática de simples atos materiais ou fatos, como o empreendimento de uma viagem ou a prestação de um serviço” (Curso de Direito Civil, Direito das Obrigações, 2^a parte, p. 250, 30^a ed.).

Ora, exercendo a agência de propaganda uma função eminentemente técnica, a ela cabia observar e cumprir os requisitos legais exigidos para viabilizar e executar a encomenda, dentre eles a menção do nome do autor da fotografia utilizada (art. 25, inciso II, da Lei n. 5.988/1973). Conforme consta do voto-vencedor na apelação da lavra do Sr. Revisor, Desembargador Renan Lotufo, “se a imputação é de omissão a requisito legal, não se tem

o afastamento daquele que tecnicamente obrou omitindo. É o que se tem em qualquer atuação técnica. Não há exclusão na questão específica da técnica. É a agência que tem que fazer constar do anúncio a origem da foto, pois é ela quem concebe e executa o anúncio. O por conta significa a responsabilidade patrimonial, pela inserção, não pelo conteúdo. A parte técnica, que inclui o conteúdo do anúncio; se a foto é ou não autorizada, etc., é da agência, não do cliente. O risco dos efeitos é que são do anunciante, posto que o técnico não responde pelo resultado” (fl. 145).

Tais argumentos foram acolhidos pelo acórdão ora hostilizado com inegável acerto, sem que se possa afirmar, sequer, que tenha tangenciado a inteireza das preceituações legais invocadas no REsp acerca do tema (art. 3º da Lei n. 4.680/1965, arts. 8º do Decreto n. 57.690/1966, 1.288 e seguintes do Código Civil).

Não bastasse, vale registrar, que a propaganda foi realizada pela Recorrente, sob a responsabilidade e para proveito da anunciante Sé Comércio e Indústria S/A. Ambas participaram do empreendimento. Como a violação aos direitos morais do autor da foto constitui ato ilícito, resulta que no caso a responsabilidade das Rés é solidária, nos termos do que reza o art. 1.518 do Código Civil brasileiro. Nesse sentido, por sinal, assentou a colenda Terceira Turma em julgado de que foi Relator o ilustre Ministro Eduardo Ribeiro (REsp n. 4.952-MG).

2. De outra parte, incensurável mostra-se o decreto de procedência do pedido vestibular.

A alegação substancial da Recorrente é no sentido de que a fotografia usada no anúncio publicitário, de autoria do ora recorrido, não pode ser considerada como uma criação artística, na forma como estatui o art. 6º, inciso VII, da Lei n. 5.988/1973, pois, além de não conter preocupação estética, teve ela finalidade sobretudo informativa.

Desassiste, porém, razão à empresa publicitária em sua impugnação.

A foto em tela reproduz o Presidente da República da época, Fernando Collor de Mello, colocando no carrinho de supermercado as compras que ali havia feito, logo após haver sido editado o plano de estabilidade econômica do Governo. Trata-se, como se pode notar, de um gesto inusitado provindo do mais alto mandatário da Nação. Tanto releva o cunho artístico da obra que, dentre inúmeras outras, foi ela a selecionada para ilustrar a propaganda da co-ré Sé Comércio e Indústria S/A.

Evocou o Sr. Desembargador Guimarães e Souza, em voto-vencedor

quando do julgamento da apelação, o escólio do Prof. **Carlos Alberto Bittar**, para quem qualquer obra deve ser amparada como criação intelectual, desde que apresente um mínimo de originalidade (cf. fl. 142). Não há como negar-se que a foto então empregada satisfaz o mencionado requisito, tal como teve ocasião concluir aquele preclaro julgador.

Cuida-se, portanto, de uma criação artística, que se encontra sob o pálio da Lei n. 5.988/1973. Em conformidade com o art. 28 do aludido diploma legal, “os direitos morais do autor são inalienáveis e irrenunciáveis”. Não paira a menor dúvida de que ao Demandante assistia e assiste o direito de ver indicado o seu nome como o autor da fotografia ora em exame (arts. 25, inciso II; 82, § 1^a, e 126 da supra-referida Lei n. 5.988, de 1973). Omitindo o crédito de autoria, como o fez, a Recorrente está obrigada a reparar o dano de cunho moral, tal como assentado pelo colendo Colegiado de origem.

Não se verifica, por conseguinte, a alegada afronta à norma de lei federal, nem tampouco é passível de configurar-se o dissenso pretoriano, isto em relação aos dois tópicos abordados no apelo especial, seja por que, de um lado, se cingiu a Recorrente a mencionar o número das publicações onde se encontrariam os arestos paradigmas, seja por que, de outro, não dá ensejo a recurso especial a divergência entre julgados do mesmo Tribunal (Súmula n. 13-STJ).

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

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 71.620 – SP

(Registro n. 95.0038620-8)

Relator: Ministro Barros Monteiro
Recorrente: João Pessoa Empreendimentos Imobiliários S/C Ltda
Advogados: Paulo Vicente Ramalho e outro
Recorridos: Maria de Lourdes Ferroni e outros
Advogados: Jorge Ferreira e outros
Interessados: Ângelo Filisetti (espólio) e outro
Advogados: João Paulino Pinto Teixeira e outro

EMENTA: Incorporação e construção – Entrega da obra – Atraso – Ônus da prova – Réu que não se cinge a negar o fato alegado pelo autor.

– Arguindo o réu circunstância impeditiva, modificativa ou extintiva do direito do autor, a ele compete provar a alegação (art. 333, II, do CPC).

Recurso especial não conhecido.

ACÓRDÃO

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

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

Ministro Ruy Rosado de Aguiar, Presidente.

Ministro Barros Monteiro, Relator.

Publicado no DJ de 30.10.2000.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Barros Monteiro: Maria de Lourdes Ferroni, Andres Failde Zapata, Jorge Luiz Pellegrino e Ana Lúcia Trevisan, Milton Carlos Farina e sua mulher, José da Silva Leite e sua mulher, ajuizaram ação de resolução de contrato de promessa de permuta de fração ideal de terreno por área a ser edificada, de contrato de incorporação e de compromisso de construção por administração, cumulada com indenização por perdas e danos, contra João Pessoa Empreendimentos Imobiliários S/C Ltda e Ângelo Filisetti e sua mulher, sob a assertiva de que a incorporadora se comprometera a entregar a obra no prazo de 36 meses, a contar do término das fundações, previsto para o mês de novembro/1987. Acrescentaram que, até a época da propositura desta demanda, a citada incorporadora não concluiu as fundações, não se sabendo, pois, quando a obra terá efetivamente o seu início.

A sentença julgou improcedentes os pedidos ao fundamento central de que os Autores não lograram provar suas alegações. Em suma: não comprovado o atraso das obras, a notificação por eles endereçada é ineficaz.

A Décima Sétima Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, à maioria de votos, deu provimento parcial à apelação interposta pelos Autores, a fim de julgar procedente a ação também em parte, declarando rescindidos os contratos e determinando a devolução das somas pagas, atualizadas a partir de cada desembolso, com juros desde a citação. A posição majoritária entendeu que o Magistrado singular invertera o ônus da prova, pois cumpria aos Réus mostrar que o organograma estabelecido previamente estava sendo atendido dentro das possibilidades.

Com base no voto-vencido, a co-ré incorporadora e construtora ofereceu embargos infringentes, que foram rejeitados ainda por maioria de votos pelos seguintes motivos:

“Segundo o que ficou explicitado no v. acórdão embargado, os contratos foram celebrados no dia 11 de dezembro de 1987. O primeiro foi celebrado com Ângelo (ou Antônio) Filisetti e sua mulher, envolvendo promessa de permuta de fração ideal de terreno, por unidade a ser edificada. O preço convencionado seria quitado em parcelas. O segundo, celebrado na mesma data com a incorporadora João Pessoa Empreendimentos, onde ficou compromissada a construção do edifício, por administração, prédio esse a ser edificado no imóvel objeto da permuta efetivada no primeiro contrato. Nesse contrato ficou estipulado o prazo de 36 meses para a conclusão das obras, que teriam início após o término das fundações, previsto para o mês de novembro de 1987, nos termos da cláusula quinta, § 1^a do contrato.

Os Autores, fundamentados no fato de que as obras estavam paralisadas, efetivaram a notificação para que fossem reiniciadas, dentro de trinta dias. Não obtendo êxito quanto ao reinício das obras, sobrestaram os pagamentos das parcelas das prestações.

Os Réus, no entanto, ao invés de responderem à notificação, interpelaram os Autores para que quitassem as parcelas em atraso.

Na linha do que ficou entendido no v. aresto embargado, não cabia aos Autores provar que as fundações da edificação estivessem terminadas ou que as obras se encontrassem em atraso. Ante a notificação, competia aos Réus o encargo de tais provas, não podendo ser supridas pelas afirmativas não demonstradas de que a construção não havia sido interrompida.” (fls. 796/797).

Ainda inconformada, a co-ré manifestou o presente recurso especial com fulcro na alínea **a** do admissivo constitucional, apontando contrariedade aos arts. 333, I e II, do CPC, e 43 da Lei n. 4.591, de 16.12.1964. Sustentou que os Autores não se desincumbiram de provar o fato constitutivo de seu direito. Aduziu que, em assim sendo, os Réus não teriam que comprovar nada, na medida em que os Demandantes não demonstraram os fatos por eles alegados. Acentuou que os argumentos expendidos em sua defesa não representam uma exceção, de molde a carrear-lhe o encargo de produzir provas. Por fim, disse que a notificação feita não teve o condão de provocar a mora da Recorrente.

Contra-arrazoado o recurso, com preliminar de deserção, foi ele ao final admitido pela 4ª Vice-Presidência do Tribunal **a quo**.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Barros Monteiro (Relator): 1. Preliminarmente, não há falar em deserção do REsp, uma vez que a Recorrente recolheu desde logo as custas (fl. 819). Constatou-se posteriormente que o montante do porte houvera sido pago a menor (fl. 836). A Recorrente atendeu de imediato à intimação para complementar o preparo (fls. 838/839), de sorte que prevalece no caso o entendimento segundo o qual a mera insuficiência do depósito não conduz à deserção do recurso.

2. O cerne da questão, versado tanto no acórdão da apelação, como no **decisum** dos embargos infringentes, diz com o ônus da prova. Acha-se satisfeito, portanto, o requisito do prequestionamento no que tange ao tema do art. 333, I e II, do CPC. Trata-se aí, ademais, de matéria alusiva a norma de direito probatório, pelo que nenhuma pertinência possui na espécie o Verbete Sumular n. 7-STJ.

Os Autores alegaram, na peça exordial, que até o momento do ajuizamento da demanda, a incorporadora não havia concluído as fundações, não tendo eles, assim, condições de saber quando a obra propriamente dita seria iniciada. Enquanto isso, a co-ré João Pessoa Empreendimentos Imobiliários S/C Ltda, na contrariedade, refutou de modo enfático a asserção de que as fundações haviam sido terminadas. São suas palavras textuais: “As fundações do prédio projetado restaram concluídas há quase um ano. E o edifício já se encontra em fase de início de construção da terceira laje” (fl. 201).

Diante disso, a indagação que se faz é: a quem competia **in casu** o ônus da prova?

O acórdão da apelação, reformando a decisão do Juiz singular, concluiu acertadamente no sentido de que aos Réus cumpria o encargo de demonstrar o atendimento do organograma previamente estabelecido. O julgado, ao assim decidir, deu as razões da inversão do **onus probandi** na hipótese em julgamento: “Isso, sobretudo quando a defesa afirmou e reafirmou que as fundações estavam terminadas de há muito e o prédio se achava em fase adiantada, com o início da construção da terceira laje” (fl. 754).

Ora, pode-se notar claramente que a co-ré não se cingiu a negar o fato alegado pelos acionantes. Foi além, expondo um fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do Autor. Daí a aplicação escorregada da regra inscrita no art. 333, II, da lei processual civil, que atribui ao Réu o encargo de fazer tal prova. “Argüindo o réu circunstância impeditiva ou extintiva do direito do autor, a ele compete provar a alegação (art. 333, II, do CPC)” (REsp n. 191.936-SP, de que fui relator, há pouco apreciado por esta egrégia Turma).

Calha às inteiras o magistério do insigne processualista **Humberto Theodoro Júnior**, de conformidade com o qual:

“Quando o réu contesta apenas negando o fato em que se baseia a pretensão do autor, todo o ônus probatório recai sobre este. Mesmo sem nenhuma iniciativa de prova, o réu ganhará a causa, se o autor não demonstrar a veracidade do fato constitutivo do seu pretense direito. **Actore non probante absolvitur reus.**”

Quando, todavia, o réu se defende através de defesa indireta, invocando fato capaz de alterar ou eliminar as conseqüências jurídicas daquele outro fato invocado pelo autor, a regra inverte-se. É que, ao se basear em fato modificativo, extintivo ou impeditivo do direito do autor, o réu implicitamente admitiu como verídico o fato básico da petição inicial, ou seja, aquele que causou o aparecimento do direito que, posteriormente, veio a sofrer as conseqüências do evento a que alude a contestação.

