



Jurisprudência da Quarta Turma

HABEAS CORPUS N. 32.070-SP (2003/0216608-8)

Relator: Ministro Barros Monteiro

Impetrantes: Pedro Naves e outro

Impetrada: Oitava Câmara do Primeiro Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo

Pacientes: Umberto Colognori e Alessandro Colognori

EMENTA

Habeas corpus. Prisão civil. Depositário infiel. Penhora incidente sobre o faturamento de empresas. Falta de aceitação expressa do encargo, assim como da nomeação de um administrador.

— Sem que tenha assumido expressamente o encargo de depositário, não é cabível a prisão civil do sócio da empresa executada.

— Admite-se que a penhora recaia sobre o faturamento mensal da empresa executada em casos excepcionais, desde que ocorra a nomeação de administrador e a apresentação do plano de pagamento.

Habeas corpus concedido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conceder a ordem de **habeas corpus**, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator, na forma do relatório e notas taquigráficas precedentes que integram o presente julgado. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Cesar Asfor Rocha, Fernando Gonçalves e Aldir Passarinho Junior.

Brasília (DF), 18 de maio de 2004 (data do julgamento).

Ministro Barros Monteiro, Relator

DJ 30.08.2004

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Barros Monteiro: Os Advogados Pedro Naves e Daniel Roller impetraram **habeas corpus**, substitutivo de recurso ordinário, em favor de Umberto Colognori e Alessandro Colognori, sob a alegação de que os pacientes tiveram

decretada a prisão civil na condição de depositários infieis pelo MM. Juízo da 6ª Vara Cível da Comarca de Sorocaba, uma vez que, efetivada a penhora sobre 20% do faturamento da empresa “Borcol Indústria de Borracha Ltda”, da qual são sócios, nos autos da execução movida por Domingos Orefice, não comprovaram eles o depósito em Juízo da quantia devida.

A Oitava Câmara do Primeiro Tribunal de Alçada Civil de São Paulo denegou as ordens ali impetradas em um só acórdão, assim ementado:

“**Habeas corpus** — Prisão Civil — Ação de execução por título extrajudicial — Penhora incidente sobre faturamento da empresa executada — Decretação da prisão civil dos seus diretores pelo não-recolhimento do valor devido — Posterior oposição de exceção de suspeição a qual restou rejeitada — Decisão de caráter definitivo que enseja o prosseguimento da demanda — Eventual ilegalidade ou abuso de poder não caracterizados — Ordens dene-gadas.” (Fl. 253)

Sustentam os impetrantes ser ilegal o decreto de prisão, porque: a) os pacientes não assinaram o auto de penhora, tampouco prestaram o compromisso como depositários fiéis; b) ausente a nomeação de um administrador, na forma do disposto no art. 677 do CPC.

A liminar foi concedida pelo eminente Ministro Fernando Gonçalves, nestes termos:

“Dois em essência os fundamentos da impetração: a) ausência do encargo de depositário, porquanto não subscrito pelos pacientes o auto de penhora e depósito (fl. 156). O **munus** recaiu sobre outra pessoa; b) falta de observância das normas processuais próprias acerca da penhora em dinheiro, incidente sobre o faturamento da empresa.

O v. acórdão, fundado no julgamento do Ag n. 1.117.403-3 e do Ag n. 1.141.787-1, denega a ordem porque não depositado o valor devido (20% sobre o faturamento da empresa).

Neste contexto, sem adentrar ao mérito da questão da legalidade da penhora de 20% (vinte por cento) do faturamento da empresa, dado que o Tribunal, na apreciação do ponto, considera legítima a constrição, resta, no entanto, o problema relativo ao ônus de depositário, não assumido pelos pacientes, citados por hora certa — fls. 157/158 e 158v.

Assim sendo, merece deferimento o pedido de liminar, assegurando-lhes o exercício do direito de locomoção até ulterior deliberação do Superior Tribunal de Justiça.

Após as providências de praxe, ouvir o Ministério Público Federal, pois já devidamente instruído o *writ*.” (Fls. 262)

Parecer da Subprocuradoria Geral da República pela concessão da ordem.
É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Barros Monteiro (Relator): 1. Os pacientes não assumiram expressamente o compromisso de depositários, conforme se deduz do auto de penhora (fl. 156), inclusive porque foram citados com hora certa (fls. 157 e v.).

A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de considerar incabível a prisão civil por infidelidade do depositário, quando não tiver ele assumido de modo explícito o encargo.

A propósito, confirmam-se os seguintes julgados:

“**Habeas corpus**. Execução. Penhora. Bem móvel. Depósito judicial. Não-configuração. Ausência de aceitação expressa do encargo. Prisão decretada. Constrangimento ilegal. Ordem concedida.

I - O decreto de prisão no âmbito de ação cautelar do depositário judicial infiel é legítimo, porém desde que assumido expressamente o compromisso, situação esta não configurada na hipótese.

II - Precedentes do STJ.

III - Ordem concedida.” (HC n. 28.030-SP, Relator Ministro Aldir Passarinho Junior).

“**Habeas corpus**. Prisão Civil. Depositário judicial. Recusa da nomeação.

I - Não pode o paciente, contra a sua vontade, ser obrigado a aceitar o encargo de depositário judicial. Precedentes.

II - Sem que tenha assumido expressamente o compromisso, não é cabível a prisão civil como depositário infiel. Precedentes.

III - Ordem de **habeas corpus** concedida.” (HC n. 28.152-MS, Relator Ministro Antônio de Pádua Ribeiro).

“**Habeas corpus**. Ação de seqüestro. Bem fungível. Depósito judicial. Não-configuração. Ausência de aceitação expressa do encargo. Prisão decretada. Constrangimento ilegal. Ordem concedida.

I - O decreto de prisão no âmbito de ação executiva do depositário infiel é legítimo, porém desde que assumido expressamente o compromisso, situação esta não configurada na hipótese.

II - Precedentes do STJ.

III - Ordem concedida.” (HC n. 25.128-RS, Relator Ministro Aldir Passarinho Júnior).

2. Não fora isso, o Juízo da execução realmente deixou de observar o estatuído no art. 677 do Código de Processo Civil, que impõe a nomeação de um administrador com o dever de apresentar em dez dias a forma de administração.

A Segunda Turma desta Casa, a respeito do tema, assentou:

“**Habeas corpus** — Prisão civil — ICMS — Imposição de encargo de depósito judicial — Inviabilidade — Penhora — Percentual do faturamento da empresa executada — Inobservância das formalidades legais — Art. 678 do CPC — Majoração de alíquota — Inconstitucionalidade — STF — Ilegalidade da constrição — Precedentes.

— O sócio da empresa devedora não está obrigado a aceitar o encargo de depósito judicial.

— Este Tribunal admite a penhora do faturamento mensal da empresa executada em casos excepcionais, desde que ocorra a nomeação de administrador e a apresentação da forma de administração e do esquema de pagamento.

— Desrespeitadas as formalidades legais, inexistente depositário, por isso não há que se falar em prisão civil.

— Inexistente a obrigação do contribuinte de pagar o ICMS com alíquota de 18%, visto que o Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucional dispositivo de Lei Estadual que majorou o referido tributo.

— Ordem concedida.” (HC n. 31.733-SP, Relator Ministro Peçanha Martins).

Na mesma linha: RHC n. 11.901-SP, Relator Ministro Peçanha Martins; RHC n. 10.170-SP, Relatora Ministra Eliana Calmon; REsp n. 254.919-SP, Relatora Ministra Laurita Vaz; REsp n. 286.326-RJ, Relator Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira), dentre inúmeros outros precedentes.

Em suma, a par da nomeação de um administrador, era preciso que apresentasse ele um plano de pagamento da dívida em face da constrição incidente sobre o faturamento da empresa, requisitos estes não preenchidos na espécie dos autos.

3. Isso posto e nos termos do parecer do Ministério Público Federal, concedo a ordem, a fim de revogar o decreto de prisão civil dos pacientes, determinando que se proceda às comunicações de estilo.

É o meu voto.

RECURSO ESPECIAL N. 37.676-SP (1993/0022168-0)

Relator: Ministro Aldir Passarinho Junior

Recorrente: Tommaso Natale

Advogado: Denis Ramasini

Recorrente: Walter Baxter Empreendimentos Imobiliários Ltda

Recorrido: Walter Baxter Empreendimentos Imobiliários Ltda

Advogados: Alcides Moiola e outro

Recorrido: Isaias André de Souza

Advogado: Denis Ramazini

EMENTA

Civil e Processual. Construção por regime de administração. Ação de rescisão de compromisso de compra e venda de imóvel, cumulada com perdas e danos e devolução de prestações pagas. Julgamento de procedência parcial em relação ao 1º autor. Improcedência quanto ao 2º, por ter integrado a comissão de representantes do condomínio, que aprovou as contas apresentadas pela construtora. Recursos especiais da ré e do 1º autor. Responsabilidade da empresa pelo descumprimento de normas legais que lhe cabiam cumprir, com exclusividade. Rescisão procedente. Perdas e danos não provados. Recurso especial. Matéria de fato. Reexame. Impossibilidade. Súmula n. 07-STJ. Rescisão estendida ao 2º autor. Atribuições perante a comissão que não se confundem com seus direitos como promitente comprador e condômino.

I. Procede o pedido de rescisão de compromisso de compra e venda, com a restituição, pela ré, das parcelas pagas, quando demonstrado que a construtora infringiu diversas normas legais atinentes à obra por regime de administração, que eram de sua exclusiva competência observar.

II. “A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial” — Súmula n. 7-STJ.

III. Rescisão que se estende ao 2º autor, também condômino, porque, embora integrante da Comissão de Representantes que aprovou as contas prestadas, seus direitos como condômino em face do inadimplemento da construtora não se confundem com a atuação do órgão, pela qual respondem seus integrantes perante os demais condôminos, se provada, em ação própria, omissão, negligência, desídia, dolo ou culpa no múnus que lhes foi atribuído pelos participantes do empreendimento.

IV. Recurso especial da ré não conhecido. Conhecido em parte e provido o do 2^a autor.

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 de Walter Baxter Empreendimentos Imobiliários Ltda e conhecer em parte e, nessa extensão, dar provimento ao de Tommaso Natale, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Participaram do julgamento os Srs. Ministros Jorge Scartezzini, Barros Monteiro, Cesar Asfor Rocha e Fernando Gonçalves. Custas, como de lei.

Brasília (DF), 17 de março de 2005 (data do julgamento).

Ministro Aldir Passarinho Junior, Relator

DJ 23.05.2005

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Aldir Passarinho Junior: Início por adotar o relatório da sentença de 1^a instância, **verbis** (fls. 829/830):

“1. Isaías André de Souza e Tommaso Natale propuseram ação de rescisão contratual cumulada com perdas e danos e restituição de importâncias pagas contra Walter Baxter Empreendimentos Imobiliários Ltda e seus sócios Walter Baxter e Maria do Carmo Castelo Baxter, alegando que, na condição de compromissários compradores de fração ideal de terreno, com contrato de construção, estão sofrendo prejuízos em razão do inadimplemento, por parte dos compromissários vendedores, ora requeridos, de cláusulas contratuais relativas à administração e ao prazo de entrega da obra. Requerem a rescisão dos contratos, a devolução das importâncias desembolsadas acrescidas de juros e correção monetária, a condenação ao pagamento das perdas e danos consistente na diferença entre o preço contratado e o valor estimado do imóvel, se concluído, além da condenação nas verbas decorrentes da sucumbência.

2. Dando-se por citados, os requeridos contestaram o feito, arguindo preliminares de ilegitimidade **ad causam** ativa e passiva e impossibilidade jurídica do pedido. No mérito, aduziram que vêm cumprindo todas as obrigações contratuais, exceto algumas cláusulas, cuja inobservância justificaram,

atribuindo o inadimplemento, ora aos próprios condôminos, que atrasaram ou inadimpliram suas parcelas, ora à Assembléia Geral de Condôminos, que autorizou dilações de prazo de entrega da obra e sensíveis diminuições nas prestações devidas e, finalmente, às intempéries, representadas pelas intermitentes chuvas que assolaram a Cidade em 1987. Pleitearam a extinção do processo fundada em carência de ação e, no mérito, a improcedência do pedido, com as conseqüências de estilo.

3. Em réplica, os requerentes refutam os argumentos expostos em contestação, e reiteram o pedido, atribuindo o inadimplemento à culpa exclusiva dos requeridos.

4. Saneado o processo, foram rejeitadas fundamentadamente as preliminares, e deferida produção de prova pericial, facultada indicação de assistentes técnicos e formulação de quesitos.

5. Foram anexados aos autos os laudos pericial (fls. 261/446) e contábil (fls. 478 a 704). O laudo do assistente técnico dos requeridos foi juntado à fls. 456/463.

6. Em audiência, foram tomados os depoimentos do perito contador e de uma testemunha dos autores.

7. Encerrada a instrução, vieram aos autos as alegações finais, por memoriais”.

A ação foi julgada improcedente pela. MM^a. Juíza de Direito da 5^a Vara Cível da Comarca de Osasco, São Paulo. Interposta apelação pelos autores, a ela foi dado parcial provimento pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, nesses termos (fls. 869/870):

“III. Por todo o exposto, acordam em dar provimento parcial à apelação, para o fim de, julgada procedente em parte a demanda, declarar rescindido, por culpa da ré, o contrato celebrado entre ela e o co-autor Isaías André de Souza, condenando os réus, solidariamente, a restituir ao mencionado promovedor as importâncias por ele pagas com fulcro no contrato ora rescindido, corrigidas monetariamente desde o respectivo desembolso. Quanto às custas e à honorária advocatícia, proceder-se-á como acima assinalado”.

Opostos embargos declaratórios pela ré (fls. 872/873) e pelos autores (fls. 875/878), foram ambos rejeitados às fls. 881/883.

Inconformado, o segundo autor, Tommaso Natale, interpõe, pela letra **a** do autorizador constitucional, recurso especial (fls. 885/889), alegando, em síntese, que o reconhecimento feito ao co-autor Isaías, do direito à rescisão de seu contrato

com a construtora, deveria se estender a ele, porquanto a simples circunstância de participar da Comissão de Representantes, que chancelou e aprovou as contas irregulares da empresa-ré, não pode constituir motivo justo para a rejeição do seu pedido.

Aduz que ficou reconhecido pelo acórdão que a empresa-ré não mantinha escrituração contábil regular e fundamentava suas contas em documentos inábeis, além de não abrir conta corrente em nome do condomínio, desatendendo às regras do art. 58, incisos I e II, da Lei n. 4.591/1964; que foi também provado que a incorporadora não mantinha escrituração, de modo que os membros da Comissão de Representantes foram induzidos a erro; que o que existia era um simples “visto” da Comissão e não sua aprovação. Salieta que a Comissão não poderia insurgir-se contra as atividades ilegais da construtora, pelas dificuldades já apontadas, negada, pois, vigência às aludidas normas federais.

Diz, mais, que a construtora também descumpriu os arts. 43 e 63 da Lei n. 4.591/1964, não apresentando relatórios semestrais da obra, e nem tomou providências contra os inadimplentes, fatos que não guardam relação com a participação do recorrente na Comissão de Representantes, e por si só capazes de justificar a rescisão do contrato.

Igualmente irresignada, a ré, Walter Baxter Empreendimentos Imobiliários Ltda, interpõe recurso especial pela mesma letra **a**, alegando que a atribuição de responsabilidade à construtora pelo aresto objurgado afrontou o art. 50 e seus §§ 1º e 2º, da Lei n. 4.591/1964, que lhe reconhece soberania no andamento da obra, com poderes gerais de deliberação sobre a mesma, de modo que ela não é mera figura decorativa, inclusive somente podendo ser descumprida decisão da Comissão após regular assembléia dos condôminos.

Contra-razões ao primeiro especial pela empresa ré, pugnando pela manutenção do acórdão no ponto em que não acolheu o pedido do 2º autor, porque participante da Comissão de Representantes que acolheu as contas apresentadas.

Contra-razões do 1º autor, Isaías André de Souza, pedindo a confirmação do **decisum**.

O 2º autor, recorrente e recorrido, Tommaso Natale, não apresentou contra-razões.

Os recursos especiais do 2º autor e da ré foram admitidos na instância de origem pelo despacho presidencial de fls. 905/907.

A douta Subprocuradoria Geral da República, pelo Dr. Henrique Fagundes, manifestou-se pelo não-conhecimento de ambos os recursos (fls. 917/927).

O processo foi sucessivamente distribuído ao eminente Ministro Fontes de Alencar e a este Relator.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Aldir Passarinho Junior (Relator): Trata-se de ação de rescisão contratual, cumulada com perdas e danos e pedido de restituição das importâncias pagas movida por Isaías André de Souza e Tommaso Natale, relativamente à construção e aquisição de duas frações ideais de terreno situado na Av. dos Autonomistas, em Osasco, São Paulo, avença que teria sido inadimplida pela construtora ré, Walter Baxter Empreendimentos Imobiliários Ltda, encarregada da edificação e incorporação do edifício, além de titular do imóvel.

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo julgou a ação procedente em relação ao 1º autor, Isaías, e improcedente quanto ao 2º autor, Tommaso Natale, segundo o voto condutor do acórdão, de relatoria do eminente Desembargador Aroldo Viotti, **litteris** (fls. 861/870):

“II - Os autores imputaram à ré, que, nos contratos com eles celebrados, figurou, a um tempo, na qualidade de incorporadora, construtora e alienante da fração de terreno, diversos fatos que induziriam ao culposo inadimplemento contratual.

III - 1. Por primeiro, atribuíram-lhe a omissão básica consistente em não levar a registro o memorial de incorporação antes de pôr à venda as frações ideais vinculadas à construção das unidades.

