

Jurisprudência da Quarta Turma

**AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EM
MANDADO DE SEGURANÇA N. 13.527 – SP**

(Registro n. 2001.0096177-4)

Relator: Ministro Cesar Asfor Rocha
Agravante: Wadya Derani
Advogados: Michel Derani e outro
Tribunal de origem: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo
Impetrado: Juízo de Direito da 32ª Vara Cível de São Paulo-SP
Agravados: Nélson Eduardo Maluf e cônjuge
Advogado: José Eduardo Andreosi

EMENTA: Agravo contra negativa de seguimento a recurso ordinário manifestamente improcedente.

O artigo 557, CPC, autoriza o relator a negar seguimento a recurso manifestamente improcedente.

Não ofende a coisa julgada, mas antes a respeita, o cumprimento de decisão de 2º grau que restabelece a penhora sobre imóvel.

O remédio próprio para terceiro defender a posse de imóvel penhorado em execução são os embargos de terceiro.

Agravo improvido.

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, negar provimento ao agravo regimental. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Aldir Passarinho Junior e Barros Monteiro. Ausentes, ocasionalmente, os Srs. Ministros Ruy Rosado de Aguiar e Sálvio de Figueiredo Teixeira.

Brasília-DF, 13 de novembro de 2001 (data do julgamento).

Ministro Cesar Asfor Rocha, Presidente e Relator.

Publicado no DJ de 18.2.2002.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Cesar Asfor Rocha: Pela decisão de fls. 117/119 neguei seguimento a recurso ordinário, nos seguintes termos:

“1. A Recorrente requereu, no egrégio Tribunal de origem, mandado de segurança sustentando a ilegalidade da designação de data para o praxeamento de imóvel penhorado que teria sido substituído por outros bens.

A segurança foi denegada, colhendo-se do venerando voto-condutor do acórdão os seguintes fundamentos:

‘A Impetrante manifestou interesse em substituir o imóvel penhorado por outros bens que passariam a garantir a execução.

Essa pretensão foi admitida em tese pelo ato judicial reproduzido à fl. 6, mas a substituição não se concretizou em razão da ora impetrante nem sequer ter indicado os bens que substituiriam o imóvel como garantia do juízo.

Ora, sendo assim, é óbvio e manifesto que a Impetrante não tem direito líquido e certo de liberar imóvel da penhora porque substituído por nada. E não importa que o ato judicial reproduzido à fl. 6 tenha inadequadamente utilizado o termo ‘defiro’, porquanto a substituição do bem penhorado só se faz por bem ou bens determinados e não se efetiva enquanto estes não são indicados e judicialmente aceitos em substituição.

A Impetrante não tem, pois, direito algum e a presente resvala pela litigância de má-fé.’ (fl. 85).

Daí o recurso ordinário reafirmando a ilegalidade do ato atacado, posto ser a Recorrente, há mais de vinte anos, possuidora do imóvel penhorado em ação da qual não faz parte, conforme demonstrou em embargos de terceiro. Alega que a substituição do bem fora deferida por decisão com trânsito em julgado, tendo o acórdão recorrido contrariado os artigos 467 e 473, CPC, e negado a prestação jurisdicional ao desconhecer o bem oferecido em substituição, com ofensa aos arts. 458, CPC, e 5º, XXXVI, da Constituição.

Parecer do douto Ministério Público Federal pelo não-provimento, visto não caber mandado de segurança contra decisão judicial sujeita a recurso.

2. O recurso é de improcedência manifesta, não havendo vestígio de direito líquido e certo a ser amparado pelo mandado de segurança.

Conquanto admitida, num primeiro momento, a substituição da penhora, foi ela restabelecida por decisão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (fl. 38), limitando-se o Juízo de 1^o grau ao cumprimento dessa decisão, consoante aduzido nas informações de fl. 21:

‘Com efeito, equivoca-se a Impetrante quando alega que o imóvel estaria liberado da penhora efetivada naqueles autos, pois, conforme comprovam as inclusas fotocópias que acompanham as presentes, o egrégio Tribunal de Justiça, também por decisão da lavra do digníssimo Desembargador Álvaro Lazzarini, restabeleceu a penhora sobre o bem, uma vez que não cuidaram os Executados de providenciar a substituição do bem penhorado por direitos de crédito e ações, conforme haviam se proposto.

Destarte, restabelecida a penhora e cabendo a este Juízo apenas dar cabo dos atos executórios da respeitável decisão do egrégio Tribunal de Justiça, foi determinada a avaliação do bem, já realizada, e, conseqüentemente, sua alienação pública, decisão essa que está sendo impugnada no presente mandado de segurança.’ (fl. 21).

O venerando acórdão recorrido, portanto, respeitou a coisa julgada e prestou a jurisdição. O desacordo com a vontade da parte não ofende os dispositivos legais tidos como contrariados.

Se algum direito assiste à Recorrente, como alega possuir sobre o imóvel, deve ele ser objeto da ação própria, ou seja, embargos de terceiro que, aliás, a Recorrente afirma ter ajuizado. Lá, tem sede adequada a discussão sobre a ilegalidade ou não da penhora e do preceamento, bem como a defesa do afirmado direito da Recorrente

A esse respeito, já decidiu este Superior Tribunal de Justiça:

‘Mandado de segurança. Penhora de imóvel. Embargos de terceiro não opostos. Validade de cessão de direito. Ausência de provas pré-constituídas e de decisão teratológica.

1. O mandado de segurança não tem cabimento para desconstituir decisão judicial não-teratológica contra a qual o Código de Processo Civil oferece os embargos de terceiro como

remédio adequado, nos quais é permitida a discussão ampla das matérias de fato e de prova e com possibilidade de proteção liminar.

2. É inviável o reexame aprofundado de provas e de fatos em mandado de segurança.

3. Recurso ordinário improvido.’ (RMS n. 7.828-SP, DJ de 6.4.1998, Relator Min. Carlos Alberto Menezes Direito).

‘Execução fiscal. Mandado de segurança. Terceiro.

O terceiro deve defender seus bens penhorados em executivo fiscal, opondo embargos de terceiro. O art. 1.051 no Código de Processo Civil contém a solução.

O mandado de segurança não pode substituir os embargos, que é o meio processual adequado.

Recurso improvido.’ (RMS n. 5.301-SP, DJ de 24.4.1995, Relator Min. Garcia Vieira).

3. Diante de tais pressupostos, nego seguimento ao recurso (arts. 557, CPC, e 34, XVIII, do RISTJ).”

A Agravante alega que o decisório seria nulo, vez que o recurso ordinário deve ser julgado pelo colegiado. Afirma ter ajuizado embargos de terceiro na qualidade de possuidora da coisa penhorada e contra o praxeamento, determinado entretantes, ajuizou o *writ* esclarecendo que o bem penhorado havia sido substituído por outro em execução da qual não faz parte. A substituição foi deferida por decisão que transitou em julgado, sendo o praxeamento ofensivo da coisa julgada.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Cesar Asfor Rocha (Relator): A Agravante alega que o decisório seria nulo, vez que o recurso ordinário deve ser julgado pelo colegiado.

Não necessariamente.

O artigo 557 do Código de Processo Civil pontifica:

“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.”

Na hipótese dos autos, à vista de recurso manifestamente improcedente, o Relator estava autorizado a negar seguimento ao recurso.

No mais, a Recorrente afirma ter ajuizado embargos de terceiro na qualidade de possuidora da coisa penhorada e contra o praxeamento, determinado entretantes, ajuizou o *writ* esclarecendo que o bem penhorado havia sido substituído por outro em execução da qual não faz parte. A substituição foi deferida por decisão que transitou em julgado, sendo o praxeamento ofensivo da coisa julgada.

Os fundamentos do decisório ora agravado já responderam a essas alegações e merecem, portanto, serem aqui reproduzidos:

“O recurso é de improcedência manifesta, não havendo vestígio de direito líquido e certo a ser amparado pelo mandado de segurança.

Conquanto admitida, num primeiro momento, a substituição da penhora, foi ela restabelecida por decisão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (fl. 38), limitando-se o Juízo de 1^a grau ao cumprimento dessa decisão, consoante aduzido nas informações de fl. 21:

‘Com efeito, equivoca-se a Impetrante quando alega que o imóvel estaria liberado da penhora efetivada naqueles autos, pois, conforme comprovam as inclusas fotocópias que acompanham as presentes, o egrégio Tribunal de Justiça, também por decisão da lavra do digníssimo Desembargador Álvaro Lazzarini, restabeleceu a penhora sobre o bem, uma vez que não cuidaram os Executados de providenciar a substituição do bem penhorado por direitos de crédito e ações, conforme haviam se proposto.

Destarte, restabelecida a penhora e cabendo a este juízo apenas dar cabo dos atos executórios da respeitável decisão do egrégio Tribunal de Justiça, foi determinada a avaliação do bem, já realizada, e, conseqüentemente, sua alienação pública, decisão essa que está sendo impugnada no presente mandado de segurança.’ (fl. 21).

O venerando acórdão recorrido, portanto, respeitou a coisa julgada e prestou a jurisdição. O desacordo com a vontade da parte não ofende os dispositivos legais tidos como contrariados.

Se algum direito assiste à Recorrente, como alega possuir sobre o imóvel, deve ele ser objeto da ação própria, ou seja, embargos de terceiro que, aliás, a Recorrente afirma ter ajuizado. Lá, tem sede adequada a discussão sobre a ilegalidade ou não da penhora e do praqueamento, bem como a defesa do afirmado direito da Recorrente

A esse respeito, já decidiu este Superior Tribunal de Justiça:

‘Mandado de segurança. Penhora de imóvel. Embargos de terceiro não opostos. Validade de cessão de direito. Ausência de provas pré-constituídas e de decisão teratológica.