O fato constitutivo do direito do autor tornou-se, destarte, incontroverso, dispensando, por isso mesmo, a respectiva prova (art. 334, III).

A controvérsia deslocou-se para o fato trazido pela resposta do

réu. A este, pois, tocará o ônus de prová-lo” (Curso de Direito Processual Civil – Teoria Geral do Direito Processual Civil – Processos de Conhecimento – vol. I, p. 422, 18ª ed.).

Diante desses termos, dúvida não paira de que o encargo da prova, no caso em tela, incumbia efetivamente à Ré – ora recorrente.

3. Por derradeiro, não tratou o julgado recorrido do tema concernente ao art. 43 da Lei n. 4.591/1964, que contém nada menos do que seis incisos, sem que a Recorrente tenha mencionado qual deles tenha sido infringido. Ausente, destarte, no ponto, o requisito do prequestionamento (Súmula n. 282-STF), até mesmo porque não disse o v. acórdão combatido que a interpelação procedida pelos Autores tivera o efeito de constituir em mora a Recorrente. O decisório permaneceu, tal como o acórdão da apelação, no exame a propósito do **onus probandi**.

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

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 154.992 – SP

(Registro n. 97.0081406-8)

Relator: Ministro Cesar Asfor Rocha
Recorrente: Priscila Barreto da Fonseca Bara
Advogados: Eliane Yachouh Abrão e outros
Recorrido: Banco do Estado de São Paulo S/A – Banespa
Advogados: Alceu Malossi Júnior e outros

EMENTA: Civil – Direito autoral – Obra artística – Reprodução indevida – Indenização – Lei n. 5.988/1973.

– A teor do disposto no **caput** e no parágrafo único do art. 122 da Lei n. 5.988/1973, a indenização por utilização e reprodução desautorizada de obra artística compreende o valor da obra e mais o valor de dois mil exemplares, além dos apreendidos.

– Recurso conhecido e provido.

ACÓRDÃO

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

Brasília-DF, 21 de junho de 2001 (data do julgamento).

Ministro Cesar Asfor Rocha, Presidente e Relator.

Publicado no DJ 1.10.2001.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Cesar Asfor Rocha: A Recorrente, representada por seu pai, promoveu contra o Recorrido uma ação ordinária de indenização alegando que, quando tinha sete anos de idade, inscreveu-se para participar do II Salão Nacional de Arte Infanto-Juvenil para Escolha dos Selos da Semana da Pátria de 1984, promovido pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – ECT, de que saiu vencedora.

A Recorrida, instituição financeira oficial, por ocasião da semana da Pátria de 1984, publicou vários cartazes iguais ao que reproduzido nos autos, sem consultar a Recorrente previamente e sem pedir a sua autorização.

A ação foi julgada procedente para condenar o Réu-recorrido, no que interessa, a pagar à Autora-recorrente uma “indenização, pelo uso de seu desenho em dois mil cartazes com a configuração retratada às fls. 16 e 17, em valor que venha a ser apurado em liquidação por arbitramento” (fl. 165).

Promovida a liquidação por arbitramento, com a realização de perícia, o Recorrido foi condenado a pagar à Recorrente a quantia de R\$ 5.000,00, com correção e mais consectários legais, conforme dá conta o seguinte trecho do r. aresto recorrido, a saber:

“O laudo pericial (fls. 391/399) propôs fixação do valor do trabalho da Autora em cinco mil reais, com base em seu currículo e em pesquisa feita sobre remuneração desse tipo de obra artística. Nada autoriza modificar tal valor, acatado pela sentença recorrida. De fato,

não tem sentido levar em consideração o custo de impressão dos dois mil cartazes, uma vez que isto não tem vinculação alguma com o valor do trabalho a ser indenizado. Da mesma forma é descabida a multa mensal, sugerida pelo perito sem amparo no julgado, assim como a vinculação de indenização com o lucro do Executado.

A indenização fixada foi justa, portanto, para os danos indicados pelo julgado. Entretanto, sobre esse montante devem incidir os juros legais de mora de seis por cento ao ano, a partir de setembro de 1984 (cf. fl. 3), consoante a Súmula n. 54 do STJ.” (fls. 477/478).

Ainda inconformada, a Recorrente ingressou com embargos de declaração (fls. 481/485), afirmando que o valor de R\$ 5.000,00 corresponderia apenas a uma parte da indenização, “uma vez que direito autoral é direito real (e não laboral), não tendo caráter alimentar. Não se confunde o aproveitamento econômico de uma obra (res) com a remuneração decorrente de sua execução. Sua multiplicação por meio de cópias é que lhe imprime essa característica retirando desse direito qualquer resquício de prestação de serviço ou trabalho.

Deixou, portanto, o v. acórdão de examinar o outro ingrediente da indenização, ou seja, não o que efetivamente perdeu a Embargante e que corresponderia à sua paga pelo ‘trabalho’, mas aquilo que razoavelmente deixou de lucrar com a impressão desautorizada de inúmeros cartazes expostos durante muito tempo... O fato gerador do direito autoral é justamente a reprodução da obra... Feita a reprodução ilicitamente, surge o dever de indenizar com base no número de vezes que o direito da Autora foi violado...

O que significa dizer que a outra parte da indenização deverá ter em conta cada um dos dois mil cartazes reproduzidos e utilizados indevidamente pelo Embargado e aproveitados exclusivamente por ele” (fls. 482/483).

Esses aclaratórios foram rejeitados ao fundamento, no ponto, de que, “com relação aos lucros cessantes, o valor arbitrado não deixou de abrangê-los; o acórdão não poderia conceder o que a sentença exequenda não concedeu e esta mandou pagar a indenização pela utilização do desenho nos cartazes impressos; o custo da impressão não está previsto como critério de avaliação no artigo 122 da Lei n. 5.988/1973”.

Daí o recurso especial em exame com base na letra a do permissor constitucional por alegada violação aos arts. 122 da Lei n. 5.988/1973, e 159

e 1.059 do Código Civil, uma vez que a indenização, no caso, deveria incluir também o valor correspondente a 2.000 cartazes, impressos com o desenho da Autora-recorrente.

Devidamente respondido, o recurso foi admitido na origem apenas pela sugerida ofensa ao art. 122 da Lei n. 5.988/1973, tendo a douta Subprocuradoria Geral da República opinado pelo seu não-conhecimento, por falta de prequestionamento e alternativamente, se vencida essa preliminar, pelo não-provimento.

VOTO

O Sr. Ministro Cesar Asfor Rocha (Relator): Pontifica o **caput** do art. 122 da Lei n. 5.988, de 14 de dezembro de 1973 que “quem imprimir obra literária, artística ou científica, sem autorização do autor, perderá para este os exemplares que se apreenderem, e pagar-lhe-á o restante da edição ao preço por que foi vendido, ou foi avaliado”.

O seu parágrafo único, por turno, determina que “não se conhecendo o número de exemplares que constituem a edição fraudulenta, pagará o transgressor o valor de dois mil exemplares, além dos apreendidos”.

Os aclaratórios foram rejeitados ao fundamento, no ponto, de que, “com relação aos lucros cessantes, o valor arbitrado não deixou de abrangê-los; o acórdão não poderia conceder o que a sentença exequenda não concedeu e esta mandou pagar a indenização pela utilização do desenho nos cartazes impressos; o custo da impressão não está previsto como critério de avaliação no artigo 122 da Lei n. 5.988/1973”.

Da r. sentença de 1ª grau, extraio os seguintes excertos:

“A respeitável sentença exequenda concedeu à Autora a indenização pelo uso do seu desenho em dois mil cartazes com a configuração retratada às fls. 16 e 17, em valor a ser apurado em liquidação por arbitramento.

(...)

Ora, o valor devido pelo Banco-réu à Autora, por óbvio, é revelado pela quantia correspondente ao valor do desenho se fosse idealizado por um artista de projeção relativa. Nada mais, pois a respeitável decisão exequenda não condenou o devedor a indenização por danos morais, no custo de impressão (com o qual já arcou), multa mensal, outros danos de cunho patrimonial.

Esse custo do desenho, se da lavra de artista de certa projeção, segundo o perito, encontrava-se na ordem de cinco mil reais na época do laudo...

Assim, a indenização devida à Autora será fixada em cinco mil reais...”.

Ao julgar a apelação, o egrégio Tribunal **a quo**, assim decidiu, no que interessa:

“A indenização fixada foi justa, portanto, para os danos indicados pelo julgado. Entretanto, sobre esse montante devem incidir os juros legais de mora de seis por cento ao ano, a partir de setembro de 1984 (cf. fl. 3), consoante a Súmula n. 54 do STJ.” (fls. 477/478).

Devo observar que o laudo pericial afirmou que o valor do desenho seria de R\$ 5.000,00 e o custo da impressão de R\$ 2.348,00 (fl. 396).

Ora, como o parágrafo único do art. 122 da Lei n. 5.988/1973 ordena que “não se conhecendo o número de exemplares que constituem a edição fraudulenta [como no caso], pagará o transgressor o valor de dois mil exemplares, além dos apreendidos”, a indenização pela contratação deverá compreender o valor de dois mil exemplares que, no mínimo, importará no valor do desenho (de R\$ 5.000,00), acrescido do custo da impressão dos cartazes (de R\$ 2.348,00), o que totaliza a importância de R\$ 7.348,00, na data do laudo, isto é, 31 de julho de 1995.

RECURSO ESPECIAL N. 218.606 – SP

(Registro n. 99.0050981-1)

Relator: Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira
Recorrente: Maria Luíza Magalhães de Almeida Weiss
Advogados: Lino Alberto de Castro e outros
Recorrido: Banco Bradesco S/A
Advogados: Matilde Duarte Gonçalves e outros

EMENTA: Processo Civil – Arrematação – Meação da mulher –

Ação anulatória (CPC, art. 486) – Admissibilidade – Intimação do cônjuge – Prescindibilidade – Recurso provido.

I – A jurisprudência desta Corte e a doutrina admitem a ação prevista no art. 486, CPC, para anular arrematação, uma vez anulável esta por ação ordinária com os atos jurídicos em geral.

II – Segundo autorizada doutrina, “saber quando são anuláveis os atos independentes de sentença ou passíveis de homologação não é problema de direito processual, mas de direito material”.

III – Ainda que processual o ato da arrematação, o que se pretende, no caso, **ultima ratio**, é resguardar a meação assegurada por lei à mulher casada, regra tida por descumprida no caso em tela. Logo, o que se ataca é o conteúdo e não mero ato processual.

IV – Prescindível é a intimação do cônjuge quando a execução é movida apenas contra o seu consorte.

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, 5 de junho 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: Ajuizou a Recorrente ação anulatória de arrematação argumentando que, nos autos da execução de título extrajudicial proposta pelo Banco-recorrido contra seu marido, outros avalistas e a devedora principal, não foi intimada da designação das praças, e também não foi respeitada a sua meação na alienação dos imóveis penhorados.

A sentença julgou improcedente o pedido, aos fundamentos de que: a) a intimação da designação da hasta pública seria devida apenas ao devedor, nos termos do art. 687, § 3º, CPC, em sua anterior redação; b) a Autora não teria legitimidade para postular a nulidade com fundamento nesse dispositivo legal, uma vez que, por ser vício de natureza relativa (omissão de formalidade), apenas o devedor poderia argüi-la; c) a alegação de inobservância da meação não é matéria a ser apreciada em sede de ação anulatória, mas apenas em embargos de terceiro, onde seria adequada a discussão a respeito da dívida, se o débito assumido foi ou não em proveito do casal, etc.

O 1º Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, ao negar provimento à apelação da Autora, ementou:

“Prova. Cerceamento de defesa. Inocorrência. Desnecessidade de outra prova além da documental carreada aos autos. Pretensão anulatória decorre de argüição de inobservância de formalidade legal na arrematação realizada em ação de execução.

Execução por título extrajudicial. Arrematação. Hipótese em que a Autora, esposa do avalista, não participou da ação de execução. Desnecessidade de ser a mesma intimada da designação de praça. Remição por parentes do devedor (CPC, art. 787) dispensa notícia da data do praceamento. Nulidade por omissão de formalidade é de caráter relativo e somente pode ser argüida pelo devedor.”