Não há nenhuma dúvida de que a requerida Walter Baxter Empreendimentos Imobiliários descumpriu vistosamente os dispositivos de ordem pública a esse respeito constantes da Lei n. 4.591, de 1964, em especial seu art. 32. Essa circunstância, por si só e considerada isoladamente, não parece bastante ao decreto de rescisão do contrato. Em primeiro lugar, porque a incorporação veio a ser registrada em fevereiro de 1988 (fl. 94), datando os contratos celebrados com os autores de maio de 1987, e as propostas de reserva de setembro de 1986. Em segundo lugar, porque o que ora se pleiteia é a rescisão do contrato, o que supõe sua validade, ao contrário do que aconteceria caso se buscasse a desconstituição do ajuste por vício nele mesmo radicado, tal a venda efetuada ao arrepio da norma de ordem pública.

A omissão da ré, contudo, não é e nem pode ser isenta de conseqüências, como adiante se verá.

II - 2. Os contratos celebrados entre as partes prevêem construção contratada sob o regime de administração, comumente conhecido como 'a preço de custo' (arts. 58 e ss. da Lei n. 4.591/1964).

O descumprimento do que fora pactuado (cláusula oitava do contrato — fl. 19) quanto ao prazo para entrega da obra é patente, mas não resulta inequívoco da prova dos autos que o atraso na execução do cronograma da edificação possa ser atribuído a culpa por parte da construtora e incorporadora.

Assim é não tanto pela escusa lançada pela ré com fulcro nas condições meteorológicas supostamente inusuais durante a construção. A perícia de engenharia constatou que apenas parte do atraso nas obras poderia ser validamente creditada a períodos de índices pluviométricos em níveis acima dos normais.

Mas a verdade é que, em Assembléia Geral dos contratantes, realizada em 15 de fevereiro de 1988, acordaram os condôminos em que 'o prazo para conclusão do edifício fica alterado e o mesmo será executado na velocidade permitida pela disponibilidade financeira' (cf. fl. 132). As decisões das assembleias dos contratantes, salvo no que afetarem ao direito de propriedade (hipótese que não é a da deliberação em causa) são 'válidas e obrigatórias para todos eles', a teor do art. 49 da Lei n. 4.591/1964.

Muito embora não haja evidência de que a parcela mensal destinada ao custeio da construção tenha sido reduzida em relação àquela originalmente acordada (que era de 75 OTNs para as unidades dos autores), e também não aproveite à ré alegar eventual acréscimo daqueles custos por isso mesmo que não depositou em Cartório antes de contratar a documentação imperada por lei, notadamente pelo art. 32, **h**, da Lei n. 4.591/1964, os condôminos, em deliberação que vincula os autores, renunciaram ao prazo originalmente contratado para a conclusão da obra.

II - 3. Mas a ação prospera, comportando acolhida o recurso, em virtude da demonstração, feita no curso da lide, de que a ré descumpriu preceitos legais que informam os contratos em tela.

Está demonstrado que, em virtude das obras de construção das fundações do edifício, foram causados danos de razoável monta a casas vizinhas, inclusive com o desmoronamento de parte de uma delas. É incontroverso que as despesas com a reparação de danos (ao menos alguns deles) assim causados foram carregadas à conta do Condomínio: é o que revela a resposta lacônica, mas categórica, do perito engenheiro, ao quesito de n. 7 dos autores (fl. 289).

Furtou-se o perito, inexplicavelmente, a responder ao quesito concernente à vinculação desses danos a responsabilidade da incorporadora, que é também — recorde-se — a construtora. Sua indagação acerca de quem seria o responsável pela não-realização de seguro acerca de tais riscos está respondida pelo texto do art. 20, alíneas **c** e **d**, do Decreto-Lei Federal n. 73, de 1966, e do art. 11 do Decreto Federal n. 61.867, de 07.12.1967. Era do construtor o dever legal de contratar o seguro obrigatório destinado a fazer frente a tais sinistros.

Além disso, não é necessária a adjuvação de nenhum técnico para se concluir que a responsabilidade pelos danos causados a edificações vizinhas, em virtude da construção do edifício, são imputáveis à construtora, em suas relações com o Condomínio. A massa condominial responde por tais prejuízos perante terceiros, mas, não obviamente, perante a própria construtora por ela contratada: como dizem sugestivamente os apelantes (fl. 838), pertence ao senso comum a constatação de que, ao menos no que diz com as relações emergentes do contrato de incorporação e construção, a culpa pelos danos causados a vizinhos certamente não é dos condôminos.

Não há, neste caso, evidência de que os contratantes, em assembléia, tenham anuído expressamente à assunção de tais despesas, nada se extraindo a esse respeito do documento de fls. 126/127 dos autos.

Têm razão, pois, os autores ao se insurgirem contra o cômodo alvitre adotado pela ré, que pura e simplesmente debitou à conta do Condomínio despesas estranhas à responsabilidade contratual dos adquirentes. Houve, neste passo, descumprimento contratual, susceptível de justificar a rescisão pleiteada.

II - 4. Há mais.

A incorporadora e construtora recebia as parcelas arrecadadas dos condôminos em sua conta particular, só abrindo conta em nome do Condomínio a partir de maio de 1988. Não se trata de mera irregularidade contábil, mas de franco descumprimento da norma de ordem pública inserta no art. 58, inciso II, da Lei n. 4.591/1964. Não pode a ré se escudar na alegação de que, não estando inscrita a incorporação, não seria possível a abertura da conta corrente: o cometimento de um ilícito não lhe podia servir de justificativa a que outros se sucedessem.

Do mesmo modo, a maioria dos gastos que o perito comprovou não se encontrava em nome do Condomínio, e sim no da requerida (fl. 480). Mais uma vez descumprida, aí, a lei de regência (art. 58, inciso I).

Não se compreende como pôde o perito contábil se abalançar a dizer, em audiência, que 'restou comprovado que os valores constantes da conta corrente da construtora foram aplicados na obra', se nem mesmo as notas fiscais de despesas eram lançadas em nome do Condomínio, e se, consoante ele mesmo afirma, 'a empresa responsável pelo empreendimento não mantém escrituração regular, bem como não adota o livro diário para a escrituração dos fatos ocorridos' (fl. 477). Se o perito conseguiu porventura tal prova, não a trouxe aos autos. Quesito do mesmo teor lhe foi formulado, deixando ele de respondê-lo em seu laudo (fl. 481). Acresce que, dentre os documentos comprobatórios de despesas, alguns se resumiam a 'cópias de orçamentos' e 'pedidos' (cf. fl. 480). Desatendeu a incorporadora a expressa disposição do art. 58, I, da Lei n. 4.591/1964, segundo a qual 'todas as faturas, duplicatas, recibos e quaisquer documentos referentes às transações ou aquisições para construção, serão emitidos em nome do condomínio dos contratantes da construção'; lembre-se que, no dizer de **Caio Mario da Silva Pereira** ('Condomínio e Incorporações', Forense, 1983, p. 318), a lei visa, nesse dispositivo, acautelar 'os adquirentes contra a malversação de suas economias'.

Irrelevante que a Comissão de Representantes do Condomínio tenha aprovado os balancetes apresentados pela administradora. Na lição de **J. Nascimento Franco e Niske Gondo**, 'as deliberações da Comissão só obrigam os contratantes se estiverem dentro dos permissivos contratuais ou dos limites da lei. Para além, disso, nenhuma deliberação obriga ou vincula os condôminos, ainda que não seja expressamente revogada pela assembléia geral nos termos do § 2º do art. 50'. ('Incorporações Imobiliárias', RT, 2ª edição, p. 136). Não têm eficácia perante o autor **Isaiás André de Souza** as deliberações da Comissão de Representantes, porque vulneradoras do contrato e da lei de regência. O mesmo não se pode dizer, contudo, no tocante ao co-requerente Tommaso Natale. Participou ele da Comissão de Representantes em diversos períodos, e aprovou as contas apresentadas pela administradora. Ao menos no que lhe diz respeito, essa atividade fiscalizadora há de aproveitar. Chancelou e aprovou ele as irregularidades contra as quais agora se pretende voltar.

As irregularidades constatadas pela prova dos autos no tocante à aplicação dos recursos arrecadados dos condôminos mostram-se suficientes a amparar a pretensão rescisória formulada na inicial. Não podem servir de lastro, contudo, a que se acolha o pedido do co-requerente Tommaso Natale. Se os atos e deliberações da Comissão de Representantes são inidôneos a vincular os condôminos, se efetuados em descompasso com a lei ou com o contrato, isto

não é verdadeiro em relação àquele promovente, que integrava a aludida Comissão, e deu por aprovados inúmeros balancetes apresentados pela construtora e incorporadora. Ao menos em seu nome pessoal, é de se concluir que se vinculou pelos atos assim praticados, não se lhe reconhecendo legitimidade para impugnar prestações de contas que pessoalmente aprovou. Inaplicável, aqui, o princípio da representação, haurido da lei, que informa os atos da Comissão de Representantes, e sim o da vinculação pessoal do condômino pelos atos que praticou.

A ação procede, pois, em parte, no tocante ao autor Isaías André de Souza.

A extensão em que tal se dá, contudo, não pode incluir a pretendida indenização por lucros cessantes, que os autores definiram como a 'diferença entre o valor recebido e o preço do imóvel, se pronto estivesse.' Esse pedido é insusceptível de atendimento. Em primeiro lugar, porque o contrato previa construção sob o regime da administração, em que a responsabilidade pelo pagamento do custo da obra é dos adquirentes, e não, porventura, de empreitada. Em segundo lugar, porque a alegação do autor, nesse sentido, restou inteiramente à míngua de qualquer prova, não se demonstrando a correlação entre o inadimplemento da ré e o prejuízo afirmado. Não são indenizáveis os danos meramente alegados, improvados na fase de conhecimento, ou tão-só hipotéticos.

Em conseqüência, incumbe aos requeridos restituir as importâncias pagas pelo autor com fulcro no contrato, com atualização monetária desde os respectivos desembolsos. Essa restituição deve abranger, também, as parcelas relativas à construção. Conquanto cuide-se de tema já enfrentado por ocasião do r. despacho saneador, não é demasiado recordar que a incorporadora e construtora é, neste caso, também a alienante de fração ideal do terreno. Isto significa que, desconstituído o contrato, a ela reverterá a titularidade não apenas da fração do terreno como, necessariamente, da edificação que existir, na proporção correspondente à projetada unidade autônoma a que se vincula a cota-parte ideal. E é perfeitamente claro, portanto, que, resolvida a avença por culpa da ré, reembolse ela as parcelas que, no todo ou em parte, já tenham sido aplicadas na construção, pena de ilícito locupletamento (art. 40, §§ 2º e 3º, Lei n. 4.591/1964).

A questão relativa à legitimação passiva dos sócios da incorporadora já se viu dirimida no despacho saneador. Os réus, na resposta ao recurso (fl. 846), disseram por expresso não desejarem a apreciação do agravo retido que

interpuseram, e, se é certo que não lhes incumbia fazê-lo pela ausência de sucumbência em primeira instância, não é menos verdade que se mostram conformados com a solução conferida àquela preliminar.

A procedência parcial do pedido, no tocante a apenas um dos autores, não enseja, neste caso, a proporcionalização integral das verbas sucumbenciais. As custas e despesas do processo compensar-se-ão integralmente entre as partes, arcando cada qual com metade. No que respeita aos honorários advocatícios, pagarão os réus ao requerente Isaías André de Souza, a tal título, importância equivalente a dez por cento (10%) do valor dado à causa. Paralelamente, por força da sucumbência que experimentou, pagará o autor Tommaso Natale verba honorária advocatícia arbitrada em idênticas bases, isto é, em dez por cento (10%) do valor atribuído à demanda.

III - Por todo o exposto, acordam em dar provimento parcial à apelação, para o fim de, julgada procedente em parte a demanda, declarar rescindido, por culpa da ré, o contrato celebrado entre ela e o co-autor Isaías André de Souza, condenando os réus solidariamente, a restituir ao mencionado promovente as importâncias por ele pagas com fulcro no contrato ora rescindido, corrigidas monetariamente desde o respectivo desembolso. Quanto às custas e à honorária advocatícia, proceder-se-á como acima assinalado”.

Dois são os recursos especiais aviados, ambos pela letra **a** do autorizador constitucional.

No da ré, Walter Baxter Empreendimentos Imobiliários Ltda, é alegada afronta ao art. 50 e seus §§ 1º e 2º, da Lei n. 4.591/1964, argumentando que a responsabilidade soberana pela construção por regime de administração pertence à Comissão de Representantes dos condôminos, de sorte que erroneamente atribuída a culpa à empresa.

Ora, a assertiva não tem qualquer fundamento à vista dos elementos fáticos expostos no aresto estadual, em que foi taxativamente reconhecido o inadimplemento contratual da empresa incorporadora e construtora de várias formas, descumprindo requisitos de ordem pública, como o registro do memorial de incorporação, somente o fazendo após já firmadas as promessas de venda com os autores; a atribuição de danos ao condomínio decorrentes de estragos causados a casas vizinhas pela empresa na confecção das fundações, quando com eles deve arcar a construtora exclusivamente (fls. 863/864); a não abertura de conta corrente em nome do condomínio, depositando as parcelas arrecadadas em conta em nome da construtora, violando o art. 58, II, da Lei n. 4.591/1964; irregularidade contábil no registro dos gastos (fl. 865).

Evidentemente que tais conclusões não têm como ser revistas em sede especial, ante o óbice da Súmula n. 07 do STJ.

Portanto, restou assentado que a empresa construtora agiu irregularmente, descumprindo a Lei de Condomínios e Incorporações em vários pontos, a justificar a rescisão do contrato aquisitivo das unidades, entre as quais a de Isaías André de Souza, independentemente da chancela ou não da Comissão de Representantes, posto que as infrações eram da incorporadora e construtora, especificamente, em face do diploma legal que rege o empreendimento.

Não conheço, pois, do especial, por não identificar infringência ao art. 50, I e II, do diploma legal referenciado, não servindo de escusa ao ilícito contratual a aprovação das contas pela Comissão, repito.

II

Examinando, agora, o recurso especial do 2º autor, Tommaso Natale, tenho que merece prosperar.

O recurso especial aponta ofensa aos arts. 58, I e II, 43 e 63 da Lei n. 4.591/1964.

Os arts. 43 e 63 cuidam de faltas que, ao teor do acórdão que apreciou os aclaratórios, não eram relevantes a justificar, por si só, a rescisão do contrato (cf. fl. 883), de modo que sob tal ótica a discussão esbarra no óbice da Súmula n. 07.

Em relação, todavia, às normas do art. 58, I e II, foram elas tidas como infrações graves da construtora, e que embasaram a decisão do Tribunal de Justiça para reconhecer a rescisão a favor de Isaías (cf. fls. 865/866), e tenho que o entendimento deve se estender a Tommaso Natale.

Como visto, inexistente dúvida sobre a responsabilidade da empresa construtora.

De outro lado, se houve falha da Comissão de Representantes, da qual participava o autor, isso não afasta a responsabilidade da empresa por seus próprios atos, que são diretamente relacionados às suas atribuições, conforme identificados, minudentemente, no acórdão recorrido. A responsabilidade da construtora é independente da Comissão.

E o papel de Tommaso Natale como membro da Comissão não se confunde com seus direitos na qualidade de comprador do apartamento, em relação, é claro, às ditas irregularidades que são atribuíveis apenas à construtora-ré. Ele, no particular, possui o mesmo direito de Isaías à rescisão, pois pagou por um imóvel a ser edificado em determinadas condições que restaram desrespeitadas pela construtora.

Agora, é claro que como participante da Comissão de Representantes ele, se porventura agiu com desídia, negligência, omissão, culpa ou dolo, deverá, assim

como os demais que a integravam, responder perante o condomínio e seus condôminos, se o caso, mediante ação própria. Poderá até arcar, por isso, pelos prejuízos que a Comissão houver causado aos condôminos, mas em discussão apartada, que não se confunde com a lide presente.

Destarte, identificadas as infrações legais supramencionadas, procede a irrisignação do 2º autor.

Ante o exposto, não conheço do recurso especial da ré, conhecendo em parte e provendo o do 2º autor, Tommaso Natale, para julgar procedente a ação, nos mesmos termos determinados no acórdão estadual em relação ao 1º autor, Isaías, ou seja, rescindindo o contrato e determinando a restituição das parcelas pagas, monetariamente corrigidas desde cada respectivo desembolso, indeferido o pedido de perdas e danos, por ausência de comprovação do prejuízo. Em razão da alteração ora procedida, a ré responderá pela totalidade das custas processuais e honorários advocatícios, que fixo em 15% (quinze por cento) sobre o valor atualizado da causa.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 136.254-SP (1997/0041257-1)

Relator: Ministro Aldir Passarinho Junior
Recorrentes: Petrus Tullius Lupinacci e cônjuge
Advogados: Teodorinha Setti de Abreu Tondin e outros
Recorridos: Guiomar Spinola Trindade Canal e outros
Advogada: Georgina Lúcia Maia Simões

EMENTA

Civil e Processual. Ação rescisória. Depósito. Recolhimento em guia imprópria. Irregularidade que pode ser sanada no curso da demanda. Previsão regimental (RITJSP). Oportunidade que não se deu à parte autora. Preliminar afastada. Posse. Usucapião. Erro de fato. Reexame de prova no bojo da lide. Descabimento. Documento novo. Ausência de prova da sua ignorância anterior, ou da sua especial relevância. CPC, art. 485, VII e IX. Pressupostos não configurados. Ação improcedente.

I - Afasta-se a preliminar de carência da ação rescisória, por indeferimento da inicial, porquanto embora efetuado o depósito de que trata

do art. 488, II, do CPC, em guia imprópria, cabia, segundo previsão processual-regimental expressa, ser oportunizada a regularização do recolhimento, o que não foi feito pelo Relator no Tribunal Estadual, de modo que o vício não pode depois, servir à inépcia, tardia, da inicial.

II - A ação rescisória constitui demanda de natureza excepcional, de sorte que seus pressupostos devem ser observados com rigor, sob pena de se transformar em espécie de recurso ordinário para rever decisão já ao abrigo da coisa julgada.