1. O mandado de segurança não tem cabimento para desconstituir decisão judicial não-teratológica contra a qual o Código de Processo Civil oferece os embargos de terceiro como remédio adequado, nos quais é permitida a discussão ampla das matérias de fato e de prova e com possibilidade de proteção liminar.

2. É inviável o reexame aprofundado de provas e de fatos em mandado de segurança.

3. Recurso ordinário improvido.’ (RMS n. 7.828-SP, DJ de 6.4.1998, Relator Min. Carlos Alberto Menezes Direito).

‘Execução fiscal. Mandado de segurança. Terceiro.

O terceiro deve defender seus bens penhorados em executivo fiscal, opondo embargos de terceiro. O art. 1.051 no Código de Processo Civil contém a solução.

O mandado de segurança não pode substituir os embargos, que é o meio processual adequado.

Recurso improvido.’ (RMS n. 5.301-SP, DJ de 24.4.1995, Relator Min. Garcia Vieira).”

Posto isso, nego provimento ao agravo.

HABEAS CORPUS N. 16.744 – SP

(Registro n. 2001.0054172-5)

Relator: Ministro Cesar Asfor Rocha

Impetrantes: Luiz Arthur de Godoy e outro

Impetrado: Primeira Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

Paciente: José Reynaldo Russo

EMENTA: Prisão civil – Devedor de alimentos – Alegações que remetem a fatos dependentes de ampla investigação probatória incompatível com o rito do **habeas corpus**.

Alegações de fatos controvertidos, dependentes de investigação probatória, não se prestam à concessão do **habeas corpus**.

Ordem negada.

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, denegar a ordem. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Ruy Rosado de Aguiar, Aldir Passarinho Junior, Sálvio de Figueiredo Teixeira e Barros Monteiro.

Brasília-DF, 13 de novembro de 2001 (data do julgamento).

Ministro Cesar Asfor Rocha, Presidente e Relator.

Publicado no DJ de 18.2.2002.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Cesar Asfor Rocha: Cuida-se de **habeas corpus**, impetrado em favor de José Reynaldo Russo, que estaria sofrendo constrangimento ilegal decorrente de acórdão proferido pelo egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que denegou outro **habeas corpus** pretendendo afastar a prisão do ora paciente em virtude do não-pagamento de pensão alimentícia.

A impetração afirma que, por força de dificuldades financeiras, o Paciente não pode fazer o pagamento integral das prestações fixadas em R\$ 2.000,00 (dois mil reais), embora tenha depositado mensalmente o valor de R\$ 752,00 (setecentos e cinquenta e dois reais), realçando que as diferenças devidas perderam a essencialidade alimentar, devendo-se seguir o meio menos gravoso para o devedor.

Indeferi a liminar, advindo as informações e o parecer do douto Ministério Público Federal opinando pela denegação da ordem.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Cesar Asfor Rocha (Relator): 1. O egrégio Tribunal de origem denegou a ordem, sob as seguintes considerações:

“Dúvida não há que no âmbito restrito do **habeas corpus** cabe apenas examinar se a ordem de prisão é ilegal ou não.

No caso tratado neste **habeas corpus**, vê-se que o Impetrante deixou de efetuar o pagamento das diferenças de prestações vencidas no mês de agosto de 2000 em diante.

Por ocasião da fixação dos alimentos provisórios em R\$ 2.000,00 (dois mil reais), foi interposto agravo de instrumento, sustentando o Paciente não poder arcar com a quantia arbitrada, posto não ser empresário e, sim, funcionário da empresa Agropecuária Itapé Ltda.

Contudo, conforme ficou consignado no venerando acórdão que negou provimento àquele recurso, cuja cópia encontra-se acostada aos autos às fls. 212/213:

‘Embora o Agravante alegue ser mero empregado da empresa Agropecuária Itapé Ltda, percebendo salário de R\$ 2.575,00, o MM. Juiz apoiou-se, ao arbitrar os alimentos provisórios, em ‘sinais externos de fortuna’.

Por outro lado, sócio que era de outra empresa com seu pai, o Agravante doou suas cotas à sua mãe, dando ensejo, com isso, à ação noticiada às fls. 72/84, para ser simples empregado!

(...)

Ao Agravante competirá provar que não tem, de fato, condições de arcar com a pensão arbitrada, elidindo, assim, a presunção de que, pelos sinais exteriores de riqueza, tem meios de pagar a prestação alimentícia.’

O Paciente, apesar disso, continuou efetivando o pagamento de tão-somente R\$ 752,00 (setecentos e cinquenta e dois reais) mensais,

mais o pagamento de despesas escolares e médicas, sem elidir a presunção a que se refere o acórdão acima aludido.

Cumpra ressaltar ainda que o Paciente arbitrou 'a seu bel-prazer' o **quantum** que deveria pagar, ignorando decisão anterior.

Observe-se à fl. 8, onde alega o ora paciente que:

'Entretanto, o Paciente continuou pagando as pensões, de acordo com seus efetivos rendimentos mensais e necessidades do exequente, isto é, R\$ 752,00, em dinheiro, mais despesas escolares e médicas ...'

A justificativa apresentada pelo Paciente cuja cópia vem às fls. 238/240, confirma que têm estes conhecimento de que o valor da pensão alimentícia é de R\$ 2.000,00 (dois mil reais) mensais, porém, sequer discorreu a respeito do remanescente do débito, não comprovando que o seu inadimplemento não é voluntário e inescusável.

Ademais, o débito em questão não perdeu o caráter alimentar, pois deixou de ser paga a quantia fixada, a partir de agosto de 2000, e o pedido de execução das diferenças foi protocolado em outubro seguinte." (fls. 171/173).

2. Não vislumbro ilegalidade no decisório.

A alegação de que a cobrança se referiria a prestações pretéritas não procede, haja vista que o acréscimo ocorreu no curso da execução.

É certo que a jurisprudência, atenta às peculiaridades dos casos concretos, cuida de observar, para efeito de aprisionamento do devedor como forma de coagi-lo ao adimplemento da obrigação, a função alimentícia das prestações constituídas de meio necessário à sobrevivência do alimentando, excluindo a prisão quando a inércia deste tenha ensejado o acúmulo por muitos meses ou anos, fazendo presumir que o alimentando delas não necessitava e, muitas vezes, alcançando a dívida valor vultuoso, sendo impossível ao devedor obtê-lo de imediato.

A cobrança, nessas hipóteses, fica desprovida da função de garantia de sobrevivência e, portanto, do cunho emergencial justificador da execução específica do art. 733, CPC, servindo apenas de simples ressarcimento de despesas, conquanto subsistente o caráter alimentar da dívida.

A propósito, leciona **Yussef Said Cahali**:

“Em realidade, embora por vezes tenhamos decidido em nossos julgados, atendendo às circunstâncias do caso concreto, que as prestações alimentícias pretéritas (especialmente quando se trata de diferenças posteriormente reclamadas), atingindo montantes expressivos que inviabilizariam a execução voluntária, ou recusado o seu parcelamento (também criação pretoriana), somente poderiam ser reclamadas por via do processo executivo do art. 732 do CPC, sempre consideramos, em tese, e na linha de antigo entendimento do STF, que ‘os débitos atrasados, valor de pensões alimentícias, não perderam, por força do inadimplemento de obrigações de prestar alimentos, o caráter da causa de que provieram. Os efeitos, quaisquer que sejam, têm o mesmo caráter ou natureza da causa. A dívida continua sendo de alimentos; não de outro caráter ou natureza’; deduzindo-se daí que, tendo tais débitos pretéritos, sempre, caráter alimentar, ‘nenhuma ilegalidade há no decreto de prisão do alimentante, que é a medida constritiva, legalmente prevista, para que este cumpra sua obrigação alimentar’.” (Dos Alimentos, 3ª ed., RT, p. 1.071).

A natureza do débito, com efeito, não se altera em virtude do inadimplemento do devedor. A dívida de alimentos continua sendo de alimentos. O decurso do tempo não retira o caráter alimentar da prestação que, não satisfeita na época própria, repercute no padrão de subsistência do alimentando, causando o seu aviltamento.

Daí a distinção ressaltada pelo ilustre Professor para os casos onde, devidamente acionado, o devedor protela o cumprimento da sua obrigação. Acentua que “não podendo o devedor beneficiar-se de sua própria relapsia, desde que não tenha promovido **oportuno tempore** ação exoneratória do encargo alimentar, é legítima a sua prisão administrativa se não justificada a impossibilidade de efetuar o pagamento do débito (CPC, art. 733, **in fine**); aliás, a se entender de outro modo, estar-se-ia criando um instrumento de estímulo a benefício do inadimplente que, logrando prolongar-se no descumprimento de sua obrigação, lograria transformá-la em prestações pretéritas e vultuosas, pondo-se a salvo da execução fundada no art. 733. Daí porque, aceitável o entendimento pretoriano dominante, recomenda-se certo comedimento na sua aplicação após a análise das circunstâncias apuradas em cada caso concreto, de modo a não converter o maturado e abusivo devedor relapso em simples ‘vítima’, não transformando, portanto, o enunciado jurisprudencial em regra absoluta;” (**idem**, p. 1.072).

4. A jurisprudência das Terceira e Quarta Turmas já se mostrou sensível a essas circunstâncias, consoante se colhe dos seguintes julgados:

“Alimentos. Prisão.