Rejeitados os declaratórios da Apelante, adveio recurso especial, com alegação, além de dissídio jurisprudencial, de violação aos arts. 3º da Lei n. 4.121/1962, e 486, CPC, ao fundamento de que restou inobservada a sua meação na alienação dos imóveis, não obstante tenha o aval sido prestado exclusivamente por seu marido. Aduz que a ação anulatória é procedimento apto para a impugnação de arrematação viciada.

Contra-arrazoado e não admitido o recurso, provi agravo para melhor exame da espécie.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira (Relator): 1. Quanto ao art. 3º da Lei n. 4.121/1962, o recurso carece de prequestionamento, atraindo a incidência do enunciado n. 282 da Súmula-STF, também aplicável ao apontado dissídio jurisprudencial.

Com efeito, o acórdão impugnado não tratou da nulidade da arrematação por inobservância da meação da Recorrente, por entender que tal questão não poderia ser alegada em sede de ação anulatória, mas apenas através de embargos de terceiro.

2. Em relação à intimação para a hasta pública, esta Corte tem entendido que, “em face da sistemática específica do processo executivo na matéria, apenas em relação ao devedor a lei instrumental civil exige a intimação pessoal quanto à realização da hasta pública” (REsp n. 19.335-RS, DJ de 5.10.1992).

Como Relator, lancei as seguintes considerações naquela oportunidade:

“Nesse particular, cumpre observar que o cônjuge não executado, embora passe a figurar como litisconsorte necessário, por imposição legal (arts. 10, parágrafo único, IV, e 669, § 1^a, CPC), não assume, porém, a posição de devedor. Este continua sendo tão-somente aquele que subscreveu o título exequendo, assumindo obrigação pessoal perante o credor.

.....

Marido e mulher, embora ocupem o mesmo pólo da relação processual, situam-se, quanto ao direito material, em patamares distintos. Aquele, como devedor da obrigação pessoal. Esta, com mera responsabilidade patrimonial aquiliana.

O mesmo **Agrícola Barbi**, em escólios ao inciso III do parágrafo único do art. 10, CPC, acentua com propriedade que:

‘O marido é o devedor, e a mulher é a dona do patrimônio em que vai ser feita a execução’ (ob. cit., n. 109, p. 135).

Ademais, o próprio texto da lei processual não deixa margem à dúvida no que tange à distinção entre o devedor e seu cônjuge. Esta a redação do § 1^a do art. 669 (ressalvada a impropriedade do termo ‘mulher’ em lugar de ‘cônjuge’):

‘Recaindo a penhora em bens imóveis, será também intimada a mulher do devedor.’

Por mulher do devedor, à evidência, não se admite compreender co-devedora.

Destarte, na hipótese dos autos, somente ao marido se impunha a intimação pessoal.”

Nesse precedente, concluiu a Turma pelo caráter restritivo do § 3º do art. 687, CPC, em sua anterior redação.

Em outra ocasião, esta mesma Turma ratificou sua posição, como se vê do REsp n. 58.541-SC (DJ de 16.10.1995), sob a relatoria do Ministro Barros Monteiro, assim ementado:

“2. Movida a execução apenas contra o marido, não é imprescindível que do praxeamento seja intimada a mulher do executado.”

3. A jurisprudência desta Corte admite a ação prevista no art. 486 para anular-se arrematação havida em execução, como se colhe dos REsps n. 66.596-RS (DJ de 18.3.1996) e 3.255-BA (DJ de 18.4.1994), Relatores os Ministros Waldemar Zveiter e Milton Luiz Pereira, com estas ementas, no que interessa:

• “Processual Civil. Arrematação. Arguição de nulidades.

I – Nulidades não se caracterizam, quando tais vícios argüidos desde a execução até a arrematação são rebatidos com os fatos e provas contidos nos autos (Súmula n. 7-STJ); sabido ainda que podem ser apontados em sede própria, como matéria de defesa, nos embargos do devedor ou na execução ou até mesmo na arrematação. Fora disso, terá o interessado de propor ação anulatória pelas vias ordinárias, isso porque não havendo sentença no procedimento de arrematação, o ato processual em causa é daqueles que se anulam por ação comum (atos jurídicos em geral).

II – Recurso não conhecido.”

• “1. A arrematação é anulável por ação ordinária (art. 486, CPC), como os atos jurídicos em geral, sendo inadmissível a exigência de ser movida ação rescisória.”

Neste último, o Ministro-Relator mencionou a jurisprudência do Tribunal Federal de Recursos e do Supremo Tribunal Federal, ambos pela inadmissibilidade da rescisória, por não se constituir a carta de arrematação em sentença, mas, sim, em ato jurídico passível de anulação pela via ordinária do art. 486, CPC.

Na mesma linha, sem embargo do posicionamento escoteiro de **Pontes de Miranda**, que qualifica a carta de arrematação como sentença (Comentários ao Código de Processo Civil, tomo VI, Forense, 1975, art. 486, p. 367), a lição, dentre outros, de **Luís Eulálio de Bueno Vidigal** (Comentários ..., 2ª ed.; Revista dos Tribunais, 1976, art. 486, n. 7, p. 161), **verbis**:

“Feita a arrematação, será reduzida a termo, que o juiz, o escrivão, o arrematante e o porteiro assinarão. Assinado o auto, ela se considera perfeita e acabada e, salvo disposição em contrário, não mais se retratará. Não é necessária sentença do juiz. Não há, portanto, na arrematação, nem sequer sentença homologatória, muito embora o juiz nela tome parte, decidindo incidentes, verificando quem fez o maior lance, determinando o encerramento da praça e julgando, embora sem sentença regular certas questões, como, por exemplo, a preferência estipulada pelo art. 691 do CPC em favor do licitante que se propuser arrematar englobadamente todos os bens levados à praça.

A arrematação, portanto, é anulável por ação ordinária, como os atos jurídicos em geral (...).”

4. Na espécie, trata-se da possibilidade ou não do ajuizamento de ação anulatória de arrematação fundada na inobservância do direito à meação.

Em doutrina, a respeito, assinalei:

“O posicionamento acerca da exclusão da meação da mulher casada em bens penhorados vai ganhando contornos, com a seguinte distinção: a) se a esposa objetiva impugnar a pretensão executiva, o remédio adequado serão os embargos à execução; b) se deseja apenas excluir a penhora sobre a sua meação, a via hábil serão os embargos de terceiro. Não obstante, com suporte nos princípios da economia e da instrumentalidade do processo, tem-se admitido que a mulher também possa postular a exclusão da sua meação em embargos à execução; c) se a execução é movida contra o casal, porque ambos contraíram a obrigação, não assiste à mulher o direito aos embargos de terceiro (nesse sentido, RE n. 93.764, Juriscível 106/92; RE n. 89.802, RTJ 88/717, RJ 13/143)” (Código de Processo Civil Anotado, Saraiva, 6ª ed., nota ao art. 1.045, p. 668).

No caso, caberia à ora recorrente oferecer os seus embargos, à execução ou como terceira, o que não fez, não obstante tenha sido devidamente

intimada da penhora, consoante observado na sentença (fl. 84), o que não é por ela negado. Diferentemente, ajuizou a ação anulatória do art. 486, CPC.

Certo é que, segundo autorizada doutrina, reservam-se a essa ação os defeitos e nulidades atinentes ao direito material, a exemplo dos vícios de consentimento. A propósito, escreve **Barbosa Moreira**:

“saber quando são anuláveis os atos independentes de sentença ou passíveis de homologação não é problema de direito processual, mas de direito material. O dado essencial é a natureza *do ato impugnado*: o que cumpre averiguar é se, em relação a este, há que cogitar-se de anulabilidade por alguma causa prevista em regra de direito material” (Comentários..., 8ª ed., n. 93, p. 160).

Sob esse prisma, dir-se-ia, a um primeiro olhar, que **in casu** não incidiria a referida “ação”, dado que processual o ato da arrematação. Tenho, todavia, que tal não se dá, uma vez que o que se pretende, **ultima ratio**, é resguardar a meação assegurada por lei à mulher casada, norma tida por descumprida no caso em tela. Logo, o que se ataca é o conteúdo e não mero ato processual.

Não fosse assim, em tese, um cônjuge não teria via hábil a defender sua meação, na hipótese de ultrapassado o prazo exíguo previsto no art. 1.048 do Código de Processo Civil.

5. Em face do exposto, *conheço* do recurso por violação ao art. 486, CPC e *dou-lhe provimento*, para ter por admissível a anulatória na espécie, ensejando o seu prosseguimento relativamente à alegação de inobservância ao direito de meação do cônjuge.

RECURSO ESPECIAL N. 246.883 – RJ

(Registro n. 2000.0008466-2)

Relator: Ministro Cesar Asfor Rocha

Recorrente: Antônio Augusto Pinheiro

Advogados: Marcelo da Silva Sá e outro

Recorrido: Philip Morris Brasil S/A

Advogados: André Nóbrega Barbosa da Fonseca e outros

EMENTA: Processual Civil – Honorários – Dano moral – Explicitação do valor da condenação na inicial – Condenação menor – Percentual sobre o valor da efetiva condenação.

Não ofende o parágrafo único do art. 21 do Código de Processo Civil a estipulação dos honorários em 10% sobre o valor da condenação por dano moral (menor que a quantia postulada na inicial), já aí sendo considerado o decaimento parcial do pedido.

Recurso conhecido e parcialmente provido.

ACÓRDÃO

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

Brasília-DF, 21 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: O Recorrido promoveu uma ação ordinária de pagamento por danos materiais cumulada com danos morais, mas pedindo a condenação apenas pelos danos morais sofridos que estipulou “em montante não inferior a 1.000 salários mínimos”.

Em 1ª grau a ação foi julgada parcialmente procedente para condenar à Ré, aqui recorrida, quantia correspondente a 200 salários mínimos mais custas processuais e honorários advocatícios fixados em 20% sobre o valor da condenação.

A apelação da Ré foi provida em parte apenas para reconhecer a

sucumbência recíproca e, com isso, dando-se pela compensação das custas e dos honorários.

Daí o recurso especial em exame com base nas letras **a** e **c** do permissor constitucional por sugerida divergência com os julgados que indica para que haja condenação em honorários, sob um percentual do valor da condenação.

Era o de importante a relatar.

VOTO

O Sr. Ministro Cesar Asfor Rocha (Relator): O Autor-recorrente postulou, na inicial, a condenação da Ré-recorrida, a título de reparação pelos danos morais sofridos, no valor correspondente a 1.000 salários mínimos, mas só obteve o reconhecimento, por sentença, para a quantia referente a 200 salários mínimos, pelo que foram dados por compensados os honorários e as custas.

Esta Quarta Turma tem entendido que, nas ações de indenização por dano moral, mesmo quando o autor especifica, na petição inicial, o valor da condenação que procura impor ao réu, e venha o réu a ser condenado ao pagamento de uma quantia inferior à que fora postulada, ainda assim são devidos honorários pelo réu ao advogado do autor em percentual sobre o quanto em que importou a condenação.

A teor do disposto no § 3^a do referido art. 20 do Código de Processo Civil, os honorários advocatícios devem ser arbitrados tendo em conta a condenação.

É que, sendo o valor da condenação menor que aquele postulado na inicial, a exclusão dessa parcela excedente, que importa na dedução da base de cálculo da verba honorária, conduz a que já se tenha por feita a devida compensação pela sucumbência parcial.

Nesse sentido os EDcl no REsp n. 229.776-SP (Rel. eminente Ministro Ruy Rosado de Aguiar) e os REsps n. 129.095 e 200.657, de minha relatoria, dentre outros.

Diante de tais pressupostos, conheço do recurso e dou-lhe parcial provimento, para condenar a Ré-recorrida também ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios em 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação.

RECURSO ESPECIAL N. 247.282 – MG

(Registro n. 2000.0009933-3)

Relator: Ministro Cesar Asfor Rocha
Recorrente: Virgílio Perreira Carrijo (espólio)
Advogados: Mário Alves Ribeiro e outros
Recorrido: Luiz Carlos da Silva
Advogados: Samuel Vital Ferreira Júnior e outro

EMENTA: Processo Civil – Substituição processual – Representação – Inexistência.

Uma vez detectada a irregularidade de representação da parte-apelante, deve o relator da apelação dar oportunidade à parte a que a supra, tal como se procedeu, no caso.

Não sendo cumprido o despacho dentro do prazo, há de ser considerado inexistente o recurso praticado por advogado da parte que não exhibe o instrumento do mandato.

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 Aldir Passarinho Junior e Barros Monteiro. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Ruy Rosado de Aguiar.

Brasília-DF, 21 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: O ora recorrido promoveu contra Virgílio Perreira Carrijo uma ação de reparação de danos por acidente automobilístico de que resultou o falecimento de sua genitora e, em si,

“ferimentos graves que levaram-no a ser hospitalizado, após o que permaneceu por longo tempo em recuperação, que desenvolveu-se dolosamente” (fl. 12).