III - Destarte, inoportável o uso de tal via para se proceder ao reexame da prova já examinada no acórdão rescindendo, sobre fatos que já foram objeto de apreciação anterior (art. 485, IX, e § 2º), bem como para se reabrir a controvérsia com base em documento novo, mas que ao tempo já era do conhecimento da parte autora e sobre o qual nem foi reconhecida impossibilidade de uso à época da primeira demanda, nem, tampouco, deu-lhe necessário destaque o aresto **a quo**, como especialmente relevante para definir o litígio.

IV - Recurso especial conhecido em parte e provido, para julgar improcedente a ação rescisória.

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 em parte do recurso e, nessa parte, 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 Jorge Scartezzini, Barros Monteiro e Fernando Gonçalves. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Cesar Asfor Rocha. Custas, como de lei.

Brasília (DF), 03 de fevereiro de 2005 (data do julgamento).

Ministro Aldir Passarinho Junior, Relator

DJ 09.05.2005

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Aldir Passarinho Junior: Início por adotar o relatório de fls. 398/400, **verbis**:

“Trata-se de ação rescisória ajuizada por Guiomar Spinola Trindade Canal e outros, objetivando rescindir v. acórdão que confirmou sentença prolatada em autos de ação demarcatória com queixa de esbulho, proposta pelos autores contra o réu Petrus Tullius Lupinacci e sua mulher.

Contestado o feito (fls. 93/101), o réu argüiu preliminares de defeito de representação em relação à co-autora Brasilina dos Santos; inépcia da inicial por não reunir os requisitos dos arts. 282, 485 e 488 do estatuto processual; inépcia da peça matriz por não-demonstração do trânsito em julgado a teor do disposto pelo art. 495 do CPC; inépcia da inaugural por falta do depósito de 5% sobre o valor da causa nos termos do contido no inciso II do citado art. 488 do mesmo diploma legal; inépcia da exordial por não apontarem os autores no que consistiu o dolo, a violação literal de lei, prova falsa, documento novo ou erro de fato; preliminar de extinção do feito por ocorrência de óbice ao desenvolvimento válido do mesmo, por não figurar no pólo passivo a mulher do réu, propugnando, quanto ao mérito, pelo decreto de improcedência da ação.

Em sua réplica (fls. 100/115), os autores refutaram as alegações dos réus, manifestando-se pela rejeição das preliminares argüídas, sustentando, no mérito, pelo acolhimento e procedência do pleito.

A seguir, em atendimento ao despacho de fl. 121, manifestaram-se os autores requerendo a produção de provas documental, testemunhal e pericial (fl. 124), manifestando-se os réus pela desnecessidade de tais provas (cf. fls. 126/129).

Nomeado **expert** para elaboração do laudo pericial (cf. fl. 132), bem como indicação do assistente técnico por parte dos réus, apresentaram os mesmos seus quesitos, protestando pelo oferecimento de quesitos suplementares (fls. 134/135).

Por seu turno, formularam os autores os quesitos a serem respondidos pelo Sr. Perito (cf. fls. 137/139).

Apresentado o laudo (fls. 221/229), manifestaram-se as partes sobre o mesmo, apresentando os réus laudo concordante apresentando por intermédio de assistente técnico (cf. fls. 242/248 e fl. 263).

Ao depois, instaurou-se termo de audiência de conciliação, instrução e julgamento (cf. fls. 329/330), colhendo-se o depoimento das testemunhas dos autores (cf. fls. 331/335), bem como a testemunha dos réus (cf. fls. 336/338).

Ofertadas as alegações finais por parte dos litigantes (fls. 359/365 e fls. 369/363), sobreveio o parecer da ilustrada Procuradoria Geral de Justiça (fls.

379/384), afastando as preliminares argüidas pelos réus, opinando, no mérito, pela procedência da ação”.

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo rejeitou as preliminares dos réus e, no mérito, por maioria, julgou procedente, em parte, a ação rescisória, nos seguintes termos (fls. 404/405):

“Por tais motivos, julga-se procedente a presente ação rescisória em parte, para desconstituir o v. acórdão rescindendo, julgando-se, via de consequência, procedente o pedido de restituição da parte esbulhada do imóvel descrito na exordial, determinando-se a restituição do depósito efetuado pelos autores.

Tendo em vista a sucumbência recíproca das partes (por terem os autores decaído do pedido atinente à demarcatória), as mesmas suportarão proporcionalmente as custas e despesas processuais, arcando, cada qual, com os honorários advocatícios de seus respectivos patronos, compensando-se eventuais encargos anteriormente suportados pelos litigantes”.

Votou vencido o eminente Desembargador José Osório, que julgava improcedente a ação (fl. 406).

Pedro Tullius Lupinacci e sua mulher, réus da rescisória, opuseram embargos infringentes baseados no voto vencido (fls. 411/423), e, concomitantemente, recurso especial (fls. 425/453).

Os embargos infringentes foram rejeitados pelo 3º Grupo de Câmaras Cíveis, em acórdão assim ementado (fl. 485):

“Embargos infringentes. Ação rescisória. Juntada de documentos e fotografias, sem oposição dos embargantes, servindo apenas de elemento de informação a esclarecer a apuração da verdade real e em conformidade com a prova dos autos. Possibilidade.

Ação rescisória fundamentada em erro de fato e em documentos que induziram os julgadores (Primeira Instância e em grau de recurso) a equívoco. Expressa violação do disposto no art. 950 do CPC que não apreciou o requerimento de citação dos confrontantes a levar nulidade da sentença acolhida pelo v. acórdão rescindendo.

Usucapião extraordinário. Inexistência de posse continua a agasalhar a pretensão dos embargantes, matéria apreciada no v. acórdão embargado.

Depósito feito pelos embargados, embora efetuado de forma irregular, atendo o disposto no art. 488, inciso II, do CPC.

A multa em que pode transformar o depósito prévio, deve funcionar como medida preventiva contra o impensado exercício de ataque à coisa julgada.

Embargados não intimados a suprir as irregularidades, não podem ser penalizados, pelo não-conhecimento da ação por terem preenchido a guia de depósito em campo incorreto ou em valor insuficiente.

Embargos rejeitados. Litigância de má-fé não reconhecida por situar a lide dentro dos limites da ampla liberdade de defesa.”

Então, os mesmos réus, Pedro Tullius Lupinacci e outra, interpuseram o recurso especial de fls. 498/502, ratificando o anterior.

Afirmam que a decisão ofendeu os arts. 488, II, e 490, II, do CPC, porque o depósito de 5% não poderia ser considerado, na medida em que insuficiente e impróprio, pois do montante recolhido, apenas 1% representa efetivo depósito, sendo o resto preparo, que não tem como ser levantado pelas partes, **ex vi** do art. 494 do mesmo Código.

Aduzem os recorrentes que também foram violados os arts. 282, III, 485, VII e IX, §§ 1^o e 2^o, e 488, **caput**, da lei adjetiva civil, pois os fundamentos e documentos que os autores colacionaram como novos não se prestam ao fim destinado, salientando que descabe a rescisória para rever a prova ou para apreciar a justiça ou injustiça da decisão rescindenda, ou a má ou boa apreciação dos fatos da causa. Dizem que não houve na ação anterior qualquer dolo processual ou foram trazidos documentos novos preexistentes ao tempo da lide anterior que pudessem ensejar o provimento da rescisória. Ao contrário, foram considerados documentos posteriores ao acórdão rescindendo e são simples atestados unilaterais, não prestados em juízo, sendo igualmente imprestável como fato a construção de um muro no imóvel em julho de 1993 e o pagamento dos impostos, que apenas poderiam revelar, por si só, a posse “à distância”, não prevalecendo sobre aquela exercida de modo concreto pelos recorrentes.

Asserem, ainda, que foi contrariado o art. 485, porque a rescisão do julgado anterior se deu fora das suas hipóteses, importando em reexame do quadro probatório.

Invocam precedentes jurisprudenciais, sintetizando, sobre o dissídio, que o aresto objurgado (fls. 451/452):

“a) reapreciou a prova produzida na ação, cujo acórdão é objeto da rescisória, circunstância que o v. acórdão do egrégio 1^o TACivSP considerou inadmissível.

b) considerou documento novo aquele produzido após o julgamento da ação anterior e após o ajuizamento da rescisória (vide trecho transcrito no item 2.8., quando o 2^o TACivSP e o colendo STJ não admitem tal conceituação (vide item 3.9)).”

Contra-razões às fls. 508/519, pelos autores Guiomar Spínola Trindade Canal e outros, sustentando que a rescisória baseou-se em dolo cometido pelos recorrentes, que em anterior ação demarcatória com queixa de esbulho ajuizada pelos ora recorridos, “fizeram inserir no documento de compra (do lote vizinho ao deles, esbulhado) a afirmação de que eram detentores da posse de todos os lotes, inclusive o dos recorridos, há muitos anos, trazendo tal documento, dolosamente eivado de falsidade ideológica, para os autos da ação demarcatória” (fl. 510, **sic**).

Quanto ao depósito do art. 488, II, afirmam que o fizeram com equívoco, mas sem maior gravidade, e que não foram instados a corrigir a falha, além do que são pobres na acepção da palavra e estão representados nos autos por advogado dativo, citando, ainda, escólios do STJ que dispensam o depósito quando há assistência judiciária.

Adicionam, no mérito, que a decisão do acórdão se baseou nos elementos informadores do processo, inclusive novos testemunhos e perícia, a confirmarem a inexistência da posse antiga e o esbulho praticado pelos recorrentes, inclusive o testemunho de uma confrontante, que nem havia sido citada antes, muito embora obrigatório o ato por lei.

O recurso especial foi admitido na instância de origem pelo despacho presidencial de fls. 524/532.

Distribuído, originariamente, o recurso especial, ao eminente Ministro Bueno de Souza, foram encaminhados os autos à douta Subprocuradoria Geral da República (fl. 537), que se manifestou, em parecer da lavra do Dr. Henrique Fagundes, no sentido do não-conhecimento do recurso especial (fls. 539/545).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Aldir Passarinho Junior (Relator): Trata-se de recurso especial, ajuizado pelas letras **a** e **c** do autorizador constitucional, derivado de ação rescisória movida pelos ora recorridos contra os recorrentes, ao cabo da qual foi desconstituído acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (fls. 10/12), que julgara os então autores carecedores da demarcatória e improcedente o pedido de restituição, acolhendo a usucapião alegada pelos réus.

A primeira tese suscitada no especial se refere aos arts. 488, II, e 490, II, do CPC, à falta da integralidade do depósito exigido para o ajuizamento da ação rescisória.

O voto condutor do aresto prolatado em sede de embargos infringentes, pelo eminente Desembargador Júlio Vidal, diz, sobre tal ponto, o seguinte (fls. 491/492):

“Por outro lado, quanto à alegada insuficiência do depósito (art. 488 do CPC) e recolhimento impróprio (fl. 08) fundamentado no minucioso voto prolatado pelo Ilustre Desembargador Doutor Oswaldo Caron, data vênua, não merece acolhida.

A rigor, a ação rescisória sendo um mero remédio contra a sentença da qual não mais caiba recurso, tem, por finalidade, não a proteção de direitos subjetivos, mas a mesma, agora requintada, de servir à paz e ao direito objetivo (**Pontes de Miranda** — ‘Ação Rescisória’, p. 55). O instituto existe contempladamente na legislação processual brasileira, sendo preservado à conta da dignificante finalidade de reparar os possíveis erros judiciários na esfera civil.

Por outro lado, ‘não constitui causa de recusa liminar da petição inicial de ação rescisória o fato de o autor deixar de efetuar o depósito de que trata o art. 488, inciso II, do CPC, hipótese que configura mera irregularidade, que pode ser suprida pela parte, devidamente intimada para tanto’ (Adcoas, 1988, n. 117.256).

Distribuída a ação, procedeu-se seguir a citação dos embargados (fl. 76). No curso do processo não se vislumbra tenham sido intimado os embargados a regularizar o depósito efetuado (fl. 08) em guia inadequada a sanaram eventuais irregularidades. A rigor, é perfeitamente possível e regular, até mesmo em conformidade com a lei, em determinados casos, a dispensa do preparo na ação rescisória”.

O art. 488 do CPC, ao tratar da ação rescisória, estabelece, no seu inciso II que deverá o autor ‘depositar a importância de 5% sobre o valor da causa, a título de multa, caso a ação, por unanimidade de votos, venha a ser declarada inadmissível, ou improcedente, sendo inconfundível os conceitos de multa e custas, visto que estas são parte das despesas relativas à expedição e movimentação dos feitos, taxados por lei, e aquela (multa) que pode ser transformado o depósito, no caso de improcedência da rescisória por unanimidade, por ter característica de penalidade ou sanção, funcionando, no caso, como medida preventiva contra o impensado exercício à coisa julgada.

Como o depósito constitui recolhimento antecipado, e representa medida destinada a evitar abusos de rescisória (**Luís Eulálio de Bueno Vidigal** ‘Comentários ao Código de Processo Civil’, vol. VI/194, Editora Revista dos Tribunais, 1974, revestindo-se de caráter de multa (art. 488, inciso II, do CPC é no mínimo discutível que se possa exigir dos autores novo depósito a possibilitar a apreciação da ação rescisória, principalmente quando não foram eles intimados a regularizar o valor depositado de forma incorreta (fl. 08) no curso desse procedimento.

Data venia, ousou divergir do minucioso voto prolatado pelo Desembargador Dr. Oswaldo Caron. O depósito efetuado (fl. 08) e reconhecido pelo v. acórdão embargado atende ao cumprimento das disposições contidas no art. 488, inciso II, do CPC.

Os autores cumpriram as exigências legais, não podendo lhes ser negado o conhecimento da ação por ter o depósito sido preenchido em guia e em campo incorreto ou de forma insuficiente. Não foram eles intimados, e ao julgador cabe até mesmo contemporizar o rigor da lei, podendo até mesmo dispensar o preparo na ação rescisória.”

Tenho que a irrisignação efetivamente não prospera.

É certo que a alegação de que os autores fruem de assistência judiciária não corresponde à realidade, porquanto não apenas não consta terem-na requerido, como vêm pagando as custas processuais ao longo da demanda, em suas várias etapas.

Todavia, como visto do excerto acima reproduzido, houve o depósito (fl. 8), porém com falha procedimental, em que os autores, em vez de recolherem 1% de taxa judiciária e outros 5% de depósito, cada um pela forma própria, o fizeram por guia única, em prol da Fazenda Estadual (como se tudo fosse a taxa judiciária).

Fosse exclusivamente por essa situação, estaria em, realmente, acolher a prefacial, por ofensa aos arts. 488, II, e 490, II, do CPC.

Mas é que, diferentemente do preparo de um recurso, onde a fase é preclusiva, cuida-se de uma ação rescisória, e a impugnação vestibular quanto ao vício deveria ter sido examinada, de pronto, pelo Exm^o. Desembargador processante, ao menos quando do despacho saneador (art. 493 do CPC c.c. art. 628 do RITJSP), posto que a penalidade é o indeferimento da inicial.

Aliás, ainda está expresso no art. 625 do Regimento Interno daquela Corte, que:

“Art. 625. A falta do depósito, a que alude o art. 488, inciso II, do Código de Processo Civil, ou sua insuficiência, não sanadas no prazo de três dias assinado pelo Relator, determinarão o indeferimento da inicial e a extinção do processo.

§ 1^o Julgada procedente a ação, o valor do depósito será levantado pelo autor.

§ 2^o Decretada a carência da ação ou julgada improcedente a rescisória, por unanimidade de votos, ou se o autor desistir de sua pretensão depois do ato citatório, o valor do depósito reverterá em favor do réu.”

Assim não procedeu, todavia, o Relator, sequer saneador houve, e as preliminares somente foram apreciadas muito tempo após. Ou seja, se acolhida, de logo, a

prefacial, ainda poderia a parte efetuar o depósito do modo certo e, mesmo que extinto o processo, intentar nova ação. Mas, do modo como processado, nenhuma possibilidade mais haveria, inclusive decairia do próprio direito, por ultrapassado o prazo para o ajuizamento de nova ação.

Apreciando questão assemelhada, a egrégia Primeira Seção assim decidiu:

“Processual Civil ação rescisória. Indeferimento da inicial, por falta do depósito de que trata o art. 488, II, do CPC. Agravo regimental.

— A tratar-se de ato pertinente ao juízo de admissibilidade da ação, inexistindo nos autos despacho determinando a expedição de guia para a efetivação do aludido depósito, aliado à circunstância de que o processo se desenvolveu até a fase das razões finais, descabe o indeferimento da inicial.

— Agravo provido, ensejando a autora prazo de 05 dias para efetivar o depósito.”

(AgRg na AR n. 35-MG, Relator p/ o acórdão Américo Luz, por maioria, DJ de 30.10.1989)

Ainda em outro precedente (AgRg na AR n. 281-SP), desta feita de relatoria do ilustre Ministro Hélio Mosimann, o voto condutor de S. Ex^a., seguido pela mesma Primeira Seção, foi o seguinte:

“Diz o art. 490, inciso II, do Código de Processo Civil, que será indeferida a petição inicial quando não efetuado o depósito, exigido pelo art. 488, II, daquele caderno processual.

No caso dos autos, como assinalou o despacho agravado, o autor foi intimado para cumprir a exigência; não atendeu. Foi renovada a intimação; pediu, então, mais tempo, sendo-lhe concedidos trinta dias; decorrido o prazo, também não cumpriu a determinação.

Outro caminho não restava, portanto, ao Relator, senão não indeferir a petição, expressamente autorizado pelo Código (art. 490, II)”.

Constata-se que, neste último julgamento, fora sucessivamente oportunizada a realização do depósito, ao que não atendeu a parte autora, daí a extinção do feito. Aqui, ao contrário, não.

Destarte, por tais fundamentos, rejeito as ofensas suscitadas.