É da jurisprudência que não se decreta a prisão, tendente a forçar o pagamento de alimentos, quando o credor deixa acumular numerosas prestações, fazendo com que o débito se torne especialmente elevado. Em tal caso, a coerção se referirá apenas às três últimas.

Entendimento que não é de aplicar-se, entretanto, quando não se verifica inércia do credor que, para receber o devido, se vê forçado a movimentar sucessivas execuções, dada a atitude do alimentante, recusando-se a cumprir o determinado.” (HC n. 11.176-SP, rel. eminente Ministro Eduardo Ribeiro, DJ de 15.5.2000).

“**Habeas corpus**. Prisão civil. Devedor de alimentos. Execução fundada no artigo 733 do Código de Processo Civil.

Permanecendo a inadimplência do executado no curso da execução fundada no artigo 733 do CPC, legítimo se afigura o aprisionamento em virtude do não-pagamento das prestações anteriores à execução e que foram seu específico objeto, não obstante o pagamento das três últimas vencidas antes do depósito.

A natureza do débito não se altera em virtude do inadimplemento do devedor. A dívida de alimentos continua sendo de alimentos. O decurso do tempo não retira o caráter alimentar da prestação que, não satisfeita oportunamente, repercute no padrão de subsistência do alimentando.

A jurisprudência que, vinculada às peculiaridades dos casos concretos, restringe a prisão ao pagamento das três últimas prestações, não constitui regra absoluta, comportando temperamento após a análise das circunstâncias de cada hipótese.

Ordem denegada.” (HC n. 11.163-MG, por mim relatado).

“**Habeas corpus**. Prisão civil. Alimentos. Se o credor por alimentos tarda em executá-los, a prisão civil só pode ser decretada se as prestações dos últimos três meses deixarem de ser pagas. Situação diferente, no entanto, é a das prestações que vencem após o início da execução. Nesse caso, o pagamento das três últimas prestações não livra o devedor da prisão civil. A não ser assim, a duração do processo

faria por beneficiá-lo, que seria maior ou menor, conforme os obstáculos e incidentes por ele criados. **Habeas corpus** deferido, em parte.” (HC n. 12.959-SP, DJ de 4.12.2000, Relator Min. Ari Pargendler).

5. No mais, as alegações impescindem de investigação probatória. E, como cediço, os fatos controvertidos dela dependentes são incompatíveis com a via eleita (HCs n. 7.271-RS e 7.908-SP, DJs de 5.4.1999 e 21.6.1999, ambos relatados pelo eminente Ministro Barros Monteiro; e HC n. 7.991-BA, DJ de 7.12.1998, rel. eminente Ministro Costa Leite).

No **habeas corpus**, tal qual no mandado de segurança, a prova há de ser pré-constituída, não se prestando para apreciar aspectos cuja solução preceda de dilação probatória.

Registre-se, ainda, que a exoneração ou diminuição do valor fixado judicialmente a título de alimentos tem sede processual própria e distinta da via eleita.

6. Posto isso, nego a ordem de **habeas corpus**.

RECURSO ESPECIAL N. 20.986 – SP

(Registro n. 92.0008404-4)

Relator: Ministro Aldir Passarinho Junior
Recorrente: Saad Hafiz Soubhie
Advogados: Walter Piva Rodrigues e outro
Recorridos: Walter Luiz Roncon e outro
Advogado: Pedro Alonso Romero

EMENTA: Civil e Comercial – Nota promissória emitida ao portador – Penhora dos títulos em execução contra o credor anterior – Depósito em juízo pelos emitentes – Cobrança pelo portador e titular atual – Extinção da obrigação dos terceiros-emitentes – CPC, arts. 672, § 2º, e 794, I – CC, art. 1.077.

I – O terceiro emitente de título cambial ao portador, penhorado em execução promovida por outrem contra seu antigo credor, se

exonera da obrigação mediante o depósito em juízo do valor correspondente à cártula (CPC, art. 672, §§ 1^a e 2^a).

II – Recurso especial não conhecido.

ACÓRDÃO

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

Brasília-DF, 19 de abril de 2001 (data do julgamento).

Ministro Ruy Rosado de Aguiar, Presidente.

Ministro Aldir Passarinho Junior, Relator.

Publicado no DJ de 25.6.2001.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Aldir Passarinho Junior: Adoto o relatório de fl. 70, **verbis**:

“Embargos em execução cambial acolhidos para julgar-se cumprida a obrigação com o depósito em juízo do valor em cobrança.

É que os Embargantes, ora apelados, foram intimados a não pagar as cambiais e então depositaram o valor (art. 672, § 2^a, do CPC) em outra execução pendente, no vencimento, ocorrendo a intimação anteriormente, pois intimado o credor, não apresentou os títulos a pretexto de já haver reavido o crédito.

Irresignado, apela o Embargado afirmando ser incabível o depósito feito e insistindo na validade da cobrança, pois ‘quem paga mal paga duas vezes’.”

A Sexta Câmara do 1^a Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo, por maioria, negou provimento à apelação do credor-embargado (fls. 74/75).

Opostos embargos infringentes, a mesma Câmara manteve a decisão (fls. 113/114).

Inconformado, Saad Hafiz Soubhie interpôs recurso extraordinário, convolado em especial, sustentando que tornou-se portador de notas promissórias derivadas de negócio imobiliário antes celebrado entre Chequer Jabur, alienante de imóvel e credor, e Walter Roncon, comprador; que inseriu seu nome como beneficiário nas aludidas promissórias; que em abril de 1983, o crédito representado por essas mesmas promissórias foi penhorado em execução movida por Oswaldo Pipolo contra Chequer Jabur; que Walter Roncon, naquela mesma execução, foi nomeado depositário; e que, em 2.5.1983, houve depósito judicial, com cheque de Reinaldo Roncon, a favor do exeqüente Oswaldo Pipolo (fl. 18).

Aduz o Recorrente que é terceiro de boa-fé e titular do crédito e que a decisão ofendeu os arts. 672, § 2º, e 794 do CPC, além de também violar, por aplicar erroneamente à espécie, os arts. 82, 1.069, 938 e 1.077 do Código Civil. Saliencia que o depósito não enseja a extinção da execução, posto que sobrepõe a obrigação de direito material, e que o acórdão confundiu-se entre circulação cambiária e cessão civil, pois esta só ocorre com o endosso do título de crédito posterior ao seu vencimento, nos moldes do art. 273, § 2º, da legislação cambial, aqui não acontecida.

Diz, mais, que o avalista não pode questionar fatos intrínsecos à formalidade cambial, como está aqui havendo.

Afirma, ainda, que nenhum crédito possuía Chequer Jabur junto aos Embargantes, pois 90 dias antes da lavratura já tinha descontado os títulos emitidos em branco e preenchidos para execução, fator elisivo da cessão invocada pelos Embargantes.

O recurso subiu por força de provimento dado em agravo de instrumento pelo eminente Ministro Francisco Rezek, ainda no STF.

Sem contra-razões (fl. 201).

Parecer da douta Subprocuradoria Geral da República às fls. 220/223, pelo Dr. Vicente de Paulo Saraiva, no sentido do não-conhecimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Aldir Passarinho Junior (Relator): Trata-se de recurso extraordinário, convolado em especial em face da novel Constituição Federal, em que é sustentada ofensa aos arts. 672, § 2º, e 794 do CPC; 82,

1.069, 938 e 1.077 do Código Civil, e 273, § 2^a, da legislação cambial, em embargos à execução de notas promissórias.

O questionamento foi observado exclusivamente em relação aos arts. 672, § 2^a, e 794, I, da lei adjetiva civil, e 1.077 do CC, que rezam o seguinte:

“Art. 672. A penhora de crédito, representado por letra de câmbio, nota promissória, duplicata, cheque e outros títulos, far-se-á pela apreensão do documento, esteja ou não em poder do devedor.

§ 1^a. Se o título não for apreendido, mas o terceiro confessar a dívida, será havido como depositário da importância.

.....
Art. 794. Extingue-se a execução quando:

I – o devedor satisfaz a obrigação.
.....

Art. 1.077. O crédito, uma vez penhorado, não pode mais ser transferido pelo credor que tiver conhecimento da penhora; mas o devedor que o pagar, não tendo notificação dela, fica exonerado, subsistindo somente contra o credor os direitos de terceiro.”

No caso dos autos, como visto, os Embargantes-recorridos deviam a Chequer Jabur uma importância representada por notas promissórias emitidas ao portador. Chequer Jabur negociou-as, em 21.1.1983 (fl. 53) com o Embargado-recorrente, Saad Hafiz Soubhie, que preencheu seu nome para fins de recebimento do respectivo valor.

Mais tarde, houve uma execução movida por Oswaldo Pipolo contra Chequer Jabur, e foi penhorado, em 26.4.1983 (fl. 19), justamente o valor representado pelas mesmas promissórias.

Então, os emitentes das promissórias, ora embargantes-recorridos, efetuaram o depósito judicial do seu valor em 2.5.1983 (fl. 15), a favor do exequente Oswaldo Pipolo.

O acórdão **a quo** diz o seguinte (fls. 113/114):

“A r. decisão embargada, com devida vênia do eminente subscritor do r. voto-vencido, ao que tudo recomenda, merece prevalecer, visto que aplicou de forma correta a lei à hipótese controvertida.

A r. decisão de 1^a grau, confirmada pelo venerando acórdão desta Câmara, ora embargado, teve o cuidado de transcrever o texto do

art. 672, § 2^a, do CPC, onde se indica, claramente, como o terceiro se exonerará da responsabilidade pela obrigação, isto é, promovendo o depósito judicial da importância devida.