Julgada procedente essa ação, foi promovida a execução da sentença contra o referido Virgílio Perreira Carrijo, no valor de R\$ 84.865,45, que foi por este embargada ao fundamento de que haveria excesso de execução, pois o valor correto do devido seria de R\$ 69.465,47.

Após paralisação do processo por quase um ano, quando se encontrava concluso ao MM. Juiz do feito, os embargos foram julgados improcedentes.

Então, daí foi interposto recurso de apelação pelo Espólio de Virgílio Perreira Carrijo, pela inventariante, a Sra. Magnólia Fernandes Carrijo” (fl. 33), “sem que tenha sido juntado o instrumento de procuração pela representante do Espólio e tampouco foi juntada a prova da inventariança ou da referida representação” (fl. 59), sequer do falecimento do Sr. Virgílio Perreira Carrijo, o que levou o então apelado, e aqui recorrido, nas suas contra-razões à apelação, a alegar, preliminarmente, incapacidade processual do Apelante por falta de prova da representação do espólio.

Em face dessa irregularidade, a ilustrada Juíza-Relatora da apelação, por despacho de fl. 59, determinou a intimação do “Apelante a regularizar a sua representação no prazo de 10 dias, sob pena de não-conhecimento da apelação”.

O Apelante compareceu juntando uma procuração firmada pela Sra. Magnólia Fernandes Carrijo, em nome próprio (fl. 62).

Ao julgar a apelação, o egrégio Tribunal **a quo** dela não conheceu, por falta de legitimidade **ad processum** do Apelante, uma vez que “o Espólio apresentou o recurso, sem sequer esclarecer sobre o falecimento do autor, sem habilitar-se e sem juntar qualquer prova do óbito e da inventariança” e como “o Espólio carreou a procuração aos autos assinada por Magnólia Fernandes Carrijo, em nome próprio e não em nome do Espólio, não ficando, assim, regularizada a representação ... a Sra. Magnólia não pode agir em nome próprio, se legitimado é o Espólio” (fl. 73).

Foi quando “Magnólia Fernandes Carrijo, representando o espólio de Virgílio Perreira Carrijo” (fl. 77), ingressou com embargos de declaração juntando cópia do despacho do MM. Juiz que preside o processamento do inventário de Virgílio Perreira Carrijo, onde a Sra. Magnólia teria sido nomeada inventariante.

Os embargos foram rejeitados à consideração de que continuava irregular a representação, pois nem aí fora juntada procuração do Espólio, que era a parte legítima.

No dia 14 de junho de 1999 foi interposto recurso especial, com base na letra **a**, por alegada violação aos arts. 12, V; 13 e 1.060, I, do Código de Processo Civil, ao argumento de que o Espólio estaria bem representado.

No dia 17 de junho de 1999, o Recorrente juntou cópia da procuração outorgada pelo Espólio-recorrente (fls. 88/89).

Era o de importante a relatar.

VOTO

O Sr. Ministro Cesar Asfor Rocha (Relator): 1. O art. 12, V, do Código de Processo Civil não foi hostilizado, eis que não foi sob o seu foco de incidência que a questão foi tratada. Em nenhum momento o r. aresto atacado afirmou que o espólio não seria representado em juízo pela inventariante. Bem ao contrário, afirmou isso.

Acontece que não havia nos autos prova dessa representação, nada obstante as oportunidades que o Recorrente teve para fazê-la.

O que o r. acórdão combatido entendeu é que seria indispensável o instrumento procuratório firmado pelo próprio *espólio*, e não pela viúva, que se obriga em nome próprio que, nessa condição, não fala em nome do Espólio.

2. Com melhor sorte, o Recorrido não é contemplado quando argumenta ofensa ao art. 13 do Código de Processo Civil.

A digna Juíza-Relatora, ao verificar a irregularidade da representação do Recorrente, que já havia sido apontada pelo Recorrente, ensejou ao “Apelante ... regularizar a sua representação no prazo de 10 dias, sob pena de não-conhecimento da apelação” (fl. 59).

Só depois, por não ter sido dado atendimento à essa determinação é que foi reconhecida a “falta de legitimidade **ad processum** do Apelante” (fl. 75), à luz do disposto o art. 13, I, do Código de Processo Civil.

3. Por outro lado, o recurso não pode ser conhecido pela alegada ofensa ao art. 1.060 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, quanto a tal aspecto.

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.

4. Observo, além de tudo isso, que o recurso especial foi interposto no dia 14 de junho de 1999 (fl. 90), e somente no dia 17 de junho de 1999, o Recorrente juntou cópia da procuração outorgada pelo Espólio-recorrente (fls. 88/89).

5. Por fim, reproduzo as lições doutrinárias que serviram de apoio ao bem lançado voto da ilustre Juíza Vanessa Verdolim, Relatora da apelação, a saber:

“**Celso Agrícola Barbi** leciona:

‘A legitimidade é o segundo requisito exigido pelo art. 3º para que o autor possa propor ação e para que o réu possa contestá-la. É usualmente denominada legitimação para a causa, ou **legimatio ad causam**.

Significa ela que só o titular de um direito pode discuti-lo em juízo e que a outra parte da demanda deve ser o outro sujeito do mesmo direito; ou, na precisa definição de **Chiovenda**: ‘É a identidade da pessoa do autor com a pessoa favorecida pela lei, e da pessoa do réu com a pessoa obrigada’.

A regra legal encontra maior explicação no art. 6º, segundo o qual:

‘Ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei’ (in Comentários ao Código de Processo Civil, vol. I, tomo I, Forense, 1975, p.p. 63/64).’

E complementa:

‘O artigo esclarece o princípio da legitimidade contido no art. 3º, no que se refere à legitimidade ativa. Ao negar que alguém

possa pleitear, em nome próprio, direito alheio, a lei firma o princípio afirmativo de que somente o titular do direito pode demandar acerca dele' (**op. cit.**, p.p. 115/116).

Pertinente também o magistério de **Humberto Theodoro Júnior**, segundo o qual 'legitimados ao processo são os sujeitos da lide, isto é, os titulares do interesse em conflito. A legitimação ativa caberá ao titular do interesse afirmado na pretensão, e a passiva ao titular do interesse que se opõe ou resiste à pretensão' (**in** Curso de Direito Processual Civil, vol. I, 12ª ed., Forense, 1994, p. 57).

Vemos que a legitimidade **ad causam** é do espólio.

Ora, se o legitimado, aqui, é o espólio, o seu representante é quem deve outorgar a procuração, obviamente em nome do espólio, comprovando a sua condição de representante e não em nome próprio.

Segundo a lição de **Vicente Greco Filho**:

'O problema da capacidade processual está ligado aos pressupostos de constituição e desenvolvimento válido do processo, que é a relação jurídica entre autor, juiz e réu. Os pressupostos processuais devem estar presentes antes da indagação da legitimidade das partes e demais condições da ação, de modo que, se não existirem os pressupostos processuais, o processo é inválido, não se chegando sequer a se apreciar a existência do direito de ação' (Direito de Processo Civil Brasileiro, Saraiva, SP, 1981, p. 91).

Na lição de **Humberto Theodoro Júnior**:

'A capacidade processual consiste na aptidão de participar da relação processual, em nome próprio ou alheio' (Curso de Direito Processual Civil, I, Forense, RJ, 1985, p. 84).

Essa capacidade se demonstra através do instrumento do mandato. Não juntou a pessoa que se diz representante do espólio qualquer prova dessa representação. Tenho para mim que seria desnecessária essa prova, pois o Apelado não levantou nenhuma dúvida séria sobre a legitimidade da representante. Como, porém, a procuração juntada não indica tratar-se de representante do Espólio, não vejo como admitir que esteja regular a representação.

Falta ao advogado capacidade para postular em nome do Espólio; logo, não tem legitimidade ativa **ad processum** para recorrer, já que o Autor faleceu, fato, aliás, sequer comprovado nos autos. Ocorre ofensa ao artigo 12, V, do CPC, bem como ao art. 36 do mesmo diploma processual, não podendo ser conhecido o recurso.” (fls. 73/75).

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

RECURSO ESPECIAL N. 249.423 – SP

(Registro n. 2000.0017789-0)

Relator: Ministro Ruy Rosado de Aguiar
Recorrentes: Maria Isabel Mareti e outros
Advogados: Vilma Pastro e outros
Recorrido: Centro Trasmontano de São Paulo
Advogados: Eduardo Andrade Mafra Cardoso e outro

EMENTA: Plano de saúde – Internação – UTI.

É abusiva a cláusula que limita o tempo de internação em UTI.

Recurso conhecido e provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do recurso e dar-lhe provimento, 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, 19 de outubro de 2000 (data do julgamento).

Ministro Ruy Rosado de Aguiar, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Ruy Rosado de Aguiar: Maria Isabel Mareti e outros, sucessores de Helena Quaranta Gonçalves, propuseram ação cominatória cumulada com indenizatória contra o Centro Trasmontano de São Paulo, pretendendo, conforme relatado na r. sentença, “ver declarado o dever da Ré de custear os valores devidos em face da internação hospitalar de Helena Gonçalves em regime de prorrogação, inclusive na UTI, com a manutenção em caráter definitivo da medida liminarmente concedida nos autos em apenso. Alegaram ter Helena firmado com a Ré um contrato de saúde, sendo titular do plano executivo. Foi a sucedida internada no Hospital Santa Cruz de 15 a 24.5.1995, tendo alta médica. Porém, no dia 3.6.1995 teve Helena de ser internada novamente, desta feita no Hospital Nove de Julho, credenciado da Ré. Durante essa internação foi levada para a UTI, em estado grave, onde faleceu em 29.6.1995. A Ré cobriu integralmente os gastos hospitalares até o dia 14.6.1995, quando foi a família informada de que o limite de internação havia chegado ao fim, já que o estatuto previa direito do associado de internação em regime de UTI por apenas 10 dias. Sustentou a existência de cunho social do contrato de seguro de saúde, tratando-se, ainda, de contrato de adesão. Assim, recusando-se a Ré ao pagamento das despesas a partir de 14.6.1995, propuseram as Autoras a presente ação, para o fim de ser a Ré condenada ao pagamento da totalidade da internação, englobando nisso os descartáveis, os remédios importados, exames, honorários médicos, banco de sangue, tomografia, etc...” As ações cautelar e declaratória foram julgadas procedentes.

O Réu apelou e a egrégia Quinta Câmara do 1^a Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, por maioria, negou provimento ao recurso:

“Contrato de adesão. Prestação de serviços. Plano de saúde. Evidenciada cláusula restritiva e abusiva. Recurso improvido.” (fl. 156).

A egrégia Câmara concluiu ser abusiva a cláusula que limita o período de hospitalização em UTI, assim redigida:

“Quando necessária for a hospitalização em regime de UTI, o associado terá direito a 240 horas (10 dias), após este período, a internação e os honorários médicos correrão por conta do associado.” (fls. 158/159).

Os embargos infringentes foram acolhidos, nos seguintes termos:

“O invocado CDC admite e prevê a possibilidade de os contratos, neste caso, os estatutos, conterem cláusulas restritivas e excludentes, tanto que exige a redação delas com destaque, permitindo sua imediata e fácil compreensão, de acordo com o art. 54, § 4º. Tais discriminantes encontram-se presentes na referida cláusula excludente, com destaque da rubrica ‘restrições’. Tanto sob o aspecto contratual, estatutário ou associativo como pela subsunção ao CDC, assim pelas normas securitárias de direito comum, o tratamento a ser ministrado à beneficiária estava excluído da cobertura pela Recorrente”. (fl. 207).

Inconformados, os Autores apresentaram recurso especial (art. 105, III, a, da CF). Dizem que a cláusula restritiva é abusiva e leonina, “porque limita o direito do consumidor à cobertura à saúde. Porque fere o objetivo do contrato que é a prestação de assistência médico-hospitalar. Porque proporciona ao plano vantagem exagerada, uma vez que o mesmo ainda continua recebendo as prestações mensais, no valor que ele próprio estipulou”, e apontam violação aos arts. 47, 51 e 54 do CDC.

Inadmitido o recurso, sem as contra-razões, dei provimento ao Ag n. 261.150-SP e determinei a subida do recurso especial.

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 a 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 ao 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).

Esse pensamento, que era minoritário nesta Turma, terminou prevalecendo na egrégia Seção de Direito Privado. Na verdade, a cláusula restritiva de internação é abusiva.

Posto isso, conheço, pela alínea a, e dou provimento ao recurso para restabelecer a sentença.

É o voto.

VOTO

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

VOTO

O Sr. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira: Sr. Presidente, acompanho o voto de V. Ex.^a, em face da orientação firmada pela Segunda Seção relativa a planos de saúde.