II

O segundo aspecto debatido no especial refere-se à contrariedade aos arts. 282, III, 485, VII e IX, §§ 1^o e 2^o, e 488, **caput**, da lei adjetiva civil.

É que a fundamentação dos recorrentes está calcada na imprestabilidade da documentação que instrui a inicial e aquela colacionada no curso da lide, que além de não servirem a amparar as conclusões do acórdão sobre a inexistência de posse vintenária pelos réus, a autorizar o usucapião, ainda importam em rejuízo de matéria fática, o que é vedado em sede rescisória.

Com relação à suficiência ou não da prova colhida, a controvérsia recai no óbice da Súmula n. 07 do STJ.

No tocante à revisão da prova, parece-me que, realmente, o Tribunal procedeu a um novo julgamento fático.

O acórdão rescindendo traz este voto condutor (fl. 11):

“A reivindicatória tinha mesmo que ser julgada improcedente em vista da ocorrência de usucapião em favor dos réus. Estes adquiriram os lotes 40/43 da Vila Carmozina, em 1953, e acabaram por ocupar também os lotes 39, contíguo aos lotes 40, e 39-A, que havia sido adquirido pelo antecessor dos autores. Em 1976, a loteadora tentou recuperar o lote 39, mas fez acordo com os réus, em 1978, após a perícia, reconhecendo a posse antiga dos mesmos.

Ao contrário do que dizem os apelantes, o acordo com a loteadora é mais um forte indício da posse velha dos réus também sobre o lote 39-A. Se este não era contíguo àqueles de domínio dos réus, o era àquele comprovadamente também na posse deles.

A prova testemunhal é francamente favorável aos réus. Suas testemunhas são moradores muito antigos do lugar e afirmaram com segurança a posse mais que vintenária dos réus. Já as testemunhas dos autores (fls. 491 e 492) não são do lugar e lá compareceram poucas vezes. Suas afirmações são insuficientes para demonstração de posse efetiva. Da mesma forma, os pagamentos de impostos e taxas pelos autores são relativamente recentes, isto é, da década de 70. Além disso, pagamento de tributos apenas revelam, por si só, posse à distância, não podendo preponderar sobre a posse concreta e material.”

Já o aresto **a quo**, que desconstituiu o anterior, diz (fls. 402/404):

“Ante o pronunciamento sufragado pelo v. rescindendo, confirmou-se o reconhecimento da prescrição aquisitiva em favor dos réus, uma vez que os autores não lograram comprovar a apontada interrupção do **animus domini** exercido sobre o lote de terreno descrito nos autos da demarcatória com queixa de esbulho.

Contudo, pela análise efetiva dos elementos probantes levados a efeito na presente rescisória, tem-se que a posse **ad usucapionem** atribuída aos réus não pode ser tida como contínua, pacífica ou incontestada.

Consoante depreende-se do termo de escritura de compra e venda firmado por instrumento público em 14 de outubro de 1954, o falecido José Francisco Canal, marido e pai dos autores, adquiriu da outorgante vendedora Companhia Pastoril e Agrícola, o lote de terreno situado na Vila Carmozina, Distrito de Itaquera, correspondente ao lote número 39-A, da quadra 157, tendo uma área de 800 metros quadrados (cf. fls. 18/20).

Por outro lado, as declarações apresentadas por intermédio do procurador da firma outorgante, dão conta de que os então compradores receberam e entraram na posse plena do imóvel ‘... que foi devidamente demarcado na época por nosso engenheiro, e nele procedido o fechamento por cercas e limpezas periódicas (cf. fl. 63), ‘... e que o mesmo, foi posteriormente, devidamente cercado pelos compradores. Declaramos mais, que desconhecemos ter ocorrido apossamento da área por terceiros, e que em data de 07 de julho de 1978, outorgamos escritura do lote n. 39 a Petrus Tullius Lupinacci, em cumprimento à acordo celebrado em a. reivindicatória (Proc. n. 242/76-32a. V. Cível da Capital), e que naquela época, o lote n. 39 - A (vizinho), encontrava-se de posse dos seus legítimos proprietários, os quais tiveram ciência do mencionado processo, não tendo este lote sido objeto daquela demanda’. (Cf. fl. 341)

Por seu turno, em atendimento à intimação procedida pela Prefeitura Municipal (cf. fl. 269), efetivaram os autores a construção do muro de frente do lote n. 39 - A (cf. fls. 25/30), circunstância igualmente observada quando da vistoria procedida pelo Sr. Perito Oficial (cf. fls. 225/226).

De outra parte, efetuaram os autores o recolhimento de inúmeros tributos municipais envolvendo aludido lote terreno (cf. fls. 61/62 e fls. 140/190), apresentando, inclusive, certidão negativa de tributos datada de 22 de abril de 1954 (cf. fl. 192), além do pagamento de impostos atrasados correspondentes aos exercícios de 1941 a 1953 (cf. 193/201).

Com respeito ao depoimento das testemunhas ouvidas no termo de audiência presidido pelo digno juízo **a quo** (cf. fls. 329/338), como bem realçou o parecer da ilustrada Procuradoria Geral de Justiça, ‘A prova testemunhal colhida orienta-se no sentido de que os réus não possuem posse vintenária sobre o imóvel dos autores. Aliás, a testemunha dos réus, Nelson Bertozzi, ao ser ouvida às fls. 336/338, confirma que a chácara dos réus faz divisa com o terreno dos autores, sendo que o mesmos fecharam seu imóvel. Menciona, ainda, que não sabe informar qual o tamanho do terreno dos autores que estava ligado à chácara dos réus.

Diante de tais evidências e levando-se em consideração que os réus recolhem os impostos e taxas do imóvel desde a década de 1970, parece-me que houve equívoco no julgamento da ação reivindicatória' (cf. fl. 383).

Com efeito, uma vez demonstrada a posse dos autores, afigura-se descaracterizada a posse **ad usucapionem** atribuída aos réus, cujo reflexo correspondente à oposição e interrupção exercida por aqueles, desnaturou por inteiro a aquisição do domínio outrora reconhecido”.

Reza o art. 485, que:

“Art. 485. A sentença de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando:

(...)

VII - depois da sentença, o autor obtiver documento novo, cuja existência ignorava, ou de que não pode fazer uso, capaz, por si só, de lhe assegurar pronunciamento favorável.

(...)

IX - fundada em erro de fato, resultante de atos ou de documentos da causa.

§ 1º Há erro, quando a sentença admitir um fato inexistente, ou quando considerar inexistente um fato efetivamente ocorrido.

§ 2º É indispensável, num como noutro caso, que não tenha havido controvérsia nem pronunciamento judicial sobre o fato”.

Com referência ao inciso IX, no caso dos autos, em sua maior parte, não há novidade sobre os fatos, que foram discutidos na lide anterior e agora de novo, apenas com outra interpretação.

Enquanto o acórdão desconstituído não considerou como prova importante da posse o pagamento dos tributos, o julgado ora atacado sim. Foram colhidos testemunhos em ambas as ocasiões, e valorados nas duas ocasiões, também com entendimento diverso. Até o acordo firmado entre os réus e a empresa loteadora foi objeto de exame nas duas oportunidades, sendo que na primeira a Oitava Câmara Cível concluiu que ele reforçava o argumento da posse velha e o do acórdão da rescisória, que não, porém o contrário, em relação ao lote 39-A.

Pontes de Miranda, a propósito, leciona:

“Se a sentença se fundou em erro de fato, ligado a ato da causa ou a documento que nela se apresentou, há rescindibilidade. O juiz pode ter sido levado ao erro devido à apresentação de algum documento, ou de qualquer

ato praticado no processo, e não só ato de produção de prova. Tem-se de dar a 'ato' conceito largo, que abranja qualquer ato processual, ou mesmo ato extraprocessual, que se haja trazido ao processo. O § 1º frisa que há erro quando a sentença admite como existente fato que não ocorreu (não existiu), ou como inexistente fato que não ocorreu (não existiu), ou como inexistente o que ocorreu. Se já se havia discutido o assunto, isto é, se já se dera controvérsia quanto à existência, ou a inexistência, e o juiz já se havia pronunciado a respeito (§ 2º), não incide o art. IX" (fls. 342/343)."

Incabível, portanto, a rescisão com base no art. 485, IX, do CPC.

A seu turno, inviável a aplicação, à espécie, do inciso VII.

Afora mais prova oral colhida no curso da rescisória, verdadeira reinstauração de procedimento ordinário, o único documento que se apresenta como novidade seria o mencionado no acórdão **a quo** à fl. 403, sobre uma intimação da Prefeitura, sobre o lote 39-A (que é o objeto do litígio) para a construção de um muro de frente do lote n. 39, datada de outubro de 1987 (fl. 269).

Ocorre, porém, que o documento é de 1987, anterior ao acórdão rescindendo (de 1991), mas não era desconhecido dos autores, já que constitui-se em uma notificação da Prefeitura aos mesmos, e nem apontou o acórdão recorrido ter havido impedimento ao seu uso na lide precedente. Tampouco é assinalado, pelo mesmo aresto, que aquela notificação, por si só, era suficiente para conduzir a conclusão contrária. A leitura do acórdão não conduz a isso, inclusive porque nem se vê maior destaque na alusão ao mesmo, feita com o mesmo nível de relevância que os demais (cf. fl. 403).

A ação rescisória absolutamente não comporta um mero rejuízo da matéria, sob pena de se transformar em espécie de recurso ordinário. Também não se presta a reparar eventual justiça ou injustiça da decisão impugnada. Essa a doutrina pacífica a respeito, sob pena de se desestabilizar a coisa julgada.

A ação rescisória é excepcional. Deve atender, rigorosamente, aos pressupostos legais ao seu cabimento.

Nesse sentido:

"Processual Civil. Ação rescisória. Trabalhador urbano. Documento novo. Erro de fato. Cópia de acórdão.

I - Os documentos tidos pelo autor como novos foram expressamente analisados pela decisão rescindenda. Consta-se, assim, que o pedido, aqui, se caracteriza como nova análise sobre essa documentação, como se, em verdade, houvesse erro de fato na apreciação da prova. E, se decisão acerca do fato

houve — afirmou-se expressamente pela inexistência de um início de prova material no processo original —, ainda que se tenha errado na apreciação desses elementos cognitivos, tal lapso, nos termos do art. 485, IX, § 2º, não serve como fundamento para rescisão do julgado por erro de fato.

II - Quanto ao laudo grafotécnico, verifica-se que produzido recentemente — após o julgamento da causa —, o que lhe impede, para efeitos de rescisória, a característica de documento novo, pois este se entende como o que já havia quando da prolação da decisão rescidenda, mas cuja existência era ignorada pelo autor da rescisória, ou que dele não pôde fazer uso.

III - Não se pode, para efeitos de ação rescisória, considerar como documento novo a decisão proferida em sentido contrário ao do acórdão rescindendo.

Pedido improcedente.”

(Terceira Seção, AR n. 798-SP, Relator Ministro Felix Fischer, unânime, DJ de 04.02.2002)

(...)

“Ação rescisória — Erro de fato — Inexistência.

I - A inconformidade da parte, com a interpretação dada aos fatos e com a apreciação da prova produzida nos autos, não é suficiente para a rescisão do julgado com base no art. 485, IX, do CPC.

II - Rescisória improcedente.”

(Segunda Seção, AR n. 847-RJ, Relator Ministro Waldemar Zveiter, unânime, DJ de 12.03.2001)

Ante o exposto, rejeitando a alegada contrariedade aos arts. 488, II, e 490, II, do CPC, mas tendo por configuradas as ofensas aos arts. 485, VII e IX, do mesmo Código, conheço em parte do recurso especial e dou-lhe provimento, para julgar improcedente a ação, condenando os autores ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, que fixo em 15% (quinze por cento) sobre o valor atualizado da causa, além da perda do depósito de que trata o art. 488, II, do CPC, que deverá ser complementado, para tal fim.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 272.968-SP (2000/0082938-2)

Relator: Ministro Barros Monteiro
Recorrente: Friulim Indústria Metalúrgica Ltda
Advogados: Celso Ferro Oliveira e outro
Recorrido: Gilberto Guedes de Santana
Advogados: Marinha Xavier de Oliveira e outro

EMENTA

Falência. Depósito elisivo. Improcedência das alegações formuladas pela devedora. Levantamento da quantia depositada pelo credor. Inexistência de contrariedade aos arts. 2º, I, e II, § 2º, da lei falimentar.

— Feito o depósito elisivo, não se pode decretar a falência do requerido. Deve o Juiz de Direito decidir acerca da procedência ou improcedência de suas alegações. Em caso de rejeição da defesa apresentada, caberá ao credor levantar a quantia devida, com os consectários legais.

— Inexistência de contrariedade à lei.

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, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator, na forma do relatório e notas taquigráficas precedentes que integram o presente julgado. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Cesar Asfor Rocha, Fernando Gonçalves, Aldir Passarinho Junior e Jorge Scartezzini.

Brasília (DF), 15 de junho de 2004 (data do julgamento).

Ministro Barros Monteiro, Relator

DJ 04.10.2005

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Barros Monteiro: Na 1ª Vara Cível da Comarca de Mauá — SP Gilberto Guedes de Santana ajuizou ação de indenização contra a “Friulim Indústria Metalúrgica Ltda”. Julgado procedente o pedido, a ré foi condenada a pagar ao

autor, a título de dano moral, a importância de Cr\$ 2.000.000,00 (dois milhões de cruzeiros), que atualizada até abril de 1997 montava em R\$18.233,29 (dezoito mil, duzentos e trinta e três reais e vinte e nove centavos).

Com o trânsito em julgado, deu-se início à execução.

Citada para o pagamento do débito, a ré manteve-se silente, não pagou, não depositou a importância, tampouco nomeou bens à penhora. Não sendo encontrados bens a serem penhorados, o exequente requereu a suspensão do processo executório e, com base no art. 2º, I, da Lei de Quebras, requereu a falência da executada.

O MM. Juiz de Direito, ao entender que “efetuado neste processo o depósito do valor principal acrescido da verba honorária fixada pelo despacho de fl. 55, não é possível falar-se em insolvabilidade que possa justificar a decretação da quebra”, julgou improcedente o pedido, condenando o autor ao pagamento de custas, despesas processuais e honorários advocatícios fixados em R\$ 500,00, respeitada, todavia, a sua condição de beneficiário da assistência judiciária. Contudo, determinou que “seja colocada à disposição da 1ª Vara desta Comarca a quantia depositada (fl.132) para penhora no processo de execução que tramita naquele Juízo, hoje apenas suspenso.”

As partes apresentaram recurso.

Ao apreciar tais recursos, a Sexta Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, por unanimidade, deu provimento ao apelo do requerente; julgando prejudicado o recurso da requerida, em acórdão cujos fundamentos se resumem na seguinte ementa:

“Falência — Elisão — Honorários advocatícios — Verba a cargo do devedor.

Depositando o valor do crédito reclamado, o devedor reconhece a procedência da pretensão do requerente da quebra e, por isso, se sujeita ao pagamento dos encargos da sucumbência.” (Fl. 186)

Inconformada, a requerida manifestou este recurso especial com arrimo na alínea **a** do permissivo constitucional, apontando negativa de vigência dos arts. 2º, I, e II, § 2º do Decreto-Lei n. 7.661/1945. Sustentou, em síntese, que o depósito previsto no § 2º, do art. 11 da Lei de Quebras é preventivo, e, como tal, não induz a admissão da veracidade das alegações do Requerente. Segundo ela, a falência é instituto anômalo, que somente deve concretizar-se em caso de reconhecida insolvência do devedor comerciante. Ao final, requereu a condenação do recorrido em perdas e danos processuais.

Sem as contra-razões, o apelo nobre foi admitido na origem, subindo os autos a esta Corte.

A Subprocuradoria Geral da República opinou pelo não-conhecimento do recurso. É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Barros Monteiro (Relator): Realmente, com o depósito elisivo feito pelo devedor, não está ele só por isso reconhecendo a procedência do pedido de quebra contra ele aforado. Nesse ponto, a ementa do acórdão recorrido não exprime a melhor interpretação do art. 11, § 2º, da Lei Falencial.

Na execução de título judicial que o credor moveu à requerida, ela não pagou, não depositou, tampouco nomeou bens à penhora. Daí o pedido de falência arrimado no art. 2º, I, do mencionado diploma legal.

Em conformidade com o disposto no referido art. 11, § 2º, do Decreto-Lei n. 7.661/1945, “citado, poderá o devedor, dentro do prazo para defesa, depositar a quantia correspondente ao crédito reclamado, para discussão de sua legitimidade ou importância, elidindo a falência.”

Vale dizer, feito o depósito elisivo, a quebra não poderá mais ser decretada. Entretanto, o Juiz deverá decidir a controvérsia instaurada entre as partes, pronunciando-se acerca da procedência ou improcedência das alegações formuladas pelo devedor. Nesse sentido o escólio de **Rubens Requião**, citado pelo Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, quando do julgamento do REsp n. 145.809-SP **in verbis**:

“A lei falimentar, todavia, não tranca o processo, com o depósito da importância reclamada pelo credor. O juiz deverá decidir: se for verificada a improcedência das alegações do devedor, ordenará, em favor do requerente da falência, o levantamento da quantia depositada, ou da que tiver reconhecido como legitimamente devida. O processo de falência, com o depósito elisivo, transforma-se em processo de cobrança’ (‘Curso de Direito Falimentar’, 1ª vol., 2ª ed. rev. E aum., São Paulo: Saraiva, 1976, n. 82, p. 101).”

Foi exatamente isso o que ocorreu na espécie em exame. Reputando improcedente a defesa apresentada pela requerida, o acórdão recorrido determinou que o credor levantasse o valor depositado, com os encargos sucumbenciais decorrentes.

Inexiste, pois, ofensa alguma ao indigitado art. 11, § 2º, da Lei Falimentar, que restou cumprido às inteiras pelo egrégio Tribunal de origem.