Pois foi justamente o que aconteceu neste caso. Assim agiram os devedores da quantia, após a penhora do crédito por ela representado.

A disposição de lei invocada não comete ao terceiro, nas condições noticiadas, o dever de protestar perante o juiz pelo não-levantamento do depósito, até que se apure o paradeiro das cártulas. Essa providência, sem dúvida recomendável, cabia ser tomada pelo juiz do feito, jamais por quem realizara o depósito judicial para não correr maiores riscos.

Dos devedores, assim, uma vez realizado o depósito, nada mais se podia exigir, face aos termos dos arts. 1.077 do Código Civil, e 794, I, do CPC, como bem anotou o eminente Juiz Ernani de Paiva, em seu correto voto-vencedor, observando em fls. 76/77.

Diante dessa situação, o voto é no sentido da rejeição dos embargos.”

De outra parte, o voto-vencido, que dera origem aos embargos infringentes, da lavra do ilustre Juiz Ferreira da Cruz, sustenta (fl. 78):

“**Data venia** da douta maioria, entendo que o Embargante não se desobrigou perante o Embargado que, na qualidade de portador das cambiais, não se tendo demonstrado a má-fé, podia cobrar seu crédito de acordo com a lei cambiária.

Não tendo sido efetuada a apreensão das cambiais, não foram elas devolvidas ao emitente por ocasião do depósito judicial.

Assim, por pairar dúvida a respeito do verdadeiro credor, o devedor deveria ter protestado pelo não-levantamento do depósito até que se resolvesse sobre o paradeiro das cártulas.”

Tenho que a razão está com a maioria que sufragou a tese vencedora.

De efeito, os Embargantes limitaram-se a depositar em juízo a dívida. Se a penhora dos títulos foi aceita pelo magistrado onde tinha curso a execução ainda que sem a apresentação, pelo Executado, dos documentos correspondentes, tenho que tal situação não pode ser transferida como ônus aos emitentes das cártulas. Se o ora recorrente agiu de boa-fé, também assim

agiu o emitente, que, notificado da penhora, prontamente depositou à disposição do juízo os valores correspondentes, nos exatos termos do art. 672, § 2º, que dispõe:

“§ 2º. O terceiro só se exonerará da obrigação, depositando em juízo a importância da dívida.”

Esse depósito segue um rito previsto no § 4º, de audiência de comparecimento do devedor e do terceiro, de sorte que nela o juiz apurará os fatos e tomará as providências necessárias de acordo com a situação dos autos.

Se decidiu, portanto, o juízo, liberar o depósito em favor do exequente Oswaldo Pipolo, tal já refoge inteiramente à alçada do emitente da cártula. Ele, **data venia**, é que não poderia mesmo saber do paradeiro dos títulos ao portador, já que os entregou a Chequer Jabur. O rumo passa a ser aquele implementado pelo juízo e, na espécie, foi o que ocorreu.

Assim, resta ao recorrente Saad Hafiz Soubhie ação contra Chequer Jabur para o recebimento do seu crédito.

Não identifico, pois, ofensa aos arts. 672, § 1º, e 794, I, do CPC, e 1.077 da lei substantiva civil, mas, sim, a sua exata aplicação, é claro que *conjugadamente*, como o foi, à norma do § 2º do art. 672 do Código de Ritos.

Ante o exposto, não conheço do recurso especial.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 59.092 – SP

(Registro n. 95.0001530-7)

Relator: Ministro Barros Monteiro
Recorrentes: José Ponte de Gouveia e cônjuge
Advogados: Gabriella Poggiogalli e outro
Recorridos: Mário Campos Domingues e cônjuge
Advogados: Eugênio Belmonte e outro

EMENTA: Reivindicatória – Ação proposta por compromissários-compradores com título registrado.

– O compromissário-comprador, com o contrato registrado no Registro de Imóveis, preço pago e cláusula de irretratabilidade, tem legitimidade para propor ação reivindicatória (entendimento majoritário da Turma).

– Ausência, porém, no caso do requisito da posse injusta.

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 maioria, não conhecer do recurso, vencido em parte o Sr. Ministro Cesar Asfor Rocha, na forma do relatório e notas taquigráficas precedentes que integram o presente julgado. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Ruy Rosado de Aguiar e Sálvio de Figueiredo Teixeira. Não participou do julgamento o Sr. Ministro Aldir Passarinho Junior, pois não integrava a Quarta Turma, quando do início do julgamento.

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

Ministro Ruy Rosado de Aguiar, Presidente.

Ministro Barros Monteiro, Relator.

Publicado no DJ de 15.10.2001.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Barros Monteiro: José Ponte de Gouveia e cônjuge ajuizaram ação reivindicatória contra Mário Campos Domingues e cônjuge, visando à restituição de 50% do imóvel situado na rua Arthur Marques dos Santos n. 63, Praia Grande-SP, bem como ao pagamento de perdas e danos.

O MM. Juiz de Direito julgou a ação procedente, condenando os Réus à entrega do imóvel no prazo de trinta dias.

O Tribunal de Justiça de São Paulo deu provimento ao apelo dos Réus para extinguir o processo sem apreciação do mérito. Eis os fundamentos do acórdão na parte em que ora interessa:

“Examinada a documentação juntada com a inicial (fls. 9/14), constata-se que José Ponte de Gouveia e sua mulher são meros compromissários-compradores do aludido imóvel, conquanto tenha sido averbado tal compromisso (fl. 13 verso – R. 3/42.992).

Diante disso, são os Autores, ora apelados, carecedores de ação. A ação reivindicatória é reservada ao proprietário do bem, conforme preceitua o art. 524 do Código Civil. E os Apelados não são proprietários, mas compromissários. Dessarte, a reivindicatória não lhes socorre, pois protege o direito de propriedade. Aliás, a propriedade é pressuposto necessário da ação de reivindicação, no dizer de **Pontes de Miranda** (cf. Tratado das Ações, Ed. Revista dos Tribunais, 1978, Tomo VII, p. 116).” (fls. 114/115).

Inconformados, os Autores manifestaram o presente recurso especial com arrimo nas alíneas **a** e **c** do permissivo constitucional, alegando negativa de vigência aos arts. 524, 676 e 677 do Código Civil, além de divergência pretoriana. Sustentaram que, em face do compromisso de compra e venda estar quitado e registrado, sem possibilidade de ser rescindido, são titulares de direito real e, conseqüentemente, podem reivindicar o imóvel.

Contra-arrazoado, o apelo extremo foi admitido pela letra **a**.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Barros Monteiro (Relator): Através de compromisso de venda e compra registrado, os Autores tornaram-se compromissários-compradores do imóvel sito à rua Arthur Marques dos Santos, Praia Grande-SP.

O acórdão recorrido reputou-os carecedores da ação proposta, uma vez que a ação reivindicatória é reservada ao proprietário do bem e os demandantes não são proprietários.

Em primeiro lugar, é de ressaltar-se que a decisão ora hostilizada não cuidou dos temas alusivos aos arts. 676 e 677 do Código Civil, razão pela qual nesse ponto o apelo excepcional se afigura como inadmissível por ausência do prequestionamento (Súmulas n. 282 e 356-STF).

Não se pode asseverar, de outro lado, que o venerando julgado tenha malferido a norma inscrita no art. 524, pois o referido cânone legal é expresso ao dispor que “a lei assegura ao proprietário o direito de usar, gozar

e dispor de seus bens, e de reavê-los do poder de quem quer que injustamente o possua. Pressuposto, assim, da reivindicatória é a existência de um proprietário não-possuidor que age contra um possuidor não-proprietário. Um de seus elementos é o domínio exercido pelo Autor (cf. REsp n. 8.173-SP, Relator Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira).

No caso, ressaltamos evidente que os Autores não têm o domínio sobre a parte ideal correspondente aos 50% do imóvel reivindicando. Logo, é imprópria a assertiva de que o decisório combatido transgrediu o indigitado art. 524 do Código Civil.

Este Tribunal, em precedente de que foi relator o eminente Ministro Dias Trindade, conquanto não tenha enfrentado o tema diretamente, considerou que o mero compromissário-comprador, ainda que portador de título registrado, não tem ação reivindicatória (REsp n. 8.785-SP). Tal conclusão, inserta no voto do Sr. Ministro-Relator, vem roborada pelo pronunciamento exarado na ocasião pelo Ex.^{mo} Sr. Ministro Eduardo Ribeiro, que afirmou ter dificuldade em aceitar o entendimento de que o promitente-vendedor dispõe da ação petitória, deferida tradicionalmente ao proprietário.

Sustentam os Recorrentes, ainda, que a promessa de venda e compra em exame é irrevogável e se acha quitada, hipótese em que a situação se alteraria para o efeito de estender-lhes a regra do citado art. 524 do Código Civil (cf. RTJ 121/738 e magistério de **José Osório de Azevedo Jr.**, *Compromisso de Compra e Venda*, p. 100, 2ª ed., 1983). Ocorre que a decisão ora recorrida não cogitou destes aspectos relativos à inexistência da cláusula de arrependimento e do pagamento integral do preço avençado no contrato. As afirmações formuladas pelos demandantes nesse particular reclamam a reapreciação de matéria probatória, vez que, não opostos os declaratórios a respeito, aflora manifesta a incidência, no caso, do Verbete Sumular n. 7 desta Casa.