RECURSO ESPECIAL N. 267.530 – SP

(Registro n. 2000.0071810-6)

Relator: Ministro Ruy Rosado de Aguiar
Recorrente: Antônio José Vieira da Luz
Advogados: Rosana Chiavassa e outros
Recorrido: Centro Trasmontano de São Paulo
Advogados: Eduardo Andrade Mafra Cardoso e outro

EMENTA: Plano de Saúde – Centro Trasmontano – Internação – Hospital não conveniado.

– O reembolso das despesas efetuadas pela internação em hospital não conveniado, pelo valor equivalente ao que seria cobrado por outro da rede, pode ser admitido em casos especiais (inexistência de estabelecimento credenciado no local, recusa do hospital conveniado de receber o paciente, urgência da internação, etc.), os quais não foram reconhecidos nas instâncias ordinárias.

– A operadora de serviços de assistência à saúde que presta serviços remunerados à população tem sua atividade regida pelo Código de Defesa do Consumidor, pouco importando o nome ou a natureza jurídica que adota.

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, 14, de dezembro de 2000 (data do julgamento).

Ministro Ruy Rosado de Aguiar, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Ruy Rosado de Aguiar: Antônio José Vieira da Cruz ajuizou ação contra Centro Trasmontano de São Paulo, objetivando a restituição do que desembolsou à conta de tratamento médico-hospitalar feito em instituição não credenciada, pleiteando o reembolso pelos valores equivalentes aos cobrados por estabelecimento credenciado pelo Réu.

Julgada improcedente a ação, o Autor apelou e a egrégia Sexta Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo negou provimento ao recurso. Consta do voto do ilustre Relator, no que ora interessa:

“(…)

Em primeiro, há que se ponderar que não se cuida, no caso, de contrato de consumo, de assistência médica contratada ou mesmo de seguro de saúde, mas de relação estatutária firmada pelas partes no momento em que o Apelante se associou ao ‘Centro Trasmontano’, este, uma sociedade civil e o Recorrente, seu associado. Não há relação de consumo; então, essa relação jurídica não está ao amparo da Lei n. 8.078, de 11.9.1990. O serviço médico é prestado em decorrência dos estatutos da sociedade cobrindo as despesas dele decorrentes. A sociedade não é uma prestadora de serviços e nem seu associado um consumidor de tais serviços. Em segundo, o reembolso somente seria cabível, pelos estatutos, se o tratamento fosse realizado em localidade onde não exista hospital credenciado, o que não é a hipótese cuidada no processo. Então, o pedido do Apelante não encontra suporte na relação estatutária havida entre ele e o Centro Trasmontano.

Assim, nega-se provimento ao recurso, mantida a r. sentença recorrida, que bem decidiu a espécie” (fl. 366).

Rejeitados seus embargos de declaração, o Autor interpôs recursos extraordinário e especial, sendo este fundado na alínea a do permissivo constitucional, alegando contrariedade aos arts. 2^a e 3^a do CDC (Lei n. 8.078/1990) e 458, II, do CPC. Entende que o Recorrido, ao alegar sua condição de entidade associativa sem fins lucrativos, subordinada ao estatuto, assim o faz para se locupletar às custas de seus associados. Independentemente da relação jurídica ser ou não estatutária, o Centro presta serviços ao associado, não podendo fugir do alcance do Código do Consumidor, que não faz diferença entre fornecedores de serviços. De acordo com o art. 85 do CCB, deve prevalecer a intenção do Recorrente, visto que acreditava estar contratando com entidade que efetivamente lhe prestaria serviços de assistência

médica e hospitalar. Diz que o contrato entre as partes é de adesão, pois o Recorrente não teve oportunidade de discutir suas cláusulas. Requer o pagamento das despesas médico-hospitalares, na equivalência do que seria cobrado por outro hospital conveniado.

Com as contra-razões, o Tribunal de origem inadmitiu os recursos, subindo o especial em virtude de provimento ao Agravo de Instrumento n. 289.498-SP (autos apensos).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Ruy Rosado de Aguiar (Relator): 1. Não há dúvida de que se trata de relação de consumo a estabelecida entre o Centro Trasmontano de São Paulo e o seu “associado”.

Já em outra oportunidade observei “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” (REsp n. 254.467-SP).

O Centro é uma empresa que presta serviços de saúde, definida como operadora de serviço de assistência à saúde, e o seu associado é um consumidor desses serviços, pelos quais paga uma taxa mensal e o que mais vier a ser cobrado, na forma do contrato. Faz publicidade disso, como aparece no painel localizado ao lado do prédio do Tribunal de Justiça de São Paulo, e deve, portanto, se comportar no mercado de acordo com as regras que garantem a leal concorrência.

A sentença bem examinou esse aspecto:

“Malgrado seja o Réu, formalmente, uma associação civil, entendo que a relação jurídica entre as partes tenha natureza contratual. Um exame mais detido dos estatutos do Centro Trasmontano revela que não se está diante, senão apenas na forma, de uma associação civil. Com efeito, os órgãos de direção da entidade (e que a controlam totalmente) são formados apenas pelos diretores (e não por qualquer associado e nem pela assembléia-geral). E estes conselheiros, por seu turno, são

vitalícios, em sua maioria absoluta. Assim, o associado não tem qualquer controle sobre a vida associativa, sempre gerida por um grupo determinado de pessoas. Alia-se a este fato a verificação de que o Réu pratica preços compatíveis com os das demais empresas que atuam no mesmo mercado e, tanto quanto estas, serve-se de maciça publicidade para angariar novos ‘associados’. Tais fatos que são notórios, demonstram o manifesto propósito de lucro na atividade do Centro Trasmontano. Assim, a conclusão é que sob a roupagem jurídica de uma associação civil o que se tem é uma verdadeira empresa, donde a relação do Centro com os seus ‘associados’ não poder ser encarada senão como uma relação jurídica contratual” (fls. 208/209).

2. Porém, ainda no âmbito do Direito do Consumidor, não me parece que o Recorrente tenha razão.

A operadora de saúde que se compromete a prestar o serviço médico com profissionais credenciados, ou com a internação em estabelecimentos próprios ou conveniados, não está obrigada a reembolsar as despesas efetuadas pelo seu associado que se internou em hospital não conveniado, se essa hipótese não estiver prevista no contrato. Poderá estar, e isso será um motivo a mais para angariar clientes, mas, não estando, a extensão pretendida pelo Autor extravasa o âmbito do que seria razoável exigir-se da operadora. É certo que, mesmo sem previsão contratual, o reembolso deveria ser deferido no caso de inexistir no local estabelecimento da rede, se houvesse recusa do hospital credenciado de receber o paciente, em caso de internação de urgência, etc. Na hipótese dos autos, porém, embora referido na inicial que se tratava de uma emergência, nada disso ficou reconhecido pelas instâncias ordinárias, nem o Autor se preocupou em fazer prova dessa circunstância.

Por tais fundamentos, não conheço do recurso.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 267.651 – RO

(Registro n. 2000.0072052-6)

Relator: Ministro Ruy Rosado de Aguiar

Recorrente: Sandro Mariano

Advogados: Evandro Araújo Oliveira e outro
Recorrido: Banco do Brasil S/A
Advogados: Pedro Afonso Bezerra de Oliveira e outros
Sustentação oral: Pedro Afonso Bezerra de Oliveira (pelo recorrido)

EMENTA: Responsabilidade civil – Banco – Fundo mútuo de investimento – Conta-ouro – Procuração falsa – Responsabilidade do banco.

É do banco a responsabilidade pelo pagamento do saldo de fundo mútuo de investimento feito a quem se apresentou com procuração falsa, se não demonstrada a culpa exclusiva ou concorrente do depositante.

Recurso conhecido e provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do recurso e dar-lhe provimento, 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 dezembro de 2000 (data do julgamento).

Ministro Ruy Rosado de Aguiar, Presidente e Relator.

Publicado no DJ de 19.3.2001.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Ruy Rosado de Aguiar: Sandro Mariano ajuizou ação de indenização contra o Banco do Brasil S/A, pretendendo ressarcir-se do prejuízo que sofreu com a retirada, de sua conta, da quantia de Cr\$ 1.634.000,00 (um milhão, seiscentos e trinta e quatro mil cruzeiros) por terceira pessoa, que se apresentou com procuração falsa. Pleiteia a devolução dessa quantia com juros e correção, além de custas e honorários advocatícios.

Na contestação, preliminarmente, o Banco pediu sua exclusão da lide

por ser parte ilegítima e, no mérito, sustentou a ausência de culpa pela aparência de legalidade e fé pública do mandato, além da inexigibilidade de que investigue a veracidade do instrumento. Denunciou à lide Cléia Aparecida Ferreira e João Marinho, este último pai do Autor e o suposto autor da procuração, pois representava seu filho, menor naquela época.

Os litisdenunciados contestaram o feito e, no saneamento, o MM. Juiz os excluiu da lide, dando origem ao agravo de instrumento interposto pelo Banco contra tal decisão. O MM. Juiz retratou-se, mantendo a exclusão de João Mariano e reincluindo Cléia Aparecida Ferreira.

A sentença julgou procedente o pedido, condenado o Banco a indenizar Sandro Mariano; julgou procedente, também, a denúncia da lide em face de Cléia Aparecida Ferreira, condenado-a a indenizar o Banco, na mesma quantia.

O Banco e a litisdenunciada apelaram e a egrégia Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Rondônia rejeitou as preliminares argüidas pelo Réu e deu provimento à sua apelação, nos termos da seguinte ementa:

“Civil. Procuração por instrumento público falsa. Ausência de culpa do banco. Não há negligência ou imprudência do funcionário de banco, no pagamento de saque feito por advogada bastante conhecida, portadora de procuração por instrumento público, constatando-se mais tarde que a procuração não era verdadeira” (fl. 205).

Constou da fundamentação do voto:

“No que tange ao mérito da causa, entendo que razão lhe assiste. O pedido é embasado no artigo 159 do Código Civil, **verbis**: ‘Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano’.

Ora, tal disposição consagra o princípio da responsabilidade subjetiva. Deve, portanto, existir dolo ou culpa na ação ou omissão. Assim sendo, só cabe neste caso uma única pergunta; houve culpa do Banco no evento? Eu entendo que não. Essa culpa só se verificaria na hipótese de negligência ou imprudência.

Recapitemos os fatos: uma advogada bastante conhecida, com vários anos de militância na região, apresenta-se em uma agência bancária portando um instrumento público, com todo o aspecto da legalidade,

pois até a firma do tabelião estava autenticada, merecedor de fé pública e saca o dinheiro de seu 'constituente'. O funcionário a paga, cumprindo o que para ele era um dever legal. Qual a negligência ou imprudência do funcionário no caso? Há outros complicadores no local, pois não havia meios de uma comunicação rápida com o mandatário, já que se tratava de um lavrador.

Quando se fala em culpa, tem-se como padrão o homem médio, não alguém invulgar, de inteligência superior. E mais, poder-se-ia exigir atitude diferente da que foi tomada pelo bancário? É bem verdade que parte da doutrina inclina-se a atribuir a responsabilidade ao banco, nesta hipótese. A mim repugna a adoção da responsabilidade objetiva sem expressa previsão legal.

Não me parece possível neste caso a aplicação da Súmula n. 28 do colendo Supremo Tribunal Federal, já que são situações díspares" (fls. 207/208).

Rejeitados os embargos de declaração opostos pelo Banco.

Sandro Mariano apresentou recursos extraordinário e especial, e a litisdenunciada, Cléia Aparecida Ferreira, apelo especial, sendo admitido na origem somente o especial do Autor.

Alega o Autor, pelas alíneas **a** e **c** do permissivo constitucional, que o v. julgado negou vigência aos arts. 159, 1.266, 1.518 e 1.521, III, do CC, além de divergir da jurisprudência de outros tribunais, inclusive do STF. Sustenta a responsabilidade do Banco, por agir seu funcionário com negligência e imprudência, fazendo pagamento mediante uso de procuração falsa, em prejuízo do cliente. Afirma que os acórdãos paradigmas reconhecem, com base na Súmula n. 28 do STF, a responsabilidade do Banco pela teoria do risco profissional e da culpa objetiva, independentemente de culpa por parte do funcionário.

Ofertadas as contra-razões, subiram os autos.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Ruy Rosado de Aguiar (Relator): Trata-se de pagamento de saldo existente em fundo de investimento – conta-ouro, em agência do Banco do Brasil, feito a terceira pessoa que se apresentou com procuração não subscrita pelo titular da conta. O. r. acórdão admitiu que a procuração

era falsa, mas afastou a responsabilidade do estabelecimento bancário porque não vislumbrou culpa na ação do funcionário que deu eficácia ao documento, que se apresentava com aparência de autenticidade.