Ademais, também não há falar em contrariedade ao art. 2º, I, do citado estatuto legal. O pedido de falência veio a lume com base no fato de que, citada para os termos da execução de título judicial, a devedora não pagou, não depositou e não nomeou bens à penhora.

A presunção de insolvabilidade resultante dos fatos alegados na peça exordial ficou elidida com o depósito efetuado pela empresa requerida. Nem por isso, entretanto, conforme se assinalou acima, achavam-se desonerados os Julgadores de 1ª e 2ª instância de decidir a pendência jurídica em torno da legitimidade do crédito alegado.

Sem nenhuma razão a ora recorrente, não há por que condenar-se o credor ao pagamento dos aventados danos processuais.

Isso posto, não conheço do recurso.

É o meu voto.

RECURSO ESPECIAL N. 439.509-SP (2002/0068031-0)

Relator: Ministro Barros Monteiro

Recorrente: Ministério Público do Estado de São Paulo

Recorrida: RSPP — Previdência Privada

Advogados: André Gustavo Salvador Kauffman e outros e Eduardo Galdão de Albuquerque e outros

EMENTA

Ação civil pública. Interesses individuais homogêneos. Legitimação do Ministério Público.

— Tratando-se de tutela de interesses individuais homogêneos, o Ministério Público é parte legítima para intentar a ação civil pública. Arts. 81, parágrafo único, III, combinado com o art. 82, I, do CDC. Art. 21 da Lei n. 7.347, de 24.07.1985.

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, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator, na forma do relatório e notas taquigráficas precedentes que integram o presente julgado. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Cesar Asfor Rocha, Fernando Gonçalves e Aldir Passarinho Junior.

Brasília (DF), 18 de maio de 2004 (data do julgamento).

Ministro Barros Monteiro, Relator

DJ 30.08.2004

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Barros Monteiro: Cuida-se de ação civil pública proposta pelo Ministério Público do Estado de São Paulo contra a “GNPP Sociedade Nacional de Previdência Privada”, com a atual denominação de “Montepar Sociedade Nacional de Previdência Privada”, visando obter a declaração de que os benefícios devidos pelos planos de previdência privada contratados com a ré estão sujeitos aos reajustes decorrentes da correção monetária, assim como, de que, em caso de rescisão ou desistência, os segurados têm direito à restituição das quantias depositadas de modo atualizado.

Às fls. 570/573 o MM. Juiz de Direito rejeitou, dentre outras, a preliminar de ilegitimidade de parte ativa. Contra essa decisão a ré interpôs agravo na forma retida.

A ação foi julgada procedente para “declarar como certa a relação jurídica entre a ré e todos os seus segurados cujos benefícios deverão ser reajustados na forma dos itens **a** e **b** da petição inicial e que, em caso de desistência ou rescisão, os segurados terão direito à restituição das quantias depositadas, com a atualização devida a partir da data dos depósitos até o efetivo resgate, pelos índices indicados nos itens anteriores.” (Fls. 914/915)

A Quinta Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, à unanimidade, deu provimento ao agravo retido para declarar a ilegitimidade de parte ativa do Ministério Público, prejudicado o apelo da ré. Eis os fundamentos do acórdão, no que ora interessa:

“(...) ‘não tem o Ministério Público legitimidade ativa para propor ação civil pública para defesa de interesses individuais plúrimos, que não se confundem com interesses coletivos’ (JTJ 208/9; idem 196/9).

O caso dos autos revela interesse de um grupo de pessoas que contratou benefícios previdenciários com a empresa GNPP Sociedade Nacional de Previdência Privada, que não evidencia manifesto interesse social a justificar a intervenção do Ministério Público como autor civil público.

Ante o exposto, dão provimento ao agravo retido para extinguir o processo sem decisão de mérito, com fundamento no art. 267, VI, do Código de Processo Civil, restando prejudicada a apelação. Reembolso de custas e honorários

advocatícios arbitrados em 10% do valor da ação pela Fazenda do Estado de São Paulo.” (Fls. 1.072/1.073)

Rejeitados os declaratórios, o Ministério Público Estadual manifestou este recurso especial com fundamento na alínea **a** do admissivo constitucional, apontando afronta aos arts. 535, II, do CPC; 1º, 81 e 82, I, do Código de Defesa do Consumidor; 17, 18 e 19 da Lei n. 7.347/1985. Arguiu a nulidade do julgado por não haver suprido a omissão apontada. De outro lado, sustentou a sua legitimidade de parte ativa **ad causam**, uma vez que os segurados representam uma coletividade de consumidores vinculados à ré por uma mesma relação consumerista. Asseverou que o propósito da ação é assegurar a higidez do sistema de captação de poupança pública na área de previdência privada. Por fim, requereu o cancelamento da condenação relativa aos ônus sucumbenciais, uma vez comprovada a má-fé.

Contra-arrazoado, o apelo extremo foi inadmitido na origem, subindo os autos a este Tribunal por força do provimento do Agravo n. 332.611-SP.

A Subprocuradoria Geral da República opinou pelo provimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Barros Monteiro (Relator): 1. Inexiste a omissão atribuída ao v. acórdão. Apreciou ele a questão substancial concernente à legitimação do Ministério Público para intentar a ação civil pública, decidindo-a com os fundamentos que lhe pareceram pertinentes. Prescindível é que o julgado faça alusão a cada uma das normas infraconstitucionais invocadas pelos litigantes.

2. Acha-se satisfeito, no caso, o requisito do prequestionamento, pois a matéria versada no acórdão recorrido disse respeito à ilegitimidade de parte ativa do Ministério Público Estadual para propor a ação civil pública, tema que ora é enfocado no apelo especial interposto.

3. Trata-se, no caso, da defesa dos direitos e interesses individuais homogêneos, uma vez que o objeto da pretensão diz respeito a grupo determinado ou determinável de pessoas que compartilham prejuízos de origem comum.

A jurisprudência desta Casa orienta-se francamente no sentido de se admitir a legitimidade do Ministério Público em tais hipóteses, quando existente interesse social compatível com a finalidade da instituição (REsps ns. 168.859-RJ, 177.965-PR e 404.239-PR, todos de relatoria do Ministro Ruy Rosado de Aguiar). Nessa linha também pode ser mencionado o REsp n. 105.215-DF, Relator Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, no qual se pleiteou em ação coletiva:

“a) à nulidade de cláusula contratual inquinada de nula (juros mensais); b) à indenização pelos consumidores que já firmaram os contratos em que constava tal cláusula; c) à obrigação de não mais inserir nos contratos futuros a referida cláusula”.

Tenho que, nessas condições, o acórdão recorrido, ao negar legitimação ao *Parquet* Estadual para propor esta ação civil pública, contrariou os arts. 81, parágrafo único, III, e 82, I, da Lei n. 8.078, de 11.9.1990, e 21 da Lei n. 7.347, de 24.07.1985.

Não se vê incompatibilidade entre a regra inscrita no art. 82, I, da Lei n. 8.078, de 11.09.1990, c.c. o art. 81, parágrafo único, III, do mesmo diploma legal, e a norma do art. 127 da Constituição da República. A circunstância de a preceituação constitucional aludir à defesa dos interesses individuais indisponíveis não obsta a que o legislador ordinário confira legitimação ao *Parquet* para agir em defesa de direitos que, embora disponíveis, contenham suficiente abrangência ou repercussão social, para utilizar as expressões empregadas por **Hugo Nigro Mazzilli** (ob. citada, p. 69). As disposições legais não entram em choque com a norma constitucional; na verdade, ajusta-se ao espírito que norteou o legislador constituinte. Do mesmo escoliasta retiro, a respeito, as seguintes observações:

“Quando é que o Ministério Público age em defesa do consumidor?

Para alguns, a instituição só deve defender interesses difusos e coletivos dos consumidores, pois só a estes se refere o art. 129, III, da Constituição. Sob esta interpretação, ficaria excluída a defesa de interesses individuais homogêneos.

Para outros, ao contrário, a conjunção dos arts. 81 e 82 do CDC permite a defesa de quaisquer interesses transindividuais pelo Ministério Público.

A crítica a essas posições já a fizemos no Cap. 4, n. 14. Ora acrescentamos que não basta que a lei ordinária presuma a existência de um interesse social para obrigar à sua defesa pelo Ministério Público, pois isto seria o mesmo que permitir que o legislador infraconstitucional pudesse pô-lo em defesa de interesses incompatíveis com sua finalidade institucional.

A nosso ver, a resposta à indagação acima formulada dependerá do tipo de interesse ou do pedido a ser formulado.

A atuação do Ministério Público sempre é cabível em defesa de interesses difusos, em vista de sua abrangência. Já em defesa de interesses coletivos ou individuais homogêneos, atuará sempre que a) haja manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou pelas características do dano, ainda que potencial;

b) seja acentuada a relevância do bem jurídico a ser defendido; c) esteja em questão a estabilidade de um sistema social, jurídico ou econômico.

O Superior Tribunal de Justiça, em diversos julgamentos, admitiu a legalidade ativa do Ministério Público para propor ação civil pública versando a discussão sobre a legitimidade de cobrança de mensalidades escolares, ‘uma vez caracterizados na espécie o interesse coletivo e a relevância social. Por sua vez, o plenário do Supremo Tribunal Federal para propor ação civil pública em defesa de interesses coletivos ligados ao reajuste de mensalidades escolares.

Assim, se a defesa de interesse coletivo ou individual homogêneo convier à coletividade como um todo, deve o Ministério Público assumir sua tutela. Nos casos de interesses de pequenos grupos, sem características de indisponibilidade ou sem suficiente abrangência social, não se justificará a iniciativa ou a intervenção do Ministério Público” (ob. citada, pp. 131/132).

Forçoso reconhecer, no caso em tela, o interesse social compatível com a finalidade da instituição autora, uma vez que o seu objetivo maior aqui é resguardar os interesses de segurados da entidade de previdência privada, de danos em face interpretação que a referida pessoa jurídica vem conferindo aos contratos e planos com ela celebrados.

4. Isso posto, conheço, em parte, do recurso e, nessa parte, dou-lhe provimento, a fim de que, afastada a ilegitimidade do Ministério Público Estadual, a egrégia Câmara julgue a apelação como entender de direito.

É o meu voto.

VOTO

O Sr. Ministro Cesar Asfor Rocha: Sr. Presidente, acompanho o voto do Sr. Ministro-Relator, conhecendo parcialmente do recurso especial e, nessa parte, dando-lhe provimento, com ressalva do meu ponto de vista.

RECURSO ESPECIAL N. 491.618-PR (2002/0171062-6)

Relator: Ministro Jorge Scartezzini

Recorrente: Paulino Cordeiro

Advogado: Paulino Andreoli

Recorrido: Instituto Nacional do Seguro Social — INSS

Procuradores: Maria Candida do Amaral Kroetz e outros

EMENTA

Civil — Reintegração de posse — Provas — Alegação de cerceamento de defesa — Inocorrência — Divergência jurisprudencial — Não-comprovação.

1. No que pertine ao cabimento do presente recurso pela alínea **c** do inciso III do art. 105 da Carta Magna, esta Corte Superior de Uniformização Infraconstitucional tem decidido que, a teor do art. 255 e §§ do RISTJ, para comprovação e apreciação do dissídio jurisprudencial, devem ser mencionadas e expostas as circunstâncias que identificam ou assemelham os casos confrontados, bem como juntadas cópias integrais de tais julgados ou, ainda, citado repositório oficial de jurisprudência. Ocorre que, **in casu**, tais requisitos não foram observados. Impossível, sob este prisma, conhecer da divergência aventada.

2. Compulsando os autos, verifico que o recorrente, além de se restringir a transcrição de ementas, não indicou repositório oficial ou autorizado em que tenham sido publicados os arestos paradigmas colacionados.

3. No que tange a alegação de violação aos arts. 130 e 330 do Código de Processo Civil (alínea **a** do autorizador constitucional), porquanto não lhe foi deferida a realização de prova por meio da qual pretendia comprovar a posse que exerce sobre o imóvel, o recurso improcede. Com efeito, a decisão do magistrado local, devidamente confirmada pelo Tribunal **a quo**, lastreou-se no conjunto probatório carreado aos autos, não havendo que se falar, portanto, em cerceamento de defesa. Na realidade, o centro de tal afirmação (cerceamento de defesa) está no fato de o magistrado local haver indeferido pedido de prova pericial e testemunhal (fl. 121). Entretanto, tal indeferimento se deu em razão da área já haver sido objeto de litígio (com trânsito em julgado), insistindo Abdon Soares — de quem o recorrente foi sucessor — em repassar lotes de terra que não eram de sua propriedade.

4 - 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, em não conhecer do recurso, nos termos

do voto do Sr. Ministro-Relator, com quem votaram os Srs. Ministros Barros Monteiro, Cesar Asfor Rocha, Fernando Gonçalves e Aldir Passarinho Júnior.

Brasília (DF), 16 de novembro de 2004 (data do julgamento).

Ministro Jorge Scartezzini, Relator

DJ 17.12.2004

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Jorge Scartezzini: Infere-se dos autos que Paulino Cordeiro ofereceu oposição contra o Instituto de Administração Financeira da Previdência e Assistência Social — Iapas, sucedido pelo Instituto Nacional do Seguro Social — INSS. Alegou o oponente ser o legítimo possuidor da área sobre que controvertem os opostos nos autos da ação de reintegração de posse. Aduziu ter adquirido a área a justo título e boa-fé, através de cessão de direitos, pagando integralmente o preço. Acrescentou que ao lado do lote do oponente encontra-se o terreno ocupado por Waldemar Torres, e que não há cerca ou muro separando os terrenos, fato que provavelmente levou o Iapas — INSS a supor que o lote fosse um só.

A Autarquia, por sua vez, em sede de contestação, arguiu, em sede preliminar, carência de ação, bem como pleiteou a reintegração de posse.

O magistrado de primeiro grau julgou improcedente a oposição e procedente o pedido de proteção possessória formulado pelo Instituto Previdenciário, reintegrando-o na posse do imóvel, possibilitando ao oponente o levantamento das benfeitorias realizadas.

Irresignada, as partes apelaram, tendo o Tribunal **a quo** negado provimento a ambos os recursos, nos seguintes termos (fl. 191), **in verbis**:

“Processo Civil. Oposição em reintegração de posse. Pressupostos.

Improvemento do agravo e das apelações.”

Daí, o presente recurso especial, interposto com fundamento nas alíneas **a** e **c** do permissivo constitucional, onde o recorrente alega, em síntese, violação aos arts. 130 e 330 do CPC, arguindo nulidade do feito por cerceamento de defesa, porquanto não lhe foi deferida a realização de prova por meio do qual pretendia comprovar a posse que exerce sobre o imóvel. Apontou, ainda, divergência jurisprudencial.

Sem contra-razões.

Admissibilidade à fl. 234.

Após, vieram-me conclusos os autos por atribuição.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Jorge Scartezzini (Relator): Sr. Presidente, como relatado, alega o recorrente, em apertada síntese, violação aos arts. 130 e 330 do CPC, arguindo nulidade do feito por cerceamento de defesa, porquanto não lhe foi deferida a realização de prova por meio da qual pretendia comprovar a posse que exerce sobre o imóvel. Apontou, ainda, divergência jurisprudencial.

Inicialmente, no que pertine ao cabimento do presente recurso pela alínea **c** do inciso III do art. 105 da Carta Magna, esta Corte Superior de Uniformização Infraconstitucional tem decidido que, a teor do art. 255 e §§ do RISTJ, para comprovação e apreciação do dissídio jurisprudencial, devem ser mencionadas e expostas as circunstâncias que identificam ou assemelham os casos confrontados, bem como juntadas cópias integrais de tais julgados ou, ainda, citado repositório oficial de jurisprudência. Ocorre que, **in casu**, tais requisitos não foram observados. Impossível, sob este prisma, conhecer da divergência aventada (cf. REsp n. 363.270-PE, Relator Ministro Hamilton Carvalhido, DJ de 28.06.2004; EAREsp n. 510.688-DF, Relator Ministro Luiz Fux, DJ de 1ª.03.2004; REsp n. 151.008-PE, Relator Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ de 24.02.2003; AEREsp n. 46.071-SP, Relator Ministro Cesar Asfor Rocha, DJ de 27.04.1998, entre outros).

Compulsando os autos, verifico que o recorrente, além de se restringir a transcrição de ementas, não indicou repositório oficial ou autorizado em que tenham sido publicados os arestos paradigmas colacionados.

No que tange à alegação de violação aos arts. 130 e 330 do Código de Processo Civil (alínea **a** do autorizador constitucional), porquanto não lhe foi deferida a realização de prova por meio da qual pretendia comprovar a posse que exerce sobre o imóvel, o recurso improcede. Com efeito, a r. sentença, nesse particular, ressaltou (fl. 133):

“Na ação reintegratória litigiosa promovida por Abdon Soares e s/m contra o Iapas, hoje, INSS, foi reconhecida a prescrição do direito de ação sobre a gleba de 191.480m², dentro da qual se localiza a área objeto da presente possessória (fls. 12/18). Naquela demanda, restou evidenciado que Abdon Soares não tinha a posse do imóvel cujas partes transferiu a terceiros, circunstâncias a configurar esbulho por parte de todos aqueles que ocuparam a referida área com suporte em transmissão de posse efetivada por quem não

era possuidor. Com isso, resta examinar aqui, tão-só, a posse do querelante sobre o imóvel, aferindo-se antes, a questão atinente à divergência acerca da localização e denominação da área litigiosa.

De outro lado, disse o v. acórdão recorrido (fl.188):

“Se, conforme se observa da leitura dos autos, o oponente alega ter adquirido o imóvel a justo título e boa-fé, tendo firmado compromisso particular de compra e venda registrado em Cartório de Títulos e Documentos e tal compra foi realizada da seguinte forma: figurando como transmitentes Abdon Soares e s/m e como adquirente Paulo Adolfo Nazário, sendo que Paulino Cordeiro, tornou-se sucessor deste último, configurado está o vício, como se observa da leitura da sentença do processo acima descrito...”