Se, de um lado, não se entrevê afronta à norma da legislação infraconstitucional, de outro, não aperfeiçoou o dissídio interpretativo, porquanto os Recorrentes não cumpriram o estatuído no art. 255, § 2º, do RISTJ, mencionando as circunstâncias que identifiquem e assemelhem as espécies confrontadas. Mais ainda, os arestos paradigmas são oriundos do mesmo tribunal prolator do decisório recorrido, o que convoca a aplicação aqui da Súmula n. 13-STJ.

Ante o exposto, não conheço do recurso.

É o meu voto.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Cesar Asfor Rocha: Os Recorrentes firmaram, em 13 de fevereiro de 1990, em caráter irrevogável e irretratável, um “contrato de compromisso de compra e venda” (fls. 8/12) com a Sra. Neusa Maria Molina que lhes prometeu vender 50% do imóvel de que se cogita, de logo transmitindo-lhes “a posse, jus, domínio, direito e ações” (fl. 10) e deles recebendo todo o preço, pelo que lhes deu plena, geral e irrevogável quitação, observando-se que referido contrato foi devidamente registrado, em 17 de dezembro de 1990, sob o n. “R. 3/42.992)”, do Cartório de Registro de Imóveis (fls. 13/14).

Percebendo que o imóvel estaria, em janeiro de 1991, sendo ocupado por terceiros, que são os ora recorridos, os Recorrentes ingressaram com uma ação reivindicatória, em 9 de agosto de 1991.

Ao contestarem o feito, os Recorridos, dizendo-se promitentes-compradores de 100% de referido bem, por contrato particular firmado em 23 de outubro de 1990, quitado em 23 de novembro do mesmo referido ano, alegaram, preliminarmente, que os Autores-recorrentes seriam carecedores de ação, pois, como cessionários, não teriam o domínio daquele bem.

Em 1ª instância a preliminar foi rejeitada e a ação foi julgada procedente, anotando-se que deveria “permanecer o registro na matrícula, instituto que confere segurança aos negócios jurídicos” (fl. 73v.).

A apelação dos Réus foi provida e do r. aresto hostilizado extraio as seguintes passagens:

“Examinada a documentação juntada com a inicial (fls. 9/14), constata-se que José Ponte de Gouveia e sua mulher são meros compromissários-compradores do aludido imóvel, conquanto tenha sido averbado tal compromisso (fl. 13 v. – R. 3/42.992).

Diante disso, são os Autores, ora apelados, carecedores de ação. À ação reivindicatória é reservada ao proprietário do bem, conforme preceitua o art. 524 do Código Civil. E os Apelados não são proprietários, mas compromissários. Dessarte, a reivindicatória não lhes socorre, pois protege o direito de propriedade. Aliás, a propriedade é pressuposto necessário da ação de reivindicação, no dizer de **Pontes de Miranda** (cf. Tratado das Ações, Ed. Revista dos Tribunais, 1978, Tomo VII, p. 116).” (fls. 114/115).

Inconformados, os Autores manifestaram o presente recurso especial com base nas letras **a** e **c** do permissor constitucional, alegando negativa de vigência aos arts. 524, 676 e 677 do Código Civil, além de divergência pretoriana. Sustentaram que, em face do compromisso de compra e venda estar quitado e registrado, sem possibilidade de ser rescindido, são titulares de direito real e, conseqüentemente, podem reivindicar o imóvel.

Contra-arrazoado, o apelo extremo foi admitido pela letra **a**.

O eminente Ministro Barros Monteiro, relator deste feito, não conheceu do recurso.

A uma, porque o dissídio não estaria configurado.

A duas, porque “a decisão ora hostilizada não cuidou dos temas alusivos aos arts. 676 e 677 do Código Civil, razão pela qual nesse ponto o apelo excepcional se afigura como inadmissível por ausência do prequestionamento (Súmulas n. 282 e 356-STF)”.

A três, porque o art. 524 “é expresse ao dispor que ‘a lei assegura ao proprietário o direito de usar, gozar e dispor de seus bens, e de reavê-los do poder de quem quer que injustamente o possua’. Pressuposto, assim, da reivindicatória é a existência de um proprietário não possuidor que age contra um possuidor não-proprietário. Um de seus elementos é o domínio exercido pelo Autor” (cf. REsp n. 8.173-SP, Relator Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira).

Afirmou ainda S. Ex.^a que “no caso, ressei evidente que os Autores não têm o domínio sobre a parte ideal correspondente aos 50% do imóvel reivindicando. Logo, é imprópria a assertiva de que o decisório combatido transgrediu o indigitado art. 524 do Código Civil”.

Ademais, “este Tribunal, em precedente de que foi relator o eminente Ministro Dias Trindade, conquanto não tenha enfrentado o tema diretamente, considerou que o mero compromissário-comprador, ainda que portador de título registrado, não tem ação reivindicatória (REsp n. 8.785-SP). Tal conclusão, inserta no voto do Sr. Ministro-Relator, vem roborada pelo pronunciamento exarado na ocasião pelo Ex.^{mo} Sr. Ministro Eduardo Ribeiro, que afirmou ter dificuldade em aceitar o entendimento de que o promitente-vendedor dispõe da ação petitória, deferida tradicionalmente ao proprietário”.

Por fim, o eminente Ministro-Relator registrou que “sustentam os Recorrentes, ainda, que a promessa de venda e compra em exame é irretratável e se acha quitada, hipótese em que a situação se alteraria para o efeito de estender-lhes a regra do citado art. 524 do Código Civil (cf. RTJ 121/738

e magistério de **José Osório de Azevedo Jr.**, Compromisso de Compra e Venda, p. 100, 2ª ed., 1983). Ocorre que a decisão ora recorrida não cogitou destes aspectos relativos à inexistência da cláusula de arrependimento e do pagamento integral do preço avençado no contrato. As afirmações formuladas pelos demandantes nesse particular reclamam a reapreciação de matéria probatória, vez que, não opostos os declaratórios a respeito, aflora manifesta a incidência, no caso, do Verbete Sumular n. 7 desta Casa”.

Pedi vista dos autos para melhor exame da matéria, tendo recebido o processo em meu gabinete no dia 16 de maio do corrente ano.

São sólidas as bases legais em que se funda o judicioso voto do eminente Ministro Barros Monteiro. Ouso, contudo, de S. Ex.^a discordar, o que ora faço com o maior respeito.

É certo que em sua literalidade, o art. 524 do Código Civil pontifica, no que interessa, que *a lei assegura ao proprietário o direito de reaver os seus bens de quem quer que injustamente os possua*.

E como, no caso, os Autores-recorrentes não seriam, a rigor, proprietários, condição que alcançariam somente depois de adquirirem o domínio do cogitado bem, por escritura pública, devidamente registrada, não poderiam reivindicar o bem.

Entendo, todavia, que a regra acima anunciada comporta, em excepcionais hipóteses, um certo temperamento.

E a situação de que ora se examina está contida no rol daquelas excepcionalidades, pela presença concomitante dos seguintes elementos:

a) o compromisso de compra e venda foi firmado em caráter irrevogável e irreatável, vedado o arrependimento;

b) de logo foram transmitidos “a posse, jus, domínio, direito e ações”;

c) o preço foi totalmente pago, sendo prestada ampla, geral e irrevogável quitação;

d) o contrato foi levado ao registro imobiliário quando nele constava a cedente como legítima proprietária;

e) a ação foi proposta contra um promitente-comprador, assim ungi-do em face de contrato particular celebrado em data posterior àquela em que o primeiro foi firmado.

Ora, se os Recorrentes poderiam promover uma ação de adjudicação compulsória contra a promitente-vendedora, para adquirirem definitivamente o domínio do bem, não vejo porque, **data venia**, presentes aquelas

circunstâncias acima apontadas, não poderem, de logo, valer-se da ação de que se cuida para reavê-lo de terceiros, meros posteriores promitentes-compradores.

Dir-se-ia que legitimidade para propor a ação só teria a promitente-vendedora.

Contudo, evidentemente que ela não iria tomar nenhuma iniciativa nesse sentido quando mais não fosse por ter prometido vendê-lo aos dois litigantes.

Com efeito, o resultado útil da reivindicatória só recairia sobre os ora recorrentes, razão também para tê-los como parte legítima para propor a ação.

Diante de tais pressupostos, conheço do recurso e dou-lhe provimento, para restabelecer a r. decisão de 1ª grau, com o mais elevado respeito ao eminente Ministro Barros Monteiro.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Ruy Rosado de Aguiar (Presidente): O feito foi assim relatado pelo eminente Ministro Barros Monteiro, que não conheceu do recurso: leu.

Pedi vista dos autos diante da divergência instalada pelo voto do eminente Ministro Cesar Asfor Rocha, que conheceu e deu provimento ao apelo especial.

Creio que os promissários-compradores, com contrato registrado no RI, preço pago e cláusula de irretratabilidade, têm legitimidade para a propositura de ação reivindicatória.

Porém, não a têm contra possuidores que, assim como eles, são promissários-compradores a exercer, fundados nesse contrato, posse justa. Não é razoável deferir a reivindicação em favor de quem apresenta um contrato, contra quem tem o mesmo contrato e, além disso, exerce a posse.

Os Autores são promissários-compradores de apenas 50% do imóvel, pelo que, ao menos com relação aos outros 50%, nenhum direito detêm. Por isso, como disse o eminente Ministro Barros Monteiro, “é imprópria a assertiva de que o decisório combatido transgrediu o indigitado art. 524 do Código Civil”.

Posto isso, com respeitosa vênia, acompanho o ilustre Ministro-Relator e não conheço do recurso.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira: A controvérsia dos autos foi assim relatada:

“José Ponte de Gouveia e cônjuge ajuizaram ação reivindicatória contra Mário Campos Domingues e cônjuge, visando à restituição de 50% do imóvel situado na rua Arthur Marques dos Santos n. 63, Praia Grande-SP, bem como ao pagamento de perdas e danos.