Na verdade, afirmou a tese de que os saldos dos fundos de investimento do poupador que contrata com o Banco e a ela confia os seus recursos podem ser livremente sacados por qualquer pessoa, desde que se apresente com documento aparentemente autêntico, correndo o risco à conta exclusiva do depositante.

Não é esse o princípio aceito. O Banco responde pelo dano causado por aceitar cheque falsificado, como já estava assente na Súmula n. 28-STF: “O estabelecimento bancário é responsável pelo pagamento de cheque falso, ressalvadas as hipóteses de culpa exclusiva ou concorrente do correntista”. Reproduzo observação que está na Revista dos Tribunais, 169/614: “Todas as vezes que um falsário apresenta ao banco um saque com a assinatura falsificada, a vítima visada é o banco e não o correntista, cuja assinatura falsificada é apenas um meio para a consecução do fim”.

Assim, a egrégia Câmara fez indevida aplicação da regra do art. 159 do Código Civil, pois o pagamento mediante a apresentação de documento falso, sem a concorrência de culpa do correntista ou poupador, constitui ofensa ao direito deste se tais pagamentos são lançados à sua conta e a culpa consiste exatamente na efetivação do pagamento ao falsário.

O acórdão recorrido mencionou a orientação doutrinária que atribui ao Banco essa responsabilidade, e com isso prequestionou o tema, mas não a aceitou: “É bem verdade que parte da doutrina inclina-se a atribuir responsabilidade ao banco, nesta hipótese. A mim repugna a adoção da responsabilidade objetiva, sem expressa previsão legal”. A rigor, não se trata de responsabilidade objetiva, nem de responsabilidade por ilícito absoluto, mas de simples responsabilidade por descumprimento do contrato celebrado com o titular do investimento no fundo mútuo. Este celebrou um contrato, efetuou o depósito do numerário e o Banco entregou seus recursos a um falsário, sem que o cliente tenha de algum modo concorrido com tal fato. Pelo ato que praticou, responde o Banco.

A regra do art. 1.266 do Código Civil, embora não referida expressamente, restou evidentemente desconsiderada.

A divergência ficou reconhecida com a indicação dos precedentes que atribuem ao Banco a responsabilidade pelos pagamentos feitos mediante apresentação de documento falso.

Posto isso, conheço do recurso, pelas duas alíneas, e dou-lhe provimento,

para restabelecer a sentença na parte em que julgou procedente a ação principal, único tema objeto deste recurso.

É o voto.

VOTO

O Sr. Ministro Aldir Passarinho Junior: Sr. Presidente, acompanho o voto de V. Ex.^a, entendendo que não se trata de matéria de fato, porque o Superior Tribunal de Justiça pode apreciar fatos narrados no acórdão, e a situação da prova está absolutamente definida e circunstanciada.

O Banco pagou um determinado valor da conta do correntista à terceira pessoa, que se diz uma advogada conhecida na região, munida de uma procuração, de um instrumento público que se viu falsa.

Entendo, assim como o eminente Ministro-Relator, que a responsabilidade é do Banco. É claro que o funcionário agiu dentro do razoável, mas o risco é inerente à atividade bancária, porque ao confiar o dinheiro ao banco, o banco adota a sistemática de pagar ao próprio, ou mediante cheque ou mediante apresentação de procuração. Portanto, é uma sistemática típica do contrato de depósito que é o contrato feito entre o correntista e o banco. Assim, se é admitida essa forma de saque, todo o risco a ela inerente deve ser assumido pela instituição.

Sem dúvida nenhuma, não poderia o correntista arcar com o ônus desse levantamento indevido, ressalvado ao Banco ação regressiva contra a responsável.

Conheço do recurso e dou-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator.

VOTO

O Sr. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira: Também conheço do recurso e dou-lhe provimento pelas razões expostas.

VOTO

O Sr. Ministro Cesar Asfor Rocha: Sr. Presidente, acompanho o voto do Sr. Ministro-Relator, mas gostaria de fazer uma consideração. A constatação feita pelo Tribunal **a quo** de que a portadora da procuração era uma advogada conhecida conduz a que se atribua a culpa ao Banco por se ter deixado iludir pela aparência de veracidade.

RECURSO ESPECIAL N. 268.022 – SP

(Registro n. 2000.0073062-9)

Relator: Ministro Aldir Passarinho Junior
Recorrente: Banco Bradesco S/A
Advogados: Matilde Duarte Gonçalves e outros
Recorrida: Elizabeth Rodrigues dos Santos
Advogados: Antônia Leila Inácio de Lima e outros

EMENTA: Processual Civil – Embargos à execução – Contrato de compra e venda – Mútuo – Garantia hipotecária – Liquidez não comprovada – Art. 618, I, CPC – Condição da ação – Questão de ordem – Conhecimento *ex officio* pelo Tribunal Estadual.

I – As questões de ordem pública referentes às condições da ação e pressupostos processuais da execução, podem e devem ser conhecidas de ofício pelos tribunais de 2ª grau (arts. 618 e incisos; 585, 586, c.c. art. 267, IV a VI, todos do CPC).

II – Concluindo o acórdão recorrido, em face dos contratos e dos elementos trazidos pelo exequente, que não foram demonstrados os critérios para apuração do débito, tal assertiva, para ser alijada, necessitaria de reexame dos fatos e provas carreados para os autos, tarefa inadmissível no âmbito do recurso especial (Súmulas n. 5 e 7 do STJ).

III – Recurso especial não conhecido.

ACÓRDÃO

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

Brasília-DF, 10 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: O Banco Bradesco S/A interpõe, com base no art. 105, III, letras a e c, da Constituição Federal, recurso especial contra acórdão prolatado pelo colendo 1^o Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo, nos autos de embargos à execução.

A Quinta Câmara Extraordinária “B” do 1^o TACIVSP, por unanimidade, deu provimento à apelação interposta pela Recorrida, para julgar nula execução de contrato de compra e venda e mútuo, com garantia hipotecária, em virtude da iliquidez do título, porque não se comprovou, com a inicial, a forma pela qual se apurou o saldo devedor.

A instituição bancária interpõe recurso especial, em que aponta contrariedade aos arts. 460, **caput**; 566, I; 585, III; 586 e 618, I, do CPC, além de argüir dissídio jurisprudencial.

Assere, primeiramente, que o aresto estadual, ao manifestar-se sobre a iliquidez do título, decidiu matéria não requerida pela parte contrária.

Aduz, também, que os critérios de cálculo do saldo devedor encontram-se no próprio título, sendo desnecessária a exigência.

A Recorrida apresentou contra-razões às fls. 102/107.

Contra decisão que não recebeu o recurso no Tribunal de origem, dei provimento no Ag n. 192.751 (apenso).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Aldir Passarinho Junior (Relator): Insurge-se o Recorrente, com base nas letras a e c do permissivo constitucional, contra acórdão prolatado pelo colendo 1^o Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo, que considerou nula execução de contrato de compra e venda mútuo, com garantia hipotecária, em virtude da iliquidez do título, porque não se comprovou, com a inicial, a forma pela qual se apurou o saldo devedor.

Inicialmente, registro que ao declarar extinto o processo por não reconhecer possibilidade de execução do contrato em questão, a douta Câmara julgadora não incorreu em julgamento **extra petita**. É que o sistema processual autoriza o órgão **ad quem** a pronunciar-se sobre as “questões de ordem pública”. Sendo a liquidez do título executivo extrajudicial condição para a ação executiva, conforme disciplina o art. 618, I, do CPC, pode e deve o Tribunal manifestar-se sobre sua higidez, independentemente de pedido do Recorrente, com arrimo no art. 267, IV a VI, e § 3º, da lei instrumental civil, sem que se configure o julgamento **extra, ultra** ou **infra petita**.

Quanto à iliquidez do título executivo extrajudicial em questão, inadmissível o recurso em face do Verbete n. 7 do STJ. O acórdão estadual entendeu que a ação executiva era improsperável, pois desacompanhada dos demonstrativos do débito, não sendo possível aferir-se, pela análise do contrato, quais os critérios adotados para apuração do saldo devedor da dívida. É esta a conclusão que dessome-se do seguinte excerto (fl. 69):

“A própria sentença não afastou a possibilidade de se rever cláusula contratual, apenas ressaltou que a via instrumental dos embargos à execução é inadequada porque necessária uma provisão constitutiva negativa.

Apesar disso, a iliquidez é manifesta porque indemonstrada na inicial da execução a forma pela qual se chegou ao saldo devedor apontado pelo Banco, quais os percentuais adotados para os reajustamentos, se aplicados índices oficiais ou expurgados, enfim, não se demonstrou a razão pela qual o pretense saldo devedor seria aquele apontado e não outro. Esse encargo processual é do exeqüente, até para poder propiciar apresentação de defesa. Desprovido o título de liquidez, a execução é nula.”

Dessa forma, impossível o exame da matéria nesta Instância, com incidência igualmente das Súmulas n. 5 e 7 do STJ.

Ante o exposto, não conheço do recurso.

Custas recursais pelo Recorrido.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 276.702 – SP

(Registro n. 2000.0091467-3)

Relator: Ministro Aldir Passarinho Junior
Recorrente: Ministério Público do Estado de São Paulo
Recorrida: Sociedade de Fomento Comercial Tradecash Ltda
Advogados: Marco Aurélio de Freitas Affonso e outros

EMENTA: Processual Civil – Competência – Direito do Consumidor – Contrato de adesão – Cláusula de eleição – Nulidade afastada com base nos fatos – Reexame – Impossibilidade.

I – Ainda que reconhecida nas instâncias ordinárias a relação de consumo estabelecida entre entidade financeira e adquirente de veículo alienado fiduciariamente, o fato de o Tribunal de origem dirimir o conflito de competência sob o argumento de que o foro de eleição não cerceia o direito de defesa do réu em face da proximidade geográfica, resta vedada a esta Corte a investigação sobre pretensa nulidade de cláusula de eleição, em face da Súmula n. 7 do STJ.

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.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Aldir Passarinho Junior: Tratam os autos de ação de busca e apreensão de bem alienado fiduciariamente ajuizada pela Sociedade de Fomento Comercial Tradecash Ltda em face de Fábio Rios Galvani.

A Câmara Especial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo julgou procedente conflito de competência estabelecido entre juízos das Comarcas de Guarulhos-SP e São Paulo-SP, e determinou a remessa dos autos ao Juízo de Direito da 7ª Vara Cível de Guarulhos-SP. Considerou que, haja vista a integridade da cláusula contratual instituidora de foro de eleição em contrato de adesão, que em nada prejudica o direito de defesa do Réu, indevida a declinação de ofício da competência em favor do foro de domicílio do Réu, no caso, o juízo-suscitante.

Inconformado, o Ministério Público Estadual interpôs recurso especial pelas letras **a** e **c** do inciso III do art. 105 da Carta da República, em que aponta negativa de vigência ao art. 94 do Código Civil e art. 51 da Lei n. 8.078/1990, além de divergência jurisprudencial entre o acórdão recorrido e paradigmas citados.

Assevera que, reconhecida a abusividade da cláusula no foro de eleição, legítima a declinação da competência de ofício.

Sem contra-razões (cf. certidão de fl. 78).

Juízo prévio de admissibilidade do especial no Tribunal de origem às fls. 80/84.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Aldir Passarinho Junior (Relator): Insurge-se o Recorrente, com base nas letras **a** e **c** do permissivo constitucional, contra acórdão prolatado pelo colendo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que entendeu competir ao foro de eleição o processamento e julgamento de ação de busca e apreensão de bem alienado fiduciariamente, haja vista a inexistência de nulidade de cláusula contratual instituidora de foro em contrato de adesão, que em nada prejudica o acesso à Justiça do Recorrido.

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

O aresto estadual restou assim ementado (fl. 41):

“Competência. Conflito. Ação de busca e apreensão com reserva de domínio. Foro de eleição: São Paulo. Réu domiciliado em Guarulhos. Circunstâncias a revelarem ausência de prejuízo ao princípio da ampla defesa. Incompetência relativa. Impossibilidade de sua declaração de ofício. Conflito precedente. Competência do juízo-suscitado.”

Registro, inicialmente, que não está mais em discussão se se trata ou não de relação de consumo, eis que a matéria resta preclusa, definida que já foi sem insurgência da Recorrida, na instância ordinária, que o contrato de alienação fiduciária se insere nos casos da Lei n. 8.978/1990.

A questão, agora, refere-se à possibilidade do juízo de o foro de eleição declinar de ofício da competência para processar e julgar ação fundada em descumprimento de contrato de consórcio garantido por bem alienado fiduciariamente, em favor do juízo do foro de domicílio do Réu.