Ora, a toda evidência que a decisão do magistrado local, devidamente confirmada pelo Tribunal **a quo**, lastreou-se no conjunto probatório carreado aos autos, não havendo que se falar, portanto, em cerceamento de defesa. Na realidade, o centro de tal afirmação (cerceamento de defesa) está no fato de o magistrado local haver indeferido pedido de prova pericial e testemunhal (fl. 121). Entretanto, tal indeferimento se deu em razão da área já haver sido objeto de litígio (com trânsito em julgado), insistindo Abdon Soares — de quem o recorrente foi sucessor — em repassar lotes de terra que não eram de sua propriedade. Neste ponto, disse o **decisum**:

“Na Ação Reivindicatória n. 00.0006562-5 que Abdon Soares e sua mulher moveram contra o Instituto Nacional de Previdência Social — INPS e outros, por sentença transitada em julgado, os autores foram julgados carecedores de ação, por não lograrem demonstrar a identidade física do imóvel reivindicando com o aludido em seus títulos de domínio.

Versam, portanto, os presentes autos sobre coisa julgada. Não há que se falar em produção de prova pericial nem testemunhal para pretender demonstrar que a área do autor não é a mesma da do réu. O fato é que Abdon Soares e sua mulher continuaram a vender lotes de terra que não são de sua propriedade (doc. de fl. 06).”

Por tais fundamentos, não conheço do recurso.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 561.833-RJ (2003/0129096-6)

Relator: Ministro Jorge Scartezzini

Recorrente: G. S. dos S.

Advogado: Zady de Andrade Ramos — Defensor Público

Recorrido: A. P. de A.

Advogado: Lucano Antony — Defensor Público

EMENTA

Civil e Processual Civil — Separação — Conversão em divórcio — Ausência de cumprimento das obrigações — Recurso de apelação indeferido liminarmente — Decisões desta Corte em sentido contrário.

1. O recurso de apelação interposto contra o **decisum** que acolheu o aludido pedido de conversão visava à alteração do julgado, com base no art. 36 da Lei n. 6.515/1977, sob a alegação de descumprimento das obrigações assumidas quando do acordo de separação judicial, por parte de sua ex-consorte, já que esta permitiu ao ora recorrente a ocupação de apenas parte da área a ele atribuída na referida avença.

2. Ora, tal pretensão, na forma como colocada pelo apelante, está amparada em dispositivo que trata justamente da impossibilidade de conversão da separação judicial em divórcio na hipótese de descumprimento das obrigações assumidas pelo requerente na separação. Destarte, não se trata de insurgência despropositada ou meramente protelatória. Por outro lado, há que se observar o duplo grau de jurisdição, que admite, como regra o reexame da causa com a devolução plena da matéria, em caso de apelação, ao órgão colegiado.

3. Ademais, o entendimento desta Corte é no sentido de que “configura óbice à decretação do divórcio por conversão a inadimplência das obrigações alimentares assumidas quando do acordo de separação judicial” (REsp n. 346.935-MG, Relator Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ de 24.03.2003).

4. Assim, como bem salientou o eminente Ministro Franciulli Netto, “Não se pode indeferir liminarmente o recurso, com base no CPC, 557, se existe no STJ, entendimento jurisprudencial compatível com a pretensão do recorrente, pois nesse caso, o recurso não é manifestamente improcedente.” (Cf. REsp n. 185.143-CE, DJ de 09.04.2001)

5. Por fim, apenas para registro, impõe salientar que foi pactuado na separação judicial que o cônjuge varão ficaria com a posse de 300m². Entretanto, sua ex-consorte permitiu sua ocupação em apenas 80,40m². A meu sentir, se comprovada tal circunstância, configurar-se-ia descumprimento de obrigação assumida na separação. Não se caracteriza, pois, como manifestamente improcedente o recurso de apelo baseado na referida alegação, e muito menos protelatório, merecendo reforma o acórdão impugnado.

6. Recurso conhecido e provido para, cassando o **decisum** impugnado, determinar que a Corte local aprecie o recurso de apelação ali interposto, bem como para afastar a multa aplicada.

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, em conhecer do recurso e lhe dar provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator, com quem votaram os Srs. Ministros Barros Monteiro, Cesar Asfor Rocha, Fernando Gonçalves e Aldir Passarinho Junior.

Brasília (DF), 16 de novembro de 2004 (data do julgamento).

Ministro Jorge Scartezzini, Relator

DJ 17.12.2004

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Jorge Scartezzini: Infere-se dos autos que Anita Pereira de Abreu ajuizou ação de conversão de separação em divórcio, em face de Geraldo do Socorro Santos, alegando que se encontrava separada judicialmente do réu desde 08.04.1997, ocasião em que pleiteou a manutenção do acordo estabelecido na separação.

Em contestação, o réu afirmou que o inadimplemento da autora das cláusulas estabelecidas na separação judicial, especialmente no tocante à ocupação por ele da área da casa onde reside que lhe foi atribuída em tal acordo, impede a conversão desta em divórcio.

O douto juízo de primeiro grau julgou procedente a ação para decretar o divórcio das partes, extinguindo o processo com julgamento de mérito (fl. 21).

Irresignado, o réu apelou, tendo o Desembargador-Relator rejeitado liminarmente o recurso, em decisão assim fundamentada, **verbis**:

“Rejeição liminar do presente recurso porque flagrantemente improcedente, na forma do art. 557 do Código de Processo Civil.

Como bem fundamentado nas promoções de fls. 20 e 46/50, do representante do Ministério Público, adotada a primeira pela sentença de fl. 21, bem como o parecer de fls. 55/56, nenhum óbice existe a negar a conversão de separação judicial em divórcio pretendida pela apelada.

Se de outra forma a apelada está esbulhando eventual direito do apelante, tal circunstância, ainda que verdadeira, não configura qualquer obrigação ajustada na separação judicial, devendo o mesmo, sendo o caso, buscar as vias próprias para defesa dos seus direitos.

Face à natureza flagrantemente protelatória do recurso, imponho ao apelante e sua defensora multa de 10% sobre o valor dado à causa, na forma do art. 14-I a III do Código de Processo Civil.” (Fl. 65)

Interposto agravo regimental, este foi parcialmente provido pela Terceira Câmara Cível do TJRJ apenas para afastar a multa imposta à Defensoria Pública, nos seguintes termos, **verbis**:

“A decisão agravada deve ser reformada parcialmente, por ser o recurso flagrantemente inadmissível, com provimento apenas, para o afastamento da multa antes imposta.

A natureza protelatória do recurso se enquadra na disposição da norma dos arts. 16 e seguintes do Código de Processo Civil, impondo-se, pois, ao apelante em favor da apelada, indenização de 10% (dez por cento) sobre o valor da causa, afastando-se, assim, a multa anteriormente imposta à Defensoria Pública.”

Daí, o presente recurso especial, interposto com fundamento no art. 105, III, alíneas **a**, e **c** da Constituição Federal, em que o recorrente sustenta ter a decisão hostilizada contrariado o art. 36 da Lei n. 6.515/1977, alegando ser óbice à decretação do divórcio por conversão a inadimplência com as obrigações assumidas quando do acordo da separação judicial; os arts. 14 e 16 do CPC, “eis que injustificável a imposição do pagamento de indenização a hipossuficiente que interpôs apelo legítimo e de cunho não protelatório e que é, ademais, assistido pela Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro.” (Fl. 95); e o art. 557, **caput**, do Código de Processo Civil, consubstanciado na negativa de seguimento ao apelo.

Aduz, ainda, que o referido aresto diverge da jurisprudência desta Corte, colacionando, para tanto, o REsp n. 12.353-SP da relatoria do Ministro Waldemar Zveiter.

Contra-razões apresentadas às fls. 100/101.

Admitido o recurso pelo Tribunal de origem (fl. 107), os autos subiram para esta Corte.

A douta Suprocuradoria Geral da República, em seu parecer, opina pelo provimento do recurso, resumido da seguinte forma, **verbis**:

“Civil e Processual Civil. Família. Conversão de separação em divórcio. Aplicação de multa. Recurso tido como protelatório. Apelo nobre fundado em dispositivo de lei e em entendimento jurisprudencial. Recurso especial. Pelo provimento.” (Fl. 112)

Após, vieram-me conclusos os autos por atribuição.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Jorge Scartezzini (Relator): Sr. Presidente, como relatado, consta dos autos que Anita Pereira de Abreu, ora recorrida, ajuizou ação de conversão de separação judicial em divórcio, em face de Geraldo do Socorro Santos, que foi julgada procedente pelo magistrado de primeiro grau, extinguindo o processo com julgamento de mérito.

Em sede de apelação, o Desembargador-Relator, com fulcro no art. 557 do CPC, rejeitou liminarmente o recurso interposto pelo réu, impondo multa ao apelante e sua defensora de 10% sobre o valor da causa, na forma do art. 14, I a III, do CPC, em face da natureza flagrantemente protelatória do recurso. Assim, salientou a inexistência de óbice à pretendida conversão de separação em divórcio, devendo eventual esbulho do direito do apelante ser contestado pelas vias próprias. Interposto agravo regimental, este foi parcialmente provido apenas para afastar a multa imposta à Defensoria Pública.

No presente recurso especial, o recorrente sustenta violação ao art. 557, **caput**, do Código de Processo Civil, consubstanciado na negativa de seguimento ao apelo, aos arts. 14 e 16 do CPC, “eis que injustificável a imposição do pagamento de indenização a hipossuficiente que interpôs apelo legítimo e de cunho não protelatório e que é, ademais, assistido pela Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro.” (Fl. 95), bem como ao art. 36 da Lei n. 6.515/1977, sob o argumento de ser óbice à decretação do divórcio por conversão a inadimplência com as obrigações assumidas quando do acordo da separação judicial, além de dissídio jurisprudencial.

O recurso merece ser provido.

Com efeito, dispõe o art. 557 do CPC, **verbis**:

“Art. 557. O Relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo Tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior.”

In casu, o recurso de apelação interposto contra o **decisum** que acolheu o aludido pedido de conversão visava à alteração do julgado, com base no art. 36 da Lei n. 6.515/1977, sob a alegação de descumprimento das obrigações assumidas quando do acordo de separação judicial, por parte de sua ex-consorte, já que esta permitiu ao ora recorrente a ocupação de apenas parte da área a ele atribuída na referida avença.

Ora, tal pretensão, na forma como colocada pelo apelante, está amparada em dispositivo que trata justamente da impossibilidade de conversão da separação judicial em divórcio na hipótese de descumprimento das obrigações assumidas pelo requerente na separação. Destarte, não se trata de insurgência despropositada ou meramente protelatória.

Por outro lado, há que se observar o duplo grau de jurisdição, que admite, como regra o reexame da causa com a devolução plena da matéria, em caso de apelação, ao órgão colegiado.

Ademais, o entendimento desta Corte é no sentido de que “configura óbice à decretação do divórcio por conversão a inadimplência das obrigações alimentares assumidas quando do acordo de separação judicial” (REsp n. 346.935-MG, Relator Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ de 24.03.2003) Nessa esteira, ainda, o seguinte aresto:

“Agravos no recurso especial — Direito Civil — Conversão de separação em divórcio — Obrigação decorrente da separação judicial — Descumprimento — Pedido de conversão — Improcedência — Acórdão em consonância com jurisprudência pacífica — Súmula n. 83 do STJ.

I - O descumprimento de obrigação deduzida da separação judicial é matéria abordável quando da contestação em ação de conversão de separação em divórcio e pode dar causa à improcedência do pedido, nos termos do art. 36, parágrafo único, II, da Lei n. 6.515/1977.

II - Não se conhece do recurso especial quando o v. acórdão recorrido afina-se à jurisprudência desta Corte (Súmula n. 83 do STJ).

Agravos no recurso especial a que se nega provimento.” (AgRg no REsp n. 244.733-SP, Relatora Ministra Nancy Andrighi, DJ de 23.10.2000)

Assim, como bem salientou o eminente Ministro Franciulli Netto, “Não se pode indeferir liminarmente o recurso, com base no CPC, 557, se existe no STJ, entendimento jurisprudencial compatível com a pretensão do recorrente, pois nesse caso, o recurso não é manifestamente improcedente.” (Cf. REsp n. 185.143-CE, DJ de 09.04.2001)

Por fim, apenas para registro, impõe salientar que foi pactuado na separação judicial que o cônjuge varão ficaria com a posse de 300m². Entretanto, sua ex-consorte permitiu sua ocupação em apenas 80,40m². A meu sentir, se comprovada tal circunstância, configurar-se-ia descumprimento de obrigação assumida na separação.

Não se caracteriza, pois, como manifestamente improcedente o recurso de apelo baseado na referida alegação, e muito menos protelatório, merecendo reforma o acórdão impugnado.

Nesse diapasão, as lúcidas considerações expendidas pela douta Subprocuradoria Geral da República, em seu parecer, que transcrevo e adoto, **verbis**:

“À evidência, a apelação interposta não se mostra protelatória. Isto proque sua fundamentação encontra-se escorada no art. 36 da Lei n. 6.515/1977, bem como em arestos proferidos por esse egrégio Superior STJ. Cumpre salientar que a alteração de entendimento a respeito da possibilidade de conversão da separação judicial em divórcio, independentemente do cumprimento de acordo, resulta de interpretação evolutiva da jurisprudência. Contudo, jamais poderia esse novo entendimento, ainda que já consolidado por ocasião do manejo recursal, resultar na interpretação de que o recurso fora deduzido com fins jurisdicionais. O sistema do duplo grau foi adotado entre nós, consubstanciando uma de suas razões básicas a tendência do ser humano de não se conformar com a decisão que beneficia a parte com quem está em litúgio. Nas palavras do Professor **Bernardo Pimentel de Souza**:

‘A irrisignação que as decisões desfavoráveis — especialmente a primeira — causam no espírito do vencido também inspira a adoção de um sistema recursal. Com efeito, é da própria natureza humana não se conformar com a decisão que beneficia o adversário.’ (**Souza, Bernardo Pimentel**, ‘Introdução aos Recursos Cíveis’ — Brasília Jurídica, 2000)”. (Fl. 113)

Ante o exposto, conheço do recurso e dou-lhe provimento para, cassando o **decisum** impugnado, determinar que a Corte local aprecie o recurso de apelação ali interposto, bem como para afastar a multa aplicada.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 615.300-MG (2003/0217150-4)

Relator: Ministro Aldir Passarinho Junior
Recorrente: MRV — Serviços de Engenharia Ltda
Advogados: Eduarda Cotta e outro
Recorrida: Rosane do Nascimento
Advogados: José Renato Martins Silva e outro

EMENTA

Civil. Promessa de compra e venda. Ação pretendendo a rescisão e restituição das importâncias pagas. Inadimplência da autora reconhecida. Posse do imóvel por longo tempo. Retenção de 50% em favor da vendedora, como ressarcimento de despesas. Código de Defesa do Consumidor, arts. 51, II, 53 e 54. Código Civil, art. 924. Juros moratórios indevidos.

I - A colenda Segunda Seção do STJ, em posição adotada por maioria, admite a possibilidade de resilição do compromisso de compra e venda por iniciativa do devedor, se este não mais reúne condições econômicas para suportar o pagamento das prestações avançadas com a empresa vendedora do imóvel e, aqui, recai em inadimplência contratual (REsp n. 59.870-SP, Relator Ministro Barros Monteiro, DJ de 09.12.2002).

II - O desfazimento do contrato dá ao comprador o direito à restituição das parcelas pagas, porém não em sua integralidade, notadamente quando este recebeu as chaves e vem habitando o imóvel há vários anos, sob pena de se proporcionar enriquecimento sem causa do autor, cuja inadimplência no pagamento de parcela intermediária foi reconhecida nos autos. Percentual de retenção fixado em 50%, em face da peculiaridade do caso.

III - Incabível a condenação em juros moratórios da ré, se além de haver ensejado motivo à rescisão, o autor ainda retém o imóvel.

IV - Recurso especial conhecido e parcialmente provido.

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 parcial provimento, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Participaram do julgamento os Srs. Ministros Jorge Scartezzini, Barros Monteiro, Cesar Asfor Rocha e Fernando Gonçalves. Custas, como de lei.

Brasília (DF), 17 de março de 2005 (data da retificação).

Ministro Aldir Passarinho Junior, Relator

DJ 09.05.2005

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Aldir Passarinho Junior: MRV — Serviços de Engenharia Ltda interpõe, pelas letras **a** e **c** do art. 105, III, da Constituição Federal, recurso especial contra acórdão do Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais, assim ementado (fl. 133):

“Promessa de compra e venda — Rescisão do contrato — Restituição de prestações — Correção monetária — Retenção de valor — Multa.

— Em caso de rescisão de contrato de promessa de compra e venda, com restituição das prestações pagas do promissário comprador, a jurisprudência vem se firmando no sentido de que a retenção feita pelo promitente vendedor para fazer frente às despesas com taxa de administração, com comercialização e também pelo uso do imóvel, não deve ultrapassar o limite dos 10% do **quantum** restituído, sob pena de ser tal retenção considerada abusiva, ao teor do que dispõe o CDC.

— As prestações restituídas do promissário comprador devem ser atualizadas monetariamente a partir do desembolso de cada parcela e não do ajuizamento da ação, a fim de que não ocorra o enriquecimento sem causa do vendedor.

— As multas cobradas pelo promitente vendedor ao ensejo de pagamentos de prestações com atraso, em consonância com o que foi contratado entre as partes, não devem fazer parte do montante a ser restituído ao promissário comprador.”

Alega a recorrente que a retenção determinada pela Corte Estadual, de apenas 10% das parcelas pagas, é incompatível com as despesas administrativas decorrentes do imóvel vendido, causando enriquecimento sem causa da promitente compradora inadimplente, apontando paradigmas em que a retenção chegou à metade dos valores quitados.

Aduz que a decisão viola os arts. 159, 924 e 1.056 do Código Civil, que dão respaldo ao ressarcimento por perdas e danos causados pela desistência e inadimplência do contrato.