O MM. Juiz de Direito julgou a ação procedente, condenando os Réus à entrega do imóvel no prazo de trinta dias.

O Tribunal de Justiça de São Paulo deu provimento ao apelo dos Réus para extinguir o processo sem apreciação do mérito. Eis os fundamentos do acórdão na parte em que ora interessa:

‘Examinada a documentação juntada com a inicial (fls. 9/14), constata-se que José Ponte de Gouveia e sua mulher são meros compromissários-compradores do aludido imóvel, conquanto tenha sido averbado tal compromisso (fl. 13v. – R. 3/42.992).

Diante disso, são os Autores, ora apelados, carecedores de ação. A ação reivindicatória é reservada ao proprietário do bem, conforme preceitua o art. 524 do Código Civil. E os Apelados não são proprietários, mas compromissários. Dessarte, a reivindicatória não lhes socorre, pois protege o direito de propriedade. Aliás, a propriedade é pressuposto necessário da ação de reivindicação, no dizer de **Pontes de Miranda** (cf. Tratado de Ações, Ed. Revista dos Tribunais, 1978, Tomo VII, p. 116).’ (fls. 114/115).

Inconformados, os Autores manifestaram o presente recurso especial com arrimo nas alíneas **a** e **c** do permissivo constitucional, alegando negativa de vigência aos arts. 524, 676 e 677 do Código Civil, além de divergência pretoriana. Sustentaram que, em face do compromisso de compra e venda estar quitado e registrado, sem possibilidade de ser rescindido, são titulares de direito real e, conseqüentemente, podem reivindicar o imóvel.

Contra-arrazoado, o apelo extremo foi admitido pela letra **a**.”

Em seu voto, o eminente relator, Ministro Barros Monteiro, concluiu

pelo não-conhecimento do recurso. Primeiro, porque não prequestionados os arts. 676 e 677 do Código Civil. Segundo, porque não configurada a divergência. Terceiro, porque entendeu S. Ex.^a que o art. 524 do Código Civil seria expresso ao dispor que “a lei assegura ao proprietário o direito de usar, gozar e dispor de seus bens, e de reavê-los do poder de quem quer que injustamente o possua”, razão pela qual seria pressuposto da reivindicatória a existência de um proprietário, e não apenas possuidor, que age contra um possuidor não-proprietário, assinalando que, no caso, os Autores não têm o domínio sobre a parte ideal correspondente aos 50% do imóvel reivindicado. Quarto, porque o acórdão impugnado não cogitou da inexistência da cláusula de arrependimento e do pagamento integral do preço avençado no contrato, sabido que, para entender diversamente, seria necessário o reexame das provas.

O Ministro Cesar Asfor Rocha, em voto-vista, ao divergir, decidiu pelo provimento do recurso, restabelecendo a sentença. Afirmou S. Ex.^a que a regra do art. 524 do Código Civil, em excepcionais hipóteses, comportava temperamento, aduzindo que a situação dos autos estaria contida dentro dessa exceção, pelas seguintes razões: “a) o compromisso de compra e venda foi firmado em caráter irrevogável e irretratável, vedado o arrependimento; b) de logo foram transmitidos: ‘a posse, jus, domínio, direito e ações’; c) o preço foi totalmente pago, sendo prestada ampla, geral e irrevogável quitação; d) o contrato foi levado a registro imobiliário quando nele constava a cedente como legítima proprietária; e) a ação foi proposta contra um promitente-comprador, assim unguindo em face de contrato particular celebrado em data posterior àquela em que o primeiro foi firmado”. Diante dessas circunstâncias, concluiu que, “se os Recorrentes poderiam promover uma ação de adjudicação compulsória contra a promitente-vendedora, para adquirirem definitivamente o domínio do bem”, porque não poderiam, desde logo, valer-se da ação reivindicatória “para reaver o imóvel de terceiros, meros posteriores promitentes-compradores”.

O Ministro Ruy Rosado de Aguiar, de seu turno, também em voto-vista, acompanhou o Ministro-Relator, lançando as seguintes considerações:

“Creio que os promissários-compradores, com contrato registrado no RI, preço pago e cláusula de irretratabilidade, têm legitimidade para a propositura de ação reivindicatória.

Porém, não a tem contra possuidores que, assim como eles, são promissários-compradores a exercer, fundados nesse contrato, posse

justa. Não é razoável deferir a reivindicação em favor de quem apresenta um contrato, contra quem tem o mesmo contrato e, além disso, exerce a posse.

Além disso, os Autores são promissários-compradores de apenas 50% do imóvel, pelo que, ao menos em relação aos outros 50%, nenhum direito detêm.”

Dada a controvérsia do tema, e para melhor exame, solicitei vista dos autos.

2. Em primeiro lugar, assim como concluíram os Ministros Cesar Asfor Rocha e Ruy Rosado de Aguiar, tenho que o art. 524 do Código Civil não merece interpretação meramente literal, sendo imperioso que se ponderem outras circunstâncias a fim de que se chegue a uma solução mais justa.

Assim, não obstante referida norma legal assentar que apenas o “proprietário” pode reaver seu imóvel de quem injustamente o possua, sendo certo ainda que, nos termos do art. 530 do Código Civil, adquire-se a propriedade imóvel “pela transcrição do título de transferência no Registro do Imóvel”, não vejo razão, em princípio, para negar ao promissário-comprador a ação reivindicatória, desde que o compromisso de compra e venda esteja registrado, com preço pago e havendo cláusula de irretratabilidade, como na espécie.

Nem seria o caso de cogitar-se da impossibilidade da ação pelo fato de os Autores terem adquirido apenas 50% (cinquenta por cento) do imóvel em controvérsia. Isso porque, uma vez acolhido o pedido, a ação poderia prosseguir observando o procedimento previsto para a alienação da coisa comum.

3. Por outro lado, certo é que, pressupondo a reivindicatória um proprietário não-possuidor que age contra um possuidor não-proprietário, seu sucesso reclama a reunião de dois elementos: o *domínio* do Autor e a *posse injusta* do Réu. A propósito do tema, tive oportunidade de assim me expressar, como relator do REsp n. 8.173-SP (DJ de 9.5.1992):

“Segundo **Lafayette** (Direito das Coisas, § 82), a reivindicatória pressupõe um proprietário não-possuidor que age contra um possuidor não-proprietário, a saber, ‘ação proposta pelo proprietário que tem o domínio e não tem a posse, contra o não-proprietário, que não tem o domínio, mas tem a posse’.

O sucesso da reivindicatória, todavia, exige que dois elementos se reúnam: o domínio do Autor e a posse injusta do Réu.

A propósito, ementou o Tribunal de Justiça de Minas Gerais, na Apelação n. 54.027 (DJMG de 23.9.1980):

‘– São requisitos indispensáveis à propositura e êxito da ação reivindicatória a prova pelo autor de dois fatos: que lhe pertence o domínio da coisa e que o réu a retém em seu poder.

– É certo que o Código não se satisfaz, para o uso da reivindicatória, com o fato de que outrem apenas possua a coisa, mas exige que ele a detenha injustamente, ou seja, de forma que repugna ao Direito.’

É de **Virgílio de Sá Pereira** (Manual do Código Civil, 8/25) a lição de que ‘a noção do justo e do injusto está por tal modo disseminada na consciência coletiva que, ao primeiro impulso, todos se julgarão habilitados a responder’, aduzindo, porém, com invocação de **Lafayette**, que ‘posse justa, em sentido lato, é aquela cuja aquisição não repugna ao Direito. No caso contrário, se diz injusta’.

O saudoso Desembargador Agostinho de Oliveira Jr., na referida Apelação n. 54.027 teve oportunidade de registrar que, há muito superada a bizantina questão ‘da redação baldia de técnica do artigo em referência, a realidade jurídica contemporânea é a cristalização daqueles dois requisitos essenciais ao aviamento da ação em referência’.

Nesse caminho, em preciso julgado, proclamou o Supremo Tribunal Federal, no RE n. 100.700, relatado pelo Ministro Soares Muñoz (RTJ 107/1.324):

‘Não há confundir o requisito da posse injusta a que se refere o art. 524 do Código Civil, com a posse injusta definida no art. 489 do mesmo diploma legal. Aquela é injusta tão-somente pela razão de que, na disputa entre a posse e a propriedade, prevalece o direito do proprietário, a menos que se trate de posse **ad usucapionem**. Não constitui requisito da ação reivindicatória que a posse do réu seja precária, clandestina ou violenta. A posse **ad interdicta** não constitui obstáculo à procedência da ação de reivindicação.’”

No caso vertente, como anotado, os Autores, e também os Réus, são

possuidores de idêntico título – compromisso de compra e venda firmado com a mesma vendedora. Assim, a posse dos Réus, nesse passo, não estaria sendo exercida a injusto título. Em outras palavras, para aferir-se quanto à injustiça da posse, em face do art. 524 do Código Civil, há que verificar-se se o possuidor tem título oponível ao proprietário. E, na espécie, as partes (Autores e Réus) têm em um mesmo título (compromisso de compra e venda), ambos com força jurídica idêntica. Resta ausente, portanto, um dos requisitos para a ação reivindicatória: a posse injusta.