De regra, a competência territorial não pode ser declinada de ofício pelo órgão judicante, mas apenas sob argüição da parte interessada através de exceção de incompetência, na dicção do art. 112 da lei instrumental civil.

Todavia, o STJ assentou que a competência, na espécie, é absoluta, podendo, assim, o juízo defini-la **ex officio**, em favor do domicílio do Réu:

“Competência. Código de Defesa do Consumidor. Cláusula de eleição de foro. Contrato de adesão.

Cláusula de eleição de foro, em contrato de adesão, de que resulta dificuldade para a defesa do réu. Tratando-se de ação derivada de relação de consumo, em que deve ser facilitada a defesa do direito do consumidor (art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor), impende considerar como absoluta a competência do foro do domicílio do réu, não se exigindo, pois, exceção de incompetência. Conflito conhecido.” (Segunda Seção, CC n. 17.735-CE, Rel. p/ acórdão Ministro Costa Leite, por maioria, DJU de 16.11.1998).

.....
“Alienação fiduciária. Busca e apreensão. Foro de eleição.

Hipótese em que a eleição de foro diverso daquele em que domiciliado o devedor acarreta-lhe notáveis dificuldades para o exercício de sua defesa. Ação que se inicia com a apreensão do bem e em que exíguo o prazo de defesa.

Nulidade da cláusula de eleição e reconhecimento de que, tendo em vista o disposto no Código de Defesa do Consumidor (artigos 1º e 6º, VIII), possível o reconhecimento, de ofício, da incompetência. Inaplicabilidade da Súmula n. 33.” (Terceira Turma, REsp n. 159.931-SP, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, por maioria, DJU de 7.6.1999).

.....
“Competência. Foro de eleição. Contrato de adesão. CDC. Consórcio. Bem alienado fiduciariamente. Ação de busca e apreensão.

– Pode o juiz declinar, de ofício, da sua competência para processar ação de busca e apreensão de bem alienado fiduciariamente, quando a propositura da ação no foro de eleição, na sede da empresa, dificultará sobremaneira a defesa do consorciado em juízo. Nova orientação da Segunda Seção.

– Recurso não conhecido.” (Quarta Turma, REsp n. 169.169-SP, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, unânime, DJU de 8.9.1998).

Todavia, **in casu**, o Tribunal **a quo** afastou as alegações do juízo-suscitante de Guarulhos-SP, foro do domicílio do réu, por entender que não configuraria o foro de eleição da capital empecilho para o direito de defesa do Réu, em face da proximidade entre as comarcas. Dessa forma, para reformar tal argumento, esta Corte seria levada a reexaminar as questões de fato da causa, o que encontra óbice no verbete n. 7 da Súmula do STJ. Nesse sentido:

“Processual Civil. Contrato de adesão. Foro de eleição. Código de Defesa do Consumidor. Recurso especial. Matéria fática. Impossibilidade de reexame. Prequestionamento. Ausência. Enunciado n. 211, Súmula-STJ. Fundamentação. Decisão. Suficiência. Recurso desacolhido.

I – A cláusula de eleição de foro inserida em contrato de adesão é, em princípio, válida e eficaz, salvo: a) se, no momento da celebração, a parte aderente não dispunha de inteligência suficiente para compreender o sentido e as conseqüências da estipulação contratual; b) se da prevalência de tal estipulação resultar inviabilidade ou especial dificuldade de acesso ao Judiciário; c) se se tratar de contrato de obrigatoria adesão, assim entendido o que tenha por objeto produto ou serviço fornecido com exclusividade por determinada empresa.

II – A Segunda Seção deste Tribunal, na sessão de 13 de maio deste ano, houve por bem definir a competência, em se tratando de contratos de adesão, sob a disciplina do Código do Consumidor, como absoluta, a autorizar, conseqüentemente, o pronunciamento de ofício do juiz perante o qual ajuizada a causa em 1ª grau (neste sentido, os CCs n. 17.735-CE e 20.826-RS).

III – Não se pode, em sede de recurso especial, afastar as conclusões a que chegou o acórdão recorrido a respeito da dificuldade para a defesa decorrente de eleição de foro se, para tanto, se arrimou a instância de origem em fatos cuja ocorrência é vedado reexaminar no apelo especial (Súmula-STJ, verbete n. 7).

IV – Como já decidido nesta Corte, tem-se por prequestionada determinada matéria, a ensejar o acesso à instância especial, quando a mesma é debatida e efetivamente decidida pelas instâncias ordinárias, sendo de salientar-se que a simples interposição de embargos declaratórios não supre o requisito do prequestionamento, consoante preconiza o enunciado n. 211 da Súmula-STJ.

V – Não é nula a decisão que examina suficientemente toda a controvérsia, externando seu ponto de vista, citando inclusive jurisprudência para embasar a decisão, sendo certo não ser nula a decisão somente porque decidiu contrariamente aos interesses da parte.” (Quarta Turma, REsp n. 182.258-RS, Rel. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, unânime, DJU de 18.12.1998).

Ante o exposto, não conheço do recurso.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 325.187 – SE

(Registro n. 2001.0067000-5)

Relator: Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira
Recorrente: Sul América Companhia Nacional de Seguros
Advogados: Abelardo Ribeiro dos Santos Filho e outros
Recorrido: Júlio Cardeal dos Santos
Advogados: Manoel Ferreira Machado e outro

EMENTA: Processo Civil – Decisão monocrática de Relator em 2º grau – Recurso especial que se dirige contra esse pronunciamento judicial – Descabimento – Decisão de última instância – Inexistência – Art. 105, III, Constituição – Precedente prestigiado em parte – Recurso não conhecido.

I – Em face do comando constitucional, segundo o qual o recurso especial é admissível contra “causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios” não há como conhecer de apelo interposto contra decisão monocrática do relator que apreciou a questão jurídica em 2º grau autorizado pela Lei n. 9.756/1998.

II – Decisões monocráticas de relatores são indubitavelmente decisões do respectivo tribunal. Mas se sujeitam ao agravo interno.

III – O recurso especial é de interposição restrita, em obediência, sobretudo, à Constituição. Nos termos da orientação do Tribunal, regra constitucional é taxativa, exaustiva, “não podendo ser modificada por lei ordinária ou exegese ampliativa ou restritiva”.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do recurso. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Barros Monteiro, 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 8.10.2001.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira: O Tribunal de Justiça de Sergipe, ao negar provimento à apelação da ora recorrente, lançou acórdão com esta ementa:

“Cautelar de exibição de documento. Preliminares rejeitadas. Mérito. Documento exibido. Obrigação da empresa. Honorários. Arbitramento com base no § 4º do art. 20 do CPC. Mantido. Apelo improvido. Unânime.

– Indemonstrados os motivos e fundamentos que embasam, rejeitam-se as preliminares de nulidade do processo.

– Tratando-se de empresa do ramo de seguros, e sendo óbvio que a mesma detém o documento exigido, mantém-se a decisão que julga procedente a cautelar de exibição de documento.

– Verificando-se haver os honorários sido arbitrados com prudência de moderação, o fazendo o magistrado com base no § 4º do art. 20 do CPC, devem ser mantidos.

– Apelo improvido.

– Unânime.”

Publicado o acórdão em 28.4.1999, e não havendo recurso, baixaram os autos. Em 15.7.1999, a Apelante manifestou embargos de declaração, sustentando, em preliminar, a tempestividade do recurso.

Em decisão monocrática, os declaratórios tiveram seu seguimento negado, consoante esta decisão:

“É defeso à parte alegar nulidade a que deu causa.

Para justificar a tempestividade dos seus embargos de fls. 65/73, aduz o interponente que da publicação do acórdão embargado no Diário da Justiça não constou o nome do seu advogado que havia, desde 5 de novembro de 1998, assumido o patrocínio da causa e que havia requerido naquela petição que as intimações referentes ao presente feito fossem feitas em nome do seu novo causídico.

Acontece que a petição a que se referiu o Embargante foi dirigida ao juiz da causa originária quando o recurso apelatório já fazia mais de 9 (nove) meses que se encontrava no tribunal. Deveria ter dirigido a petição à 2ª instância para que fosse atendido seu pleito, ou seja, de que todas as intimações referentes ao processo fossem feitas em nome do seu novo advogado.

Com efeito, a escrivania competente para o recurso em testilha não poderia colocar no expediente de publicação outro nome, senão o do advogado anterior.

É bom lembrar, para que fique bem esclarecido, que o recurso de apelação foi interposto pelo ora embargante. Mais uma razão para que dirigisse aquela petição mencionada a este tribunal.

É evidente, diante do exposto, que a nulidade alegada foi provocada pela parte que ora suscita.

Intempestivos, então, os embargos de declaração de fls. 65/73.

Com fundamento no art. 557 do CPC, por manifestamente inadmissível, a ele nego seguimento.”

Opostos novos declaratórios, foram eles igualmente rejeitados, também por decisão monocrática, advindo, então, recurso especial, com alegação de violação aos arts. 155 e 236 do Código de Processo Civil e dissídio jurisprudencial, ao fundamento de ser indispensável que conste nas publicações o nome do advogado substabelecido que faz pedido expresso para isso. Aduz, de outro lado, que antes mesmo da interposição da apelação protocolou petição com tal objetivo.

Sem as contra-razões, foi o recurso inadmitido, subindo os autos a esta Corte em razão de provimento de agravo.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira (Relator): 1. Os embargos de declaração, como se viu, tiveram seu seguimento negado por decisão monocrática do Relator. Contra essa decisão, opôs a Embargante novos embargos de declaração, que também foram apreciados em decisão monocrática. Em seguida, foi interposto o recurso especial de que se trata, dirigido contra esses dois pronunciamentos judiciais.

2. A espécie reclama o exame, mesmo de ofício, de preliminar concernente ao exame de admissibilidade do recurso especial, decorrente de alteração proveniente da Lei n. 9.756/1998, que veio autorizar o julgamento monocrático, pelo relator, de recursos em 2ª grau.

Sabe-se que o julgamento por relator é considerado julgamento do respectivo tribunal. Nessa linha, se a lei autoriza tais julgamentos, melhor seria, talvez, que se possibilitasse a interposição do recurso especial diretamente contra essas decisões, prestigiando-se ainda a celeridade do processo e afastando-se um grau recursal.

Contra esse posicionamento, no entanto, está o comando constitucional, explícito em dizer que o apelo especial somente pode ocorrer contra decisões de tribunais em única ou última instância, não havendo como ampliar-se interpretativamente essa regra, que o legislador constitucional quis restritiva.

Este Tribunal, a propósito, **mutatis mutandis**, ao tratar de casos envolvendo competência constitucional, tem decidido no sentido de que a regra da constituição é taxativa, exaustiva, “não podendo ser modificada por lei ordinária ou exegese ampliativa ou restritiva” (dentre outros, o CC n. 1.361-PE, DJ de 6.5.1991, Rel. Ministro Athos Carneiro).

Em suma, descabe o apelo especial, na linha (com ressalvas da parte final do inciso II da sua ementa), do decidido no AgRg no Ag n. 177.954-RN (DJ de 8.3.2000), da Terceira Turma, assim ementado:

“Agravo de instrumento. Agravo regimental. Decisão monocrática de membro de Tribunal. Recurso especial. Inadmissão.

I – A decisão monocrática, ainda que proferida por membro de Tribunal, não se enquadra no permissivo constitucional do recurso especial.

II – A decisão desafiada não foi proferida em última instância nem foi prolatada por Tribunal.”

Em outras palavras, sem embargo de não comungar, com respeitosa vênia, de parte desse precedente, onde não se tem como de tribunal o julgamento monocrático, com ele me ponho acorde, entretanto, no respeitante ao pressuposto relativo à imprescindibilidade de cuidar-se de decisão proferida em *última* ou única instância, como determina o texto constitucional.

3. É de assinalar-se, de outro lado, por óbvio, que agraváveis internamente, para o respectivo órgão colegiado, tais decisões monocráticas autorizadas pela regra atual do art. 557, CPC.

4. À vista do exposto, *não conheço* do recurso.

RECURSO ESPECIAL N. 327.004 – RJ

(Registro n. 2001.0060745-4)

Relator: Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira

Recorrentes: José Darcy Dias e outros
Advogado: Cyro Corrêa de Lima
Recorrido: Banco do Brasil S/A
Advogados: George El Khouri e outros

EMENTA: Processual Civil – Recurso especial – Serventuário da Justiça do Trabalho – Advocacia – Incompatibilidade – Leis n. 4.215/1963 e 8.906/1994 – Exegese – Provimento n. 28/1966 do Conselho Federal da OAB – Ilegalidade – Exame pelo Poder Judiciário – Possibilidade – Fato superveniente – Art. 462, CPC – Aplicação na instância especial – Recurso prejudicado.