Destaca que a recorrida recebeu o imóvel em 15.02.1996 e está na sua posse, de modo que o percentual deve considerar esta particularidade.

Inconforma-se com a condenação aos juros moratórios, pois, no seu entender, não está em mora, mas sim a parte contrária, de modo que foram ofendidos os arts. 1.536 c.c. 962 e 1.062 do Código Civil.

Contra-razões às fls. 192/195, salientando que o acórdão decidiu de conformidade com a equidade, nada havendo a alterar.

O recurso especial não foi admitido na instância de origem (fls. 197/200), subindo ao STJ por força de provimento dado ao Ag n. 519.533-MG (fl. 202).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Aldir Passarinho Junior (Relator): Trata-se de ação movida pela ora recorrida contra empresa construtora, objetivando a rescisão do contrato de promessa de compra e venda e o recebimento da totalidade das parcelas pagas, em face de alegada exorbitância nos valores cobrados, fruto de cláusulas que a autora considerou abusivas, acarretando a sua desistência da aquisição de imóvel em empreendimento residencial promovido pela ré.

A pretensão foi acolhida em parte em 1º e 2º graus, pelo Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais, neste em maior extensão, para fixar a retenção no equivalente a 10% das parcelas pagas.

No julgamento do EREsp n. 59.870-SP, a Segunda Seção, por maioria, entendeu ser possível ao consumidor, adquirente de imóvel, propor o desfazimento da compra em face de impossibilidade sua no adimplemento das prestações.

O acórdão, de relatoria do eminente Ministro Barros Monteiro, está assim ementado:

“Promessa de venda e compra. Resilição. Denúncia pelo compromissário comprador em face da insuportabilidade no pagamento das prestações. Restituição.

— O compromissário comprador que deixa de cumprir o contrato em face da insuportabilidade da obrigação assumida tem o direito de promover ação a fim de receber a restituição das importâncias pagas.

Embargos de divergência conhecidos e recebidos, em parte”.

Na ocasião, proferi voto vencido, acompanhando a divergência inaugurada pelo ilustre Ministro Ari Pargendler, com a seguinte fundamentação:



“De toda sorte, inobstante o que se disse acima, adentro, de logo, também no mérito, e tenho que a razão está com a interpretação dada pela divergência.

É que não extraio do art. 53, **caput**, a compreensão de que ela se dirige à hipótese — como a presente — em que a iniciativa da rescisão parte do próprio devedor inadimplente. Essa situação era prevista, como bem acentuado pelo eminente Ministro Ari Pargendler, no § 1º, que foi vetado. E as razões do veto presidencial, transcritas no voto do Relator do recurso especial, à fl. 397, não deixam dúvida alguma da clara intenção de postergar, para legislação posterior, tal espécie de resilição.

Assim, a tese oposta importa, na realidade, na revigoração de uma disposição deliberadamente afastada pelo legislador, de sorte que estaria, aí, o Judiciário, não suprimindo simplesmente uma lacuna, porém assumindo papel que não lhe cabe na distribuição constitucional dos poderes do Estado.

E, de outro lado, também não identifico contrariedade ao art. 54, § 2º, porquanto, a par do entendimento da instância ordinária, soberana na interpretação do quadro fático específico, de que não se cuidava de contrato de adesão, a cláusula é facultativa, inexistente na espécie em prol da consumidora.”

Ocorre, porém, que, como antes frisado, tal posição restou minoritária, de sorte que curvo-me ao entendimento que prevaleceu e, de consequência, estou em que o pedido inicial procede nesse tópico.

No mesmo EREsp n. 59.870-SP foi definido como razoável, para o ressarcimento às despesas administrativas, propaganda, corretagem, depreciação imobiliária (de imóvel novo para usado), desgaste pelo uso, impostos, etc., recolocação no mercado etc., alusivas à unidade residencial em comento, um percentual de retenção, em favor da vendedora, da ordem de 25% (vinte e cinco por cento) das parcelas pagas pelo comprador (cf. voto do Ministro Barros Monteiro).

Seguindo nesse novo rumo, a Quarta Turma também fixou o mesmo percentual no REsp n. 196.311-MG, de relatoria do douto Ministro Cesar Asfor Rocha (unânime, DJ de 19.08.2002).

Também no julgamento dos REsps. ns. 59.626-SP e 218.032-MG, de minha relatoria, decidiu-se, respectivamente, que:

“Civil. Promessa de compra e venda. Contrato firmado anteriormente à vigência do Código de Defesa do Consumidor. Devolução de parcelas pagas. Art. 924 do Código Civil. Precedentes da Corte.

I - Celebrado o contrato antes da vigência do Código de Defesa do Consumidor, válida é a cláusula que prevê a perda das prestações pagas de um contrato de promessa de compra e venda.

II - Todavia, tal direito não é absoluto, havendo que conformar-se às particularidades de cada caso concreto e consideradas as custas administrativas, operacionais e de corretagem da empresa construtora, sob pena de injustificada redução patrimonial. Retenção fixada em 25% (vinte e cinco por cento) das parcelas pagas.

III - Recurso especial conhecido e parcialmente provido.”

(Quarta Turma, unânime, DJ de 02.12.2002)

(...)

“Civil e Processual. Compromisso de compra e venda. Resilição pelo comprador por insuportabilidade da prestação. Possibilidade. Retenção sobre parte das parcelas pagas (25%). Código de Defesa do Consumidor, arts. 51, II, 53 e 54. Código Civil, art. 924.

I - A colenda Segunda Seção do STJ, em posição adotada por maioria, admite a possibilidade de resilição do compromisso de compra e venda por iniciativa do devedor, se este não mais reúne condições econômicas para suportar o pagamento das prestações avençadas com a empresa vendedora do imóvel (REsp n. 59.870-SP, Relator Ministro Barros Monteiro, DJ de 09.12.2002).

II - Pretensão que não fica obstada pelo fato de o comprador, no momento em que notifica a vendedora dessa pretensão, se achar em dia com as parcelas, por não ser razoável exigir-se, para a prova da alegação das dificuldades econômicas, o prévio inadimplemento obrigacional, se o autor prefere ainda honrar, apesar dos ônus, seus compromissos, até o instante em que submete a questão ao Poder Judiciário.

III - O desfazimento do contrato dá ao comprador o direito à restituição das parcelas pagas, porém não em sua integralidade, em face do desgaste no imóvel devolvido e das despesas realizadas pela vendedora com corretagem, propaganda, administrativas e assemelhadas, sob pena de injustificada redução patrimonial em seu desfavor, sem que, no caso, tenha dado causa ao desfazimento do pacto. Retenção elevada. Precedentes.

IV - Recurso especial conhecido e parcialmente provido.”

(Quarta Turma, unânime, DJ de 25.08.2003)

Sucedee, todavia, que a espécie dos autos traz uma importante *particularidade*.

A autora recebeu as chaves e tomou posse do imóvel há vários anos, portanto, a se dar a mesma solução dos precedentes, que não trazem tal aspecto, estar-se-ia, realmente, possibilitando um locupletamento indevido em favor da promitente compradora, em

detrimento da empresa-ré, cujo inadimplemento não foi reconhecido. Ao inverso, a sentença, claramente, ressalta que “... a promitente compradora deu causa à rescisão de pleno direito do contrato, em face da inadimplência no pagamento da prestação intermediária...” (fl. 91, **sic**).

A situação, portanto, é excepcional, diferente dos precedentes acima, e conduz, obviamente, a diversa solução no tocante ao percentual da retenção.

No julgamento do REsp n. 400.336-SP a egrégia Terceira Turma, em hipótese assemelhada, decidiu que:

“Civil. Recurso especial. Rescisão de contrato de compra e venda de imóvel. Rescisão contratual. Utilização do bem pelos promissários compradores. Cláusula penal. Estipulação.

— Com base no art. 924 do CC, o julgador possui autorização legal para proceder à redução do percentual estipulado a título de cláusula penal para patamar justo, com o objetivo de evitar o enriquecimento ilícito de uma das partes contratantes e o prejuízo da outra.

— Na hipótese de rescisão de contrato de compra e venda de imóvel, em que o promissário comprador continua a nesse residir após incorrer em mora das parcelas a lhe serem devolvidas, deve ser deduzido em favor do promitente vendedor valor correspondente à locação do imóvel durante o período entre a mora e a sua reintegração na posse do bem, a ser determinada de acordo com as circunstâncias do caso concreto.”

(Relatora Ministra Nancy Andrighi, unânime, DJ de 14.10.2002)

Destarte, impõe-se adequar a retenção ao caso, o que faço servindo-me do disposto no art. 257 do Regimento Interno do STJ, para estabelecer a retenção em 50% (cinquenta por cento) das parcelas pagas, considerando a dificuldade e onerosidade na liquidação por artigos, no caso de imóvel de baixa renda.

No tocante aos juros moratórios, também assiste razão à recorrente, pois se a inadimplência foi da autora e ela ainda detém a posse do imóvel, não há mora a ser compensada.

Esta, na verdade, somente haverá se, restituído o imóvel, as parcelas que devem ser devolvidas não o forem simultaneamente, a ser apurado em liquidação de sentença, se o caso.

Ante o exposto, conheço do recurso especial e lhe dou parcial provimento, para fixar a retenção em 50% (cinquenta por cento) dos valores pagos, e afastar os juros moratórios, salvo fato novo, ocorrido na liquidação.

A sucumbência fica recíproca, cada parte arcando com metade das custas e cada qual com a verba honorária de seu patrono.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 647.839-SP (2004/0042035-9)

Relator: Ministro Fernando Gonçalves

Recorrente: Samir Achôa Advogados Associados S/C Ltda

Advogado: Paulo Ricardo Gois Teixeira

Recorridos: MAA Empreendimentos Imobiliários Ltda e outros

Advogados: Luiz Eduardo de Castilho Giroto e outro

Sustentação oral: Luiz Eduardo de Castilho Giroto, pelo recorrido

EMENTA

Processual Civil. Decisão. Publicação. Ausência. Petição. Suprimento. Ciência inequívoca. Não-ocorrência.

1. A regra, em matéria de intimação, é a publicação, conforme a expressa dicção do art. 236 do CPC.

2. Petição requerendo o suprimento da mácula não tem força, por si só, para fazer concluir ter tido a parte ciência inequívoca da decisão que alvitra atacar por meio de apelação. Como o próprio nome está a dizer, o conhecimento da decisão há de ser estreme de dúvidas, o que não ocorre na espécie.

3. Recurso especial conhecido e provido para determinar ao Tribunal de origem o julgamento da apelação, conforme entender de direito.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os 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 lhe dar provimento. Os Ministros Aldir Passarinho Junior, Jorge Scartezini, Barros Monteiro e Cesar Asfor Rocha votaram com o Ministro-Relator. Sustentou oralmente, O Dr. Luiz Eduardo de Castilho Giroto, pelos Recorridos.

Brasília (DF), 03 de maio de 2005 (data do julgamento).

Ministro Fernando Gonçalves, Relator

DJ 27.06.2005

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Fernando Gonçalves: Trata-se de recurso especial interposto por Samir Achôa Advogados Associados S/C Ltda com fundamento nas letras **a** e **c** do permissivo constitucional contra acórdão do Segundo Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo, de cuja ementa se colhe:

“Processual — Agravo de instrumento — Decisão que recebe apelação intempestiva — Cabimento — Existência de gravame para a parte.

Processual — Ciência inequívoca da confirmação da sentença — Preclusão temporal — Apelação intempestiva.

Recurso a que se dá provimento” (fl. 136).

Afirma o recorrente violados os arts. 183, 236, § 1º, 242, 245, 247, 248, 504 e 560 do CPC, além de dissídio pretoriano, insurgindo-se contra as conclusões do acórdão recorrido.

Argumenta ter havido nulidade, em face da não-publicação do julgado que decidira os embargos de declaração opostos à sentença e, por isso, ao postular o saneamento da mácula, não poderia ter tomado ciência inequívoca da decisão, até porque era preciso, primeiro, sanar a irregularidade.

De outra parte, a regra geral é a intimação pela imprensa oficial que, se inexistente, como no caso em apreço, não rende ensejo a que seja deflagrado o prazo recursal da apelação.

Assevera que, mesmo que tivesse tido ciência inequívoca da decisão, não teria condições de recorrer, pois os autos ficaram em cartório, para processamento da publicação que, até então, não tinha acontecido. Era impossível redigir qualquer recurso sem ter acesso ao processo, vale dizer, ao próprio julgamento que estaria a desafiar apelação e às peças componentes do autos.

Apresentadas as contra-razões (fls. 220/257), o recurso teve admitido o seu processamento (fls. 259/260), ascendendo os autos a esta Corte.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Fernando Gonçalves (Relator): A espécie é de ação de cobrança de honorários advocatícios, ajuizada por Samir Achôa Advogados Associados S/C contra MAA Empreendimentos Imobiliários Ltda e outros.

Proferida sentença de extinção do feito, sem julgamento de mérito, o autor fez opor embargos declaratórios, rejeitados pelo juízo de primeiro grau.

Julgados os declaratórios e transitada em julgado a decisão, teve início o processo de execução da verba de patrocínio, quando então o autor apresenta petição suscitando nulidade na publicação da decisão relativa aos embargos declaratórios, argüindo, na verdade, a total ausência de publicação daquele édito.

A MMª. Juíza à frente do processo, reconhecendo a mácula, torna sem efeito o trânsito em julgado, determinando a republicação daquela decisão, fato ocorrido em 25 de abril de 2003.

Em 09 de maio de 2003 foi apresentada apelação, recebida em primeiro grau de jurisdição e encaminhada à superior instância.

Contra essa decisão, pela ré foi manejado agravo de instrumento, ao básico argumento de que o autor teria tomado ciência inequívoca do despacho relativo aos embargos declaratórios, quando suscitada a falta de publicação e, portanto, esta data (11 de abril de 2003) é o termo **a quo** do prazo para a apelação.

A questão está suficientemente esclarecida: em 09 de abril de 2003 (fl. 40), foi certificado o trânsito em julgado da sentença decidindo acerca de embargos de declaração (fl. 36) opostos. Conclusos os autos, foi determinado se aguardasse manifestação da parte credora, em 30 dias (fl. 41). Publicado este despacho, no mesmo dia (11.04) a ora recorrente fez consignar a falta de publicação da sentença de fl. 36, onde rejeitados os embargos, requerendo, então, providências (fls. 42/43). A certidão de fl. 44, da Secretaria, informa não ter ocorrido a publicação, sendo, então, tornado sem efeito (a) o despacho para que se manifestasse o credor (fl. 41) e (b) as certidões que certificaram o trânsito. Outrossim, foi determinada a publicação relativa à rejeição dos embargos. A seguir sobreveio a apelação, diante da publicação.

O Segundo Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo deu no entanto provimento ao agravo, acolhendo essa tese, nesses termos:

“Há nos autos elementos suficientes para avaliar a tempestividade do recurso de apelação manejado pelo agravado. Vê-se, conforme cópia de petição do agravado (fls. 42/43), protocolizada em primeira instância em 11 de abril de 2003, que inequivocamente havia ciência da rejeição dos embargos de declaração, desde, ao menos, esta data.

Ora, com o protocolo da petição do agravado em 11.04.2003, não há como não se concluir que, por haver citado em sua própria petição a decisão de rejeição dos embargos de declaração não tenha ficado, pelo menos desde esta data, ciente da manutenção de todos os termos da sentença.” (Fls. 137/138)

Essa conclusão, entretanto, **data venia**, não pode subsistir.

Com efeito, a regra geral, em matéria de intimação, é a publicação da decisão no jornal oficial, conforme os termos do art. 236, **caput**, e seu § 1º. Antecipar o **dies a quo** para outra data, porque teria havido conhecimento da decisão que será objeto de recurso, por outro meio, é construção jurisprudencial e depende da verificação de ciência inequívoca do édito. Como o próprio nome está a dizer a ciência há de ser inequívoca, vale dizer, livre de qualquer dúvida, constatada com toda certeza, justamente, porque trata-se de exceção à regra.

Na espécie, conforme se pode constatar da leitura do excerto transcrito do acórdão, não se pode afirmar que houve ciência inequívoca, porquanto o fato de o recorrente ter suscitado nulidade por falta de publicação da própria decisão que alvitra atacar, não faz concluir ter tido conhecimento preciso dos seus termos. Aliás, na espécie, nem o acórdão e nem as demais peças que compõem o instrumento do presente agravo, rendem ensejo a essa conclusão, não podendo se afirmar com certeza se a parte, sequer, esteve com os autos em mãos.

Nesse contexto, apresenta-se temerário afastar a regra expressamente prevista em lei, que exige publicação do ato judicial para que se inicie o prazo do recurso, para ter por intimada a parte, levando em conta apenas uma presunção, calcada em simples indício de ter havido, de fato, ciência do édito.

Assim se pronunciou a Quarta Turma, no julgamento do REsp n. 103.333-RS, da relatoria do Ministro Aldir Passarinho Junior, oportunidade em que Sua Excelência asseverou:

“Embora não se esteja colocando sob suspeita a citada certidão, indubitável também o fato de que até o momento da interposição da apelação não existia nenhum fato conclusivo no processo acerca da ciência inequívoca do procurador do apelante acerca do conteúdo da sentença. Somente após o aviamento do recurso é que o magistrado determinou que o escrivão certificasse a aludida ciência por parte do recorrente.

Com isso, inexistindo absoluta certeza da ciência, entendo que deve prevalecer o mandamento do art. 236 da Lei Instrumental Civil, para a definição do momento em que intimada a parte, evitando-se, dessa maneira, prejuízo ao direito de defesa da parte.