O fato de o compromisso de compra e venda dos Autores haver sido firmado em primeiro lugar não altera tal conclusão. Como já decidido nesta Turma, “se duas distintas pessoas, por escrituras diversas, comprarem o mesmo imóvel, a que primeiro levar a sua escritura a registro é que adquirirá o seu domínio. É o prêmio que a lei confere a quem foi mais diligente” (REsp n. 104.200-SP, DJ de 4.9.2000, relator o Ministro Cesar Asfor Rocha). Assim sendo, se se admitisse, no caso, a legitimidade dos Autores-recorrentes, seria o caso de igualmente admitir-se, se inversa a situação, a legitimidade também dos Réus para reivindicar o imóvel, uma vez que ambas as partes detêm idêntico título.

4. À vista do exposto, acompanho, na conclusão, o eminente Ministro-Relator, Barros Monteiro, com os acréscimos do eminente Ministro Ruy Rosado de Aguiar, para *não conhecer* do recurso.

RECURSO ESPECIAL N. 125.573 – PR

(Registro n. 97.0021450-8)

Relator: Ministro Barros Monteiro
Recorrente: Generali do Brasil Companhia Nacional de Seguros
Advogados: Marcos Wachowicz e outros
Recorridos: Bortolo João Isoppo e outros
Recorrida: Viação Cometa S/A
Advogado: Hugo Mosca

EMENTA: Indenização – Seguro – Denúnciação da lide ao Instituto de Resseguros do Brasil (IRB) – Admissibilidade – Cerceamento de defesa – Prova pericial.

– Ainda que revogado o art. 68 do Decreto-Lei n. 73, de 21.11.1966, pelo art. 12 da Lei n. 9.932, de 20.12.1999, é cabível a denúncia da lide pela companhia de seguros ao IRB, a fim de assegurar o direito regressivo contra este.

– Realização da prova pericial que não foi definitivamente afastada pelo Juízo de Direito. Imprescindibilidade, de todo modo, de reexame da matéria probatória, a fim de certificar-se sobre a pertinência de sua efetivação no caso (Súmula n. 7-STJ).

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, Ruy Rosado de Aguiar, Aldir Passarinho Junior e Sálvio de Figueiredo Teixeira.

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

Ministro Ruy Rosado de Aguiar, Presidente.

Ministro Barros Monteiro, Relator.

Publicado no DJ de 24.9.2001.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Barros Monteiro: Nos autos da ação indenizatória movida por Bortolo João Isoppo e outros contra a Viação Cometa S/A, feita a denúncia da lide pela Ré à Generali do Brasil Cia Nacional de Seguros S/A, esta, por sua vez, requereu a denúncia da lide ao Instituto de Resseguros do Brasil – IRB, pretensão que foi negada pelo MM. Juiz de Direito. Na mesma oportunidade, o Magistrado deferiu expressamente as provas documental e testemunhal, não se manifestando quanto à prova pericial requerida pela Seguradora.

Inconformada, a Generali do Brasil Cia Nacional de Seguros S/A interpôs agravo de instrumento, insistindo na citação do IRB, na forma do

disposto no art. 68 do Decreto-Lei n. 73, de 21.11.1966, e na arguição de cerceamento de defesa pelo não-deferimento da prova pericial.

A Primeira Câmara Cível do Tribunal de Alçada do Paraná negou provimento ao recurso. Eis a ementa do v. acórdão:

“Agravos de instrumento. Litisconsórcio necessário. Seguradora. Citação do Instituto de Resseguros do Brasil – IRB como litisconsorte necessário. Inadmissibilidade.

Na condição de ressegurador o IRB, sua posição processual é de mero assistente, não tendo qualidade para figurar como denunciado à lide perante a seguradora, pois não é um garante do direito desta, indenizando-lhe pela perda da demanda.

Prova pericial. Protesto genérico. Não-apreciação pelo juiz.

Se a prova pericial não foi indeferida, limitando-se o juiz a mencionar que examinaria a questão em audiência, tal ato judicial é irrecurável, pois dele não resulta lesividade à parte. Demais, se não a indeferiu, no prosseguimento do processo deverá decidir a questão, para o deslinde da controvérsia.” (fl. 141).

Rejeitados os declaratórios, a Generali do Brasil Cia Nacional de Seguros S/A manifestou o presente recurso especial com fulcro nas alíneas a e c do permissor constitucional, apontando negativa de vigência aos arts. 68 do Decreto-Lei n. 73/1966 e 1.538 e 1.539 do Código Civil, além de divergência jurisprudencial. Sustentou que o IRB é litisconsorte necessário nas ações relativas ao seguro de que participa. Alegando que, no caso dos autos, existe percentual de 86,768% do valor contratado na apólice ressegurado pelo IRB, reiterou seu pedido no sentido de que seja o Instituto de Resseguros do Brasil – IRB citado para vir integrar a lide para todos os fins de direito. Disse mais, que as instâncias inferiores, indeferindo a prova pericial requerida, lhe acarretaram cerceamento de defesa.

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

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Barros Monteiro (Relator): 1. Em que pese tratar-se no caso de recurso especial interposto em agravo de instrumento manifestado,

de sua vez, contra decisão interlocutória, justifica-se a pronta entrega da prestação jurisdicional ante a circunstância de que a causa principal se acha paralisada, à espera da solução do incidente relativo à denunciação da lide.

2. Citada a ora recorrente como litisdenunciada, requereu ela na contrariedade a denunciação da lide ao Instituto de Resseguros do Brasil – IRB, o que lhe foi indeferido por ocasião do saneamento do processo.

Assiste-lhe razão nesse particular.

Segundo o disposto no art. 68 do Decreto-Lei n. 73, de 21.11.1966, “o IRB será considerado litisconsorte necessário nas ações de seguro, sempre que tiver responsabilidade no pedido”. Claro está que, anterior o referido diploma legal à edição do vigente Código de Processo Civil, não tivera ele em conta a figura processual da denunciação da lide, tal como tivera ocasião de destacar o eminente Ministro Eduardo Ribeiro, quando do julgamento do REsp n. 25.519-7-SP. Aliás, idêntica observação vem anotada por **Edson Ribas Malachini**, em seu trabalho intitulado Seguro, Resseguro, Litisconsórcio e Denunciação da Lide: hoje, a intervenção do IRB subsume-se à previsão constante do art. 70, III, do estatuto processual em vigor. São suas palavras textuais, “a primeira conclusão a extrair daí, portanto, é que, a nosso ver, não há como não admitir que o segurador, ao ser acionado pelo segurado em ação de cobrança de valor de seguro, em processo de conhecimento, pode perfeitamente denunciar a lide ao Instituto de Resseguros, pedindo-lhe a citação, pois é evidente que esse está obrigado ‘pelo contrato, a indenizar, em ação regressiva, o prejuízo’ daquele, se ele ‘perder a demanda’ (Revista *Ajuris*, vol. 66, p. 345).

Tal orientação teve o beneplácito de julgado oriundo desta colenda Turma, de que fui relator, de cuja ementa se colhe:

“Denunciação da lide. Resseguro. Posição do Instituto de Resseguros do Brasil – IRB.

Não respondendo o IRB diretamente perante o segurado pelo montante assumido em resseguro, é cabível a denunciação da lide a ele feita pela seguradora com o objetivo de exigir-lhe, nos limites de apólice, o ressarcimento da importância que vier a desembolsar em razão do sucumbimento na ação principal.

Recurso especial conhecido e provido.” (REsp n. 40.911-0-MG).

No aludido precedente, fez-se remissão a comentário de **Theotônio**

Negrão, no sentido de que cabe à seguradora, se quiser assegurar o seu direito de regresso nos próprios autos, promover a denúncia da lide ao IRB. Agora, na 32ª edição de seu Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor, o mesmo renomado jurista adverte que o art. 68 do Decreto-Lei n. 73/1966 foi expressamente revogado pelo art. 12 da Lei n. 9.932, de 20.12.1999 (p. 161, nota 5 ao art. 47 do CPC).

Assim realmente o é. O indigitado art. 68 acha-se revogado, pelo que a impropriedade terminológica em que o mesmo incorria, em face das disposições novas do Código de Processo Civil, não mais persiste. De todo modo, ainda como pontifica o ilustre escoliasta mencionado, “mesmo com a revogação do art. 68 do Decreto-Lei n. 73/1966, havendo resseguro de responsabilidade do IRB, deverá a companhia de seguros provar a existência do resseguro e denunciar o IRB à lide, para assegurar o direito regressivo contra este” (ob. cit., p. 161).

Ao recusar a denúncia da lide ao IRB pela seguradora, o decisório recorrido não somente contrariou o sistema legal vigente a respeito do tema, como ainda dissentiu de pelo menos um dos arestos paradigmas colacionados no REsp, o proveniente do Tribunal de Justiça de São Paulo, de conformidade com o qual “O IRB responde perante as seguradoras pelo montante do resseguro cedido”.

2. Já com respeito ao pretendido cerceamento de defesa, o apelo especial não apresenta foros de juridicidade.

É que, primeiro, o acórdão recorrido arrima-se na circunstância de que o magistrado singular não chegou propriamente a indeferir a realização da prova pericial. Esta assertiva reforça-se com o pronunciamento do Dr. Juiz de Direito ao proferir o despacho de sustentação no agravo interposto, ocasião em que assinalou ser o cabimento da perícia apreciada quando da efetivação da audiência (fl. 122).

Demais disso, a esta altura, em sede de recurso especial, não é dado rever-se a pertinência ou não da prova requerida, uma vez que um veredicto a propósito desse assunto demandaria necessariamente o revolvimento de matéria probatória (Súmula n. 7-STJ).