I – Tanto à luz do antigo (art. 84, VIII), como do novo Estatuto da OAB (art. 28, IV), o serventuário da Justiça do Trabalho não possui capacidade postulatória, por exercer função incompatível com a advocacia.

II – O Provimento n. 28/1966 não poderia dispor sobre as incompatibilidades previstas no art. 84 da Lei n. 4.215/1963, uma vez que o art. 18, VIII, d, deu competência ao Conselho Federal para disciplinar apenas “os casos de incompatibilidade e impedimento para o exercício da advocacia”, sobre os quais incidiam as regras genéricas dos arts. 82 e 83.

III – Irrelevante o fato de ter sido deferida a inscrição do profissional, não impedindo ao Judiciário decidir de modo contrário. Primeiro, em razão do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional. Segundo, porque o impedimento decorre de dispositivo legal. Terceiro, porque a questão envolve pressuposto processual, qual seja, a capacidade postulatória (art. 36, CPC), cabendo o exame inclusive de ofício. Quarto, porque o art. 117, XVIII, da Lei n. 8.112/1990 dispõe que “ao servidor público é proibido exercer quaisquer atividades que sejam incompatíveis com o exercício do cargo ou função e com o horário de trabalho”, sendo que, no caso, o servidor, conforme ofício do seu órgão empregador, tem carga horária de 40 horas semanais.

IV – Centrado o recurso na capacidade postulatória do advogado da parte, por ser serventuário da Justiça, e restando provado, ainda que posteriormente à interposição do recurso especial, que desapareceu a causa da incompatibilidade, em razão de o advogado não

mais exercer o cargo público, sem razão o julgamento do apelo, nos termos do art. 462, CPC.

V – A prestação jurisdicional há de compor a lide como esta se apresenta no momento da entrega, devendo ser tomado em consideração o fato superveniente, nos termos do art. 462, CPC, que se aplica também na instância especial.

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, dar por prejudicado o recurso especial. 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: No REsp n. 246.111-RJ, a controvérsia restou assim exposta:

“Nos autos de execução de título extrajudicial ajuizada pelo Recorrido, foi proferida decisão declarando a incompatibilidade de um dos advogados do Exeqüente, vedando-lhe a prática de qualquer ato processual, enquanto permanecer a incompatibilidade. Entendeu o Juiz que a incompatibilidade estaria presente nos termos do art. 28, IV, da Lei n. 8.906/1994 (Estatuto da Advocacia), por ser o referido advogado serventuário da Justiça, ocupante do cargo de analista judiciário do Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região.

Ao agravo, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, por maioria de votos, deu provimento, consoante acórdão assim ementado:

‘Agravo de instrumento. Ausência de incompatibilidade de causídico atuar no foro cível de servidor da Justiça do Trabalho,

face à manifestação da OAB, no sentido de não ser possível outra avaliação. Inscrição concedida na vigência da Lei n. 4.215/1963 e em consonância com os seus arts. 84, parágrafo único, e incisos I e II do art. 85 c.c. o Provimento n. 28, de 30.8.1966 do Conselho Federal da OAB. Provimento.’

Opostos embargos de declaração pelos Agravados, a Turma julgadora os rejeitou, tendo afirmado, no entanto, ser desnecessária, no caso, a intimação dos Agravados para resposta, como previsto no art. 527, III, CPC, por se tratar de questão unicamente de direito.

Adveio, assim, recurso especial dos devedores, argumentando com violação aos arts. 125, I; 234, 527, III, e 557, CPC, e 28, IV, da Lei n. 8.906/1994. Sustentam os Recorrentes, em primeiro lugar, nulidade no julgamento, em razão de não terem sido intimados para responder o agravo. Aduzem, ainda, ausência de regularidade formal no agravo, uma vez que subscrito por advogado sem procuração nos autos. Por fim, insiste com a referida incompatibilidade do advogado.

Em contra-razões, o Recorrido suscita preliminar de deserção do apelo especial.

Admitido o recurso, subiram os autos a esta Corte.”

O recurso especial foi provido, em razão da violação ao art. 527, III, CPC, restando cassado o acórdão impugnado, para que outro fosse proferido, após a intimação dos Agravados para resposta.

Baixados os autos, e apresentada resposta ao agravo, o processo foi novamente julgado, sendo proferido acórdão com as mesmas razões do anterior. Adveio, então, novo recurso especial, desta vez com a alegação de violação aos arts. 11, 28, IV; 86 e 87 da Lei n. 8.906/1994, e 13 e 36 do Código de Processo Civil, alegando os Recorrentes a incompatibilidade do advogado do Recorrido, além de irregularidade em sua representação processual.

Em contra-razões, além de defender a tese da compatibilidade de seu advogado para atuar no juízo cível, aponta o Recorrido a existência de fato novo, representado pelo desligamento de seu patrono do cargo público que exercia – Analista Judiciário do Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira (Relator): 1. A controvérsia dos autos diz respeito à incompatibilidade ou não do patrono da Recorrida. As demais questões suscitadas pelos Recorrentes – defeito na representação processual e irregularidade na substituição do procurador – não foram analisadas pela Turma julgadora, carecendo o recurso, assim, de pressuposto específico de cabimento, a saber, o prequestionamento (enunciado n. 282 da Súmula-STF).

2. Consoante decidido no REsp n. 91.766-DF (DJ de 18.12.1998), de minha relatoria, “conquanto a lei especial rotule como nulos os atos praticados no processo por advogados impedidos de advogar, a exegese dessa norma deve ser feita no contexto do sistema das nulidades disciplinadas pelo Código de Processo Civil, que se orienta no sentido de aproveitar ao máximo os atos processuais”. Assim “estando o advogado excluído dos quadros da OAB, na data em que praticou o substabelecimento, não se reputam nulos os atos por ele praticados sem ensejar antes à parte interessada a regularização da sua representação, suprimindo as omissões relativas à incapacidade postulatória, ficando sanados esses atos desde que ratificados atempadamente (art. 13, CPC)”.

Na espécie, o juiz da causa, não obstante tenha afirmado a incompatibilidade do advogado, declarou válidos todos os atos praticados, uma vez ratificados pelos novos patronos da causa. Assim, ainda atestada a ausência de capacidade postulatória do patrono da Ré, nenhum ato do processo virá a ser anulado, nos termos da orientação do tribunal, uma vez ratificados.

3. No caso, em 1ª instância o juiz da causa proferiu decisão reconhecendo a incompatibilidade para o exercício da advocacia do Dr. George El-Khouri (OAB-RJ 80.987), vedando-lhe a prática de qualquer ato processual, enquanto permanecesse a causa da incompatibilidade.

O Tribunal de Justiça, no entanto, modificou a decisão, entendendo que o ilustre advogado não estaria impedido de atuar na esfera cível, mas apenas junto à Justiça do Trabalho e contra entes públicos, nos termos do antigo Estatuto da OAB (Lei n. 4.215/1963), em conjunto com o Provimento n. 28/1966 do Conselho Federal da mesma OAB, aduzindo que não teria aplicação ao caso a Lei. n. 8.906/1994, por ter a inscrição do advogado sido deferida pela OAB anteriormente à vigência dessa lei.

4. Importante registrar que o acórdão impugnado expressamente afirmou que o advogado teve sua inscrição deferida em 17.6.1994, antes da Lei

n. 8.906/1994, que foi publicada em 4.7.1994. Ademais, a própria OAB afirma que a inscrição do advogado foi deferida à luz da Lei n. 4.215/1963 (antigo Estatuto).

Na Lei n. 4.215/1963, as incompatibilidades e impedimentos foram tratadas no Capítulo III. Relativamente à controvérsia dos autos, dispunha o seu art. 84, VIII:

“Art. 84. A advocacia é incompatível, mesmo em causa própria, com as seguintes atividades, funções e cargos:

VIII – tabeliães, escrivães, escreventes, oficiais dos registros públicos e quaisquer funcionários e serventuários da Justiça.”

Não obstante a clareza do dispositivo, o Conselho Federal da OAB, com arrimo no art. 18, VIII, **d**, da Lei n. 4.215/1963, editou o Provimento n. 28, de 30 de agosto de 1966 (“Dispõe sobre a incompatibilidade e impedimentos e regulamenta o art. 86 do Estatuto”), segundo o qual “a proibição constante do art. 84, inciso VIII, relativa a tabeliães, escrivães, escreventes, oficiais dos registros públicos e quaisquer funcionários e serventuário da Justiça deve entender-se, pelo próprio enunciado desse texto, como pelas ressalvas do parágrafo único do mesmo art. 84 e dos incisos I e II do art. 85, como alusiva tão-somente à Justiça Comum, excluindo-se da incompatibilidade quaisquer funcionários e serventuários da Justiça Eleitoral ou da Justiça Trabalhista, que são impedidos de advogar apenas e respectivamente em matéria eleitoral e em matéria trabalhista, bem como contra as pessoas de direito público em geral (art. 85, inciso VI)”.

Esse provimento, **data venia**, não poderia dispor sobre o assunto.

O mencionado art. 18, VIII, **d**, deu competência ao Conselho Federal para disciplinar “os casos de incompatibilidade e impedimento para o exercício da advocacia, sobre os quais incidam as regras genéricas dos arts. 82 e 93”. O caso dos autos, no entanto, foi tratado no art. 84 do Estatuto. Além disso, esse mesmo art. 84 não traz conteúdo genérico, ao contrário, ele é claro em sua disposição (inclusive tinha em sua redação a palavra “quaisquer”).

Assim, pela legislação anterior, o serventuário da Justiça do Trabalho não possuía capacidade postulatória, por exercer função incompatível com a advocacia.

Na lei nova, o tema é ainda mais incisivo, como se vê do art. 28, IV, da Lei n. 8.906/1994, assim redigido:

“Art. 28. A advocacia é incompatível, mesmo em causa própria, com as seguintes atividades:

IV – ocupantes de cargos ou funções vinculadas direta ou indiretamente a qualquer órgão do Poder Judiciário e os que exercem serviços notariais e de registro.”

Destarte, as alegações do Recorrido de direito adquirido restaram prejudicadas, uma vez que não há que se falar em direito adquirido quando esse direito não existe.

5. Por fim, tenho que o fato de a OAB ter deferido a inscrição do advogado é irrelevante, não impedindo que o Judiciário decida de modo contrário. Primeiro, em razão do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional. Segundo, porque o impedimento decorre de norma legal expressa. Terceiro, porque a questão envolve pressuposto processual, qual seja, a capacidade postulatória (art. 36, CPC), cabendo o seu exame inclusive de ofício. Quarto, porque o art. 117, XVIII, da Lei n. 8.112/1990, dispõe que “ao servidor público é proibido exercer quaisquer atividades que sejam incompatíveis com o exercício do cargo ou função e com o horário de trabalho”, sendo que, no caso, o servidor, conforme ofício do seu órgão empregador, tem carga horária de 40 horas semanais.

Em conclusão, o advogado do Recorrido não possuía capacidade postulatória, por exercer função incompatível com o exercício da advocacia.

6. Em contra-razões, no entanto, o Recorrido alegou e provou o desligamento de seu procurador do quadro de pessoal do Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região.

Esse fato deve ser tomado em consideração, como fato superveniente, nos termos do art. 462 do Código de Processo Civil, que dispõe:

“Art. 462. Se, depois da propositura da ação, algum fato constitutivo, modificativo ou extintivo do direito influir no julgamento da lide, caberá ao juiz tomá-lo em consideração, de ofício ou a requerimento da parte, no momento de proferir a sentença.”

E, conforme se consignou na ementa do REsp n. 36.306-SP (DJ de 19.5.1997), “aplica-se o art. 462 do CPC também na instância especial”. Nesse mesmo sentido, os REsp n. 19.593-MG (DJ de 22.6.1992) e 12.673-RS

(DJ de 21.9.1992), da minha relatoria, assim ementados, no ponto, respectivamente:

“A regra do **jus superveniens** dirige-se também ao juízo de 2º grau, uma vez que a tutela jurisdicional há de compor a lide como esta se apresenta no momento da decisão.”

“É da melhor doutrina, nacional e estrangeira, que a prestação jurisdicional há de compor a lide como a mesma se apresenta no momento da sua entrega, regra essa que não se limita ao 1º grau.”

Assim, uma vez centrada a controvérsia na capacidade postulatória do advogado do Recorrido, e considerando o desaparecimento superveniente da causa da incompatibilidade, não há razão para o acolhimento do recurso especial, por ausência de requisito intrínseco de admissibilidade (a propósito, **Barbosa Moreira**, Comentários..., 7ª ed., Forense, n. 145, p. 260).

7. À luz do exposto, e nos termos do art. 462, CPC, *julgo prejudicado* o recurso.