No mesmo sentido, os seguintes precedentes:

“Processual Civil. Sentença. Publicação de intimação de parte e/ou do procurador. Ausência de nomes. Irregularidade. Nulidade. Republicação. Devolução de prazo. Tendo sido feita a publicação de intimação de sentença sem o nome da parte e/ou do seu procurador, resulta em nulidade desta para que outra seja feita com a inclusão dos nomes, restando nulos todos os atos processuais posteriores à referida publicação e devolvidos os prazos. Recurso conhecido em parte e, nessa, provido”. (REsp n. 252.239-MS, Relator Ministro Gilson Dipp, DJ de 27.08.2001)

“Processual Civil. Intimação. Ausência. Publicação posterior. Pedido da parte interessada. Ciência inequívoca. Termo inicial: Data da publicação. Precedentes. Recurso provido. — Nos termos da orientação firmada por este Tribunal, não publicada a decisão e tendo o juiz determinado, a requerimento da parte, a publicação, conta-se desta o prazo, uma vez que em tal hipótese se cria a convicção de que a partir desse ato se aperfeiçoou a intimação”. (REsp n. 232.457-RJ, Relator Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ de 21.02.2000)

“Processo Civil. Sentença. Intimação. Simples petição tratando de incidente à parte, não induz a presunção de que tenha havido ciência inequívoca da decisão proferida nos embargos de declaração; só após a respectiva publicação passou a fluir o prazo de recurso. Recurso especial conhecido e provido”. (REsp n. 310.207-PR, Relator Ministro Ari Pargendler, DJ de 20.05.2002)

É de bom alvitre esclarecer que, recentemente, no julgamento do REsp n. 503.636-RS, pronunciei-me em sentido diametralmente oposto, justamente, porque, naquele caso, havia, sem nenhuma dúvida, ciência inequívoca da parte, notadamente pelo fato de ter tirado fotocópia da decisão, nuance não verificada **in casu**.

Assim, forçoso é concluir na espécie que, republicada a decisão dos embargos em 25 de abril de 2003 e apresentada a apelação em 09 de maio de 2003, é ela tempestiva.

Ante o exposto, conheço do recurso e lhe dou provimento para determinar ao Tribunal de origem que, ultrapassada a intempestividade, julgue a apelação conforme entender de direito.

VOTO

O Sr. Ministro Aldir Passarinho Junior: Sr. Presidente, a juíza tornou tudo sem efeito porque considerou que não houve intimação e, nesses casos, todo o entendimento do STJ é no sentido de que não se cabe afirmar ciência do advogado se ela não for inequívoca.

Pedindo vênia, e sem deixar de louvar a boa sustentação oral do ilustre advogado, acompanho o voto do Sr. Ministro-Relator.

Conheço do recurso especial e dou-lhe provimento.

VOTO

O Sr. Ministro Barros Monteiro: Sr. Presidente, acompanho inteiramente o voto proferido por V. Ex^a.

Preliminarmente, afasto todas as arguições de cunho formal, como é o caso da existência de matéria de fato e de fundamentos suficientes, que foram invocados da Tribuna.

O simples fato de o advogado, ao argüir a irregularidade da intimação, afirmar haverem sido rejeitados os embargos não significa ciência inequívoca do inteiro teor da decisão. Peço vênia aos Srs. Ministros Aldir Passarinho e Jorge e Scartezzini, porquanto, no caso, não há como se ter presente a ciência inequívoca do advogado. Assim sendo, se a parte só aparece para argüir a nulidade, o prazo só será contado a partir da nova publicação do juiz que admitiu e reconheceu a nulidade.

Nesse sentido, o Recurso Especial n. 114.090-SP, com a seguinte ementa:

“Se o Juiz, ante a argüição de nulidade, defere a restituição do prazo recursal — e é o caso —, conta-se esse prazo da intimação interlocutória proferida, e não da data em que a parte compareceu aos autos para denunciar o fato.”

Dou provimento ao recurso especial.

RECURSO ESPECIAL N. 674.678-AP (2004/0096319-0)

Relator: Ministro Jorge Scartezzini

Recorrente: Banco do Brasil S/A

Advogados: Washington Lima Praia e outros

Recorrida: Divalda Oliveira Nascimento

Advogado: Edward Santos Juarez

EMENTA

Civil. Processual Civil. Recurso especial. Ação indenizatória por danos moral e material. Art. 535, II, do CPC. Inocorrência de violação. Súmula n. 07. Verbas de sucumbência. Sucumbência recíproca.

1. Não resta caracterizada qualquer ofensa ao art. 535, II, do Estatuto Processual Civil, se o Tribunal **a quo** aprecia fundamentadamente os dispositivos invocados pelo embargante.

2. Comprovadas, nas instâncias ordinárias, a ocorrência do ato danoso e a responsabilidade do banco recorrente, a pretensão de reexame das bases fático-probatórias que fundamentaram o **decisum a quo** esbarra no óbice da Súmula n. 07-STJ.

3. Conforme entendimento firmado nesta Corte, reconhecido o direito à indenização por dano moral, e ainda que o valor arbitrado seja em montante inferior ao pretendido pelo autor, não há que se falar em sucumbência recíproca. Precedentes: REsp n. 545.476-RS, REsp n. 453.703-MT).

4. Tendo a autora postulado na inicial duas indenizações distintas, derivadas do mesmo fato, e o Tribunal **a quo** concedido apenas àquela referente ao dano moral, afastando o pedido de danos materiais, configura-se a sucumbência recíproca, determinando-se a compensação das verbas de sucumbência. Incidência do art. 21, **caput**, do CPC. Precedentes.

5. Recurso parcialmente conhecido e, nessa parte, 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, em conhecer parcialmente do recurso e, nessa parte, lhe dar provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator, com quem votaram os Srs. Ministros Barros Monteiro, Cesar Asfor Rocha, Fernando Gonçalves e Aldir Passarinho Junior.

Brasília (DF), 16 de novembro de 2004 (data do julgamento).

Ministro Jorge Scartezzini, Relator

DJ 06.12.2004

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Jorge Scartezzini (Relator): Infere-se dos autos que Divalda Oliveira Nascimento ajuizou ação de indenização por danos morais, em face do Banco do Brasil S/A, em razão de indevida devolução de cheque e inscrição de seu nome em cadastro de proteção ao crédito. Narrou que, como correntista da instituição financeira, realizou com ela operação chamada de “composição”, em 26.06.1998, no

montante de R\$ 603,02, destinada ao pagamento antecipado da fatura do cartão de crédito Ourocard; que, por erro do banco a quantia não foi creditada na conta do cartão de crédito, e que, em três de julho do mesmo ano, o réu debitou novamente em sua conta corrente a importância de C\$ 374,00, tendo como rubrica “Ourocard”, e, da mesma forma não teria repassado o valor à administradora do cartão de crédito. Aduziu que, nessa mesma data, ciente de que dispunha saldo suficiente em sua conta corrente, emitiu um cheque no valor de C\$ 213,00, o qual foi devolvido por insuficiência de fundos, sendo seu nome inscrito no CCF, acarretando-lhe graves transtornos e constrangimentos. Requereu a condenação do réu ao pagamento de R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais) a título de indenização por danos morais, e restituição com juros e correção monetária de todos os valores que foram debitados indevidamente em sua conta, inclusive juros, multas e taxas cobrados sobre os supostos saldos devedores (fls. 02/06).

Contestando, o réu argüiu, preliminarmente, a inépcia e a impossibilidade do pedido; no mérito, argumentou que a devolução do cheque se deu por culpa da autora que não possuía saldo em sua conta corrente, e que inexistiriam provas nos autos da ilicitude de sua conduta, além de impugnar o **quantum** indenizatório postulado (fls. 32/51).

A sentença de 1ª grau, considerando comprovado o dano sofrido e estabelecido o nexos causal entre a conduta do banco-réu e o fato danoso, julgou procedente o pedido indenizatório, quantificando-o em R\$ 10.000,00 (dez mil reais) (fls. 123/127).

Interpostos embargos de declaração, estes foram rejeitados (fls. 188/190, 199/206).

O recurso de apelação argüiu, em preliminar, nulidade da sentença por negativa de prestação jurisdicional, aduzindo que a rejeição liminar dos embargos teria impedido o contraditório, além de insurgir-se contra a multa aplicada; no mérito, retomando as razões expostas na contestação, aduziu a inexistência dos alegados danos morais, em razão da autora ter outros registros no CCF, além de sustentar que houve sucumbência recíproca e que o valor da condenação não deveria exceder dez salários mínimos (fls.135/149).

O Tribunal de Justiça do Estado do Amapá, por unanimidade, negou provimento à apelação e, mantendo a sentença singular, fixou a indenização, a título de danos morais, em dez mil reais, nos termos da seguinte ementa (fls. 171/185):

“Civil — Processo Civil — Ação de indenização por danos morais — Nulidade do processo por cerceamento direito de defesa — Devolução indevida de cheque por insuficiência de fundos — Inscrição do nome da autora no Serasa — Sucumbência recíproca.

1. Não tem que se falar em nulidade do processo por cerceamento de defesa quando o magistrado rejeita diligência requerida pelo réu e, apreciando livremente a prova, profere seu **decisum**.

2. A instituição bancária é responsável pela devolução indevida de cheques quando o agente possui provisão de fundos, configurando-se, a partir deste ato, o dano moral indenizável.

3. Nas ações de indenização por dano moral o autor estima um valor que será fixado pelo juiz em sua decisão. Assim, não há que se falar em sucumbência recíproca quando o julgador arbitra importância abaixo do requerido na inicial.

4. Apelo não provido.”

Foram interpostos embargos de declaração, os quais não foram conhecidos (fls. 188/190, 199/206).

O presente recurso especial, com fulcro na alínea **a** do permissivo constitucional, alega, preliminarmente, infringência ao art. 535, II, do CPC, ao argumento de que o acórdão recorrido não se manifestou acerca da existência de mais de um pedido constante na inicial, analisando e deferindo, tão-somente, a indenização por danos morais.

Aduziu violação aos arts. 14, § 3º, II, do CDC, e 186 do CCB, haja vista não ter sido comprovada a ilicitude da conduta da recorrente, e que a ocorrência do fato se deu por culpa exclusiva da autora, que se encontrava inadimplente.

Asseverou, ainda, infringência ao art. 21, parágrafo único, do CPC, argüindo que a recorrida decaiu da menor parte do pedido de indenização por danos morais, o qual fora deferido em valor bem menor daquele pleiteado, havendo, assim, sucumbência recíproca.

No mesmo tópico, alegou afronta ao referido art. 21, **caput**, ao entendimento de que a autora cumulou dois pedidos indenizatórios, por danos morais e materiais, e, lhe sendo concedido apenas o primeiro, caracterizou-se, neste ponto, também, a sucumbência recíproca.

Foram apresentadas as contra-razões, às fls. 221/222.

Admitido o recurso às fls. 224/230, subiram os autos, vindo-me conclusos.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Jorge Scartezzini (Relator): Sr. Presidente, como relatado, insurge-se o recorrente contra o **decisum** colegiado de fls. 171/185, mediante a

letra **a** do permissivo constitucional, alegando infringência aos arts. 535, II, 21, **caput** e parágrafo único, do CPC, 14, § 3^a, II, do CDC, e 186 do CCB.

Preliminarmente, quanto à suposta infringência ao art. 535, II, do CPC, em razão da alegada omissão do acórdão recorrido no tocante aos pedidos do autor e à verba sucumbencial, improcedem as razões recursais, porquanto o acórdão embargado apreciou o tema suscitado, como se verifica neste excerto do voto condutor, **verbis**:

“O embargante argumenta que o pedido inicial foi de indenização por danos morais e também materiais consistente na ‘restituição com juros e correção monetária, de todos os valores debitados em sua conta corrente’. Não entendo como quer fazer crer a instituição financeira, que o pedido fosse duplo, posto que na inicial a embargada deixou claro, límpido, que a prestação jurisdicional buscada consistia na reparação do abalo moral sofrido em decorrência da equivocada devolução de cheque sem provisão de fundos e a inscrição de seu nome junto ao Serasa. Tanto é assim que durante toda a instrução processual ela buscou comprovar o dano subjetivo causado pelo erro da recorrente” (fls. 204/205).

Logo, inexistindo omissão a ser sanada, evidenciou-se correta a rejeição dos embargos declaratórios, incorrendo a alegada infringência à norma processual invocada.

Nesse sentido:

“Processual Civil. Embargos de declaração. Reapreciação do julgado. Impossibilidade. Recurso especial. Prequestionamento. Súmula n. 211-STJ. Divergência jurisprudencial. Confronto analítico. Necessidade. Paradigma do mesmo Tribunal. Súmula n. 13-STJ.

I - Segundo a moldura da cânon inscrito no art. 535 do CPC, os embargos de declaração consubstanciam instrumento processual destinado a expungir do julgamento obscuridade ou contradição, ou ainda a suprir omissão sobre tema cujo pronunciamento se impunha pelo Tribunal, não se prestando a promover a reapreciação do julgado.

II - Desde que os fundamentos adotados bastem para justificar o concluído na decisão, o julgador não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos utilizados pela parte, dependendo a nulidade do julgamento por omissão da necessidade de o órgão jurisdicional manifestar-se sobre as questões que lhes são devolvidas.

III - IV, V, **Omissis**.

Agravo a que se nega provimento” (AgRg no Recurso Especial n. 218.165-SP, Relator Ministro Castro Filho, DJ de 1^a.07.2001).

No tocante à suposta violação aos arts. 14, § 3^o, II, do CDC, e 186 do CCB, e à alegada não-comprovação da conduta culposa da recorrente, atribuindo a responsabilidade do fato danoso exclusivamente à autora, as razões recursais não devem ser conhecidas.

O Tribunal **a quo**, com base no conjunto fático-probatório trazido aos autos, reconheceu o evento danoso e a ilicitude da conduta do recorrente, confirmada, inclusive pelo testemunho do gerente de atendimento da agência bancária, conforme expõe o voto condutor do aresto recorrido:

“Depreende-se, pois, que o título de crédito somente foi devolvido por ausência de provisão de fundos em razão do equívoco cometido pelo recorrente e que em momento algum negou, mesmo porque não haveria como fazê-lo, pois o extrato demonstra claramente que a instituição financeira, ora apelante, realizou o estorno da importância. Volto a frisar, como poderia o banco retirar da conta R\$ 374,00 se a apelada não possuía saldo?

O equívoco cometido pelo apelante, além de ter ficado estampado no extrato bancário, foi, também, reconhecido pela testemunha Almir Emídio Linhares Franco, que à época era gerente de atendimento da agência bancária” (fl. 176).

Ademais, mesmo se assim não fosse, o reexame da comprovação do ato ilícito, ensejaria revolvimento de material fático-probatório, vedado pelo Enunciado Sumular n. 07-STJ.

No que diz respeito à pretensão do recorrente de sucumbência recíproca, em razão da condenação em danos morais ocorrer em valor menor ao que fora pleiteado, não prospera igualmente o recurso. Esta Corte tem entendimento firmado no sentido de que “nas reparações por dano moral, como o juiz não fica jungido ao **quantum** pretendido pelo autor, ainda que o valor fixado seja consideravelmente inferior ao pleiteado pela parte, não há falar-se em sucumbência recíproca” (REsp n. 494.867-AM, Relator Ministro Castro Filho, DJ de 29.09.2003).

Nesse mesmo diapasão:

“Dada a multiplicidade de hipóteses em que cabível a indenização por dano moral, aliada à dificuldade na mensuração do valor do ressarcimento, tem-se que a postulação contida na exordial se faz em caráter meramente estimativo, não podendo ser tomada como pedido certo para efeito de fixação de sucumbência recíproca, na hipótese de a ação vir a ser julgada procedente

em montante inferior ao assinalado na peça inicial” (REsp n. 453.703-MT, Relator Ministro Aldir Passarinho Junior, DJ de 1^a.12.2003).

Contudo, no mesmo tópico, ao argüir a existência de dois pedidos na inicial, com verbas de natureza distinta, sendo que apenas um deles foi deferido, razão assiste ao recorrente.

Com efeito, como se verifica na peça exordial, a autora além de postular indenização por danos morais, requereu a restituição “com juros e correção monetária, de todos os valores que foram debitados indevidamente na conta do requerente, inclusive juros, multas e taxas cobrados sobre os supostos saldos devedores” (fl. 05).

Tem-se, pois, caracterizado o pedido ressarcitório de dano patrimonial, o qual, segundo **Maria Helena Diniz**, “vem a ser a lesão concreta, que afeta um interesse relativo ao patrimônio da vítima, consistente na perda ou deterioração, total ou parcial, dos bens materiais que lhe pertencem, sendo suscetível de avaliação pecuniária e de indenização pelo responsável”. (In “Curso de Direito Civil Brasileiro”, 7^a vol., Ed. Saraiva, São Paulo, 2004, p. 70).

Destarte, tendo a autora postulado na inicial duas indenizações distintas, por danos moral e material, e o Tribunal **a quo** concedido apenas àquela referente ao dano moral, caracteriza-se a sucumbência recíproca, determinando-se a compensação das verbas de sucumbência.

Nesse sentido, **verbis**:

“Civil e Processual. Acórdão estadual. Omissão não configurada. Nulidade afastada. Ação de indenização. Protesto indevido de título. Pedido de ressarcimento por danos moral e material. Acolhimento do segundo. Sucumbência parcial. Compensação.

I - Inexistência de omissão no acórdão **a quo**, visto que os embargos de declaração a ele opostos possuíam propósito meramente infringente.

II - Não se tem por ofendido o art. 159 do Código Civil, se a indenização fixada em face de protesto indevido de título já pago colocou-se em patamar razoável, sem se configurar excesso a justificar sua alteração pelo STJ.

III - Se o autor postula na exordial a reparação por danos materiais e morais, cuidando-se de verbas de natureza distintas, o acolhimento de apenas uma delas, com a rejeição da outra, implica em sucumbência parcial, a determinar a compensação das custas processuais e honorários advocatícios” (REsp n. 281.901-RJ, Relator Ministro Aldir Passarinho Junior, DJ de 04.03.2002).

Ante o exposto, conheço parcialmente do recurso e, nessa parte, dou-lhe provimento.

É como voto.