3. Do quanto foi exposto, conheço, em parte, do recurso por ambas as alíneas do permissivo constitucional e, nessa parte, dou-lhe provimento, a fim de deferir a denúncia da lide requerida contra o Instituto de Resseguros do Brasil – IRB.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 141.592 – GO

(Registro n. 97.0051725-0)

Relator: Ministro Cesar Asfor Rocha
Recorrente: Banco do Brasil S/A
Advogados: Leônidas Cabral de Albuquerque e outros
Recorrida: Agroindustrial Centro Soja Ltda
Advogados: Ney Moura Teles e outro

EMENTA: Execução de obrigação de fazer – Citação do devedor – Ausência de carga decisória – Despacho de mero expediente – Irrecorribilidade – Arts. 504 e 522 do Código de Processo Civil.

O provimento judicial que simplesmente ordena a citação do devedor em execução de obrigação de fazer não contém carga decisória, sendo, portanto, irrecorrível via do agravo de instrumento.

Recurso especial conhecido pelo dissídio, mas desprovido.

ACÓRDÃO

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

Brasília-DF, 4 de outubro de 2001 (data do julgamento).

Ministro Cesar Asfor Rocha, Presidente e Relator.

Publicado no DJ de 4.2.2002.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Cesar Asfor Rocha: Agroindustrial Centro Soja Ltda propôs ação de execução contra o Banco do Brasil S/A, pretendendo o cumprimento de cláusula, inserida em cédula rural, determinando a conversão do saldo devedor do financiamento em EGP/COV – Empréstimo do Governo Federal com Operação de Venda.

Contra o provimento judicial que determinou a sua citação, o Banco do Brasil agravou de instrumento afirmando a ausência de título executivo e litispendência.

O agravo não foi conhecido pelo egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, em acórdão sumariado na ementa seguinte:

“Agravo de instrumento. Execução. Citação. Despacho de mero expediente. Não-conhecimento. Não se conhece de agravo de instrumento interposto contra a decisão que ordenou a citação do executado, vez que não causou nenhum prejuízo, nenhuma lesão ao processo, e às partes. Despacho de mero expediente, irrecurável. Inteligência do art. 508 do CPC. Agravo não conhecido.” (fl. 187).

Daí o recurso especial, interposto com fundamento na divergência com julgado do Tribunal paulista e na alegação de ofensa aos arts. 504 e 522 do Código de Processo Civil, sustentando que, no processo de execução, “o despacho que defere a inicial e determina a citação do devedor é uma decisão interlocutória, sendo, portanto, recorrível, via agravo de instrumento” (fl. 198).

Respondido, o recurso foi admitido na origem.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Cesar Asfor Rocha (Relator): 1. O Recorrente não se conforma com acórdão que entendeu inexistir conteúdo decisório em despacho inicial ordenando a citação do executado em execução de obrigação de fazer.

2. A questão, portanto, cinge-se em definir qual a natureza jurídica do provimento judicial que determina a citação do devedor em sede de execução de obrigação de fazer.

3. O legislador pátrio, ao sistematizar o processo de execução, e seus respectivos ritos, previu, em relação às obrigações de fazer e não fazer, uma certa dificuldade prática quanto ao adimplemento da obrigação.

É que essas obrigações têm por objeto uma atividade ou abstenção do devedor, estando o cumprimento da prestação a depender da vontade e disposição do próprio executado; esse fato reduz, consideravelmente, as

possibilidades práticas de proporcionar ao credor a prestação ou abstenção devidas pelo obrigado. Daí algumas alternativas apontadas pela lei processual, aptas a minimizar a insatisfação do crédito, como é o caso do cumprimento da obrigação por um terceiro ou a sua resolução em perdas e danos.

4. Não bastassem todos esses obstáculos relativos ao cumprimento das obrigações de fazer e não fazer, pretende o Recorrente-executado criar outro empeco processual consistente em atribuir cunho interlocutório ao despacho que ordena sua citação. Fosse todo e qualquer despacho citatório recorrível, a celeridade processual e a instrumentalidade do processo estariam relegados em segundo plano; eis que, já no início da relação processual, surgiria para o devedor a possibilidade de tumultuar ainda mais a marcha processual.

5. Além disso, o art. 522 do Código de Processo Civil elenca alguns requisitos caracterizadores da decisão interlocutória: o fato de ter sido proferida “no curso do processo” resolvendo “questão incidente”.

Nesse contexto, quando o magistrado simplesmente ordena a citação do devedor, longe de decidir qualquer questão incidente, está apenas impulsionando a marcha processual proferindo, portanto, despacho de mero expediente despido de qualquer carga decisória.

6. Não há, ademais, a lesividade que o Recorrente traduziu como “o ônus de contestar, pagar, ou sofrer constrição judicial” (fl. 200). Na execução da obrigação de fazer, o executado é citado para satisfazer obrigação e não para efetuar qualquer pagamento sob pena de penhora. Também não há contestação, mas ação de embargos, e para o “ônus de contestar” existem as verbas de sucumbência.

7. Correto, portanto, o realçado no venerando voto-condutor do acórdão recorrido, **verbis**:

“Com efeito, entendo assistir razão ao Agravado, pois, **in casu**, evidenciado está que o simples despacho inicial ordenando a citação do Executado-agravante se constitui em despacho de mero expediente, irrecurrível, e o art. 162, § 3º, do CPC, define despacho como o ato judicial ordinatório destinado a dar andamento ao processo. Portanto, como está desprovido de conteúdo decisório, não tem aptidão para causar gravame, sendo, conseqüentemente, irrecurrível.

No juízo de retratação, o nobre Magistrado ressaltou, com muita propriedade (fl. 178):

‘O despacho inicial que manda citar o executado na execução de obrigação de fazer, diferentemente do que ocorre na execução por quantia certa, não causa nenhum prejuízo, pois que não penhora, não pode haver arresto, etc. Não há, pois, nenhuma lesão. A matéria aventada pelo Agravante pode ser discutida por meio de embargos, aliás, já opostos.’

Assim sendo, despachos de mero expediente, como o do caso em tela, são de simples movimentação do processo, isto é, ‘atos de pura observação processual’, conforme acentua **José Carlos Barbosa Moreira**, nos seus Comentários ao Código de Processo Civil, v. V, p. 275.” (fls. 189/194).

8. Apenas por demasia, ressalto que a jurisprudência desta Corte já assinalou que: “(...) Do despacho que ordena a citação do devedor cabe exceção de pré-executividade ou embargos à execução e não agravo de instrumento. (...)” (REsp n. 172.093-DF, DJ de 1.8.2000, Rel. Min. Waldemar Zveiter).

Assim, o simples ordenamento citatório, sem qualquer conteúdo decisório, não é passível de impugnação através do recurso de agravo, mormente quando por ele se busca a análise de questões agitadas em embargos do devedor.

9. Diante de tais pressupostos, conheço do recurso pelo dissídio, mas para negar-lhe provimento.

RECURSO ESPECIAL N. 148.212 – RJ

(Registro n. 97.0064935-0)

Relator: Ministro Barros Monteiro
Recorrente: Wadih Nemer Damous Filho
Advogados: Marcelo Rocha de Mello Martins e outros
Recorrido: José Maria de Mello Porto
Advogado: Eduardo Antônio de Albuquerque Coelho

EMENTA: Responsabilidade civil – Danos morais – Ofensa veiculada pela imprensa – Legitimidade passiva **ad causam** – Limitação prevista pela Lei n. 5.250, de 9.2.1967 – **Quantum** da indenização não justificado pela decisão recorrida – Adequação desde logo pela instância especial.

– “São civilmente responsáveis pelo ressarcimento de dano, decorrente de publicação pela imprensa, tanto o autor do escrito quanto o proprietário do veículo de divulgação” (Súmula n. 221-STJ).

– A limitação prevista pela Lei de Imprensa quanto ao montante da indenização não foi recepcionada pela Constituição Federal de 1988. Admissibilidade de fixação do **quantum** indenizatório acima dos limites ali estabelecidos.

– Não esclarecimento pelo Tribunal **a quo** acerca dos critérios adotados para a determinação do montante da condenação. Acertamento do valor, desde logo, pela instância excepcional, por aplicação do princípio da instrumentalidade do processo, valendo-se dos critérios preconizados pela doutrina e jurisprudência, com razoabilidade e moderação.

Recurso conhecido, em parte, e provido parcialmente, nos termos do voto do Sr. Ministro Cesar Asfor Rocha, vencidos, em parte, o Relator e o Sr. Ministro Aldir Passarinho Junior, que lhe davam provimento em menor extensão.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas, retificando a proclamação feita em 23.11.2000, decide a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por maioria, conhecer do recurso em parte e, nessa parte, dar-lhe parcial provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Cesar Asfor Rocha, vencidos os Srs. Ministros Relator e Aldir Passarinho Junior, que deram-lhe provimento em menor extensão, na forma do relatório e notas taquigráficas precedentes que integram o presente julgado.

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

Ministro Ruy Rosado de Aguiar, Presidente.

Ministro Barros Monteiro, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Barros Monteiro: José Maria de Mello Porto, magistrado, ajuizou ação de reparação de dano moral, cumulada com perdas e danos, contra Wadih Nemer Damous Filho, sob a alegação de que, em matérias publicadas no Jornal do Brasil, edições dos dias 10.8.1994 e 11.10.1994, e no Jornal dos Advogados, edição de 10/1994, teve a sua imagem e a honra maculadas pelo Réu que, em entrevistas dadas àqueles periódicos, primeiramente criticou a decisão da Juíza-substituta da 6ª Vara Federal ao revogar liminar – concedida por ela mesma na semana anterior – que impedia o Presidente do TRT da 1ª Região-RJ de repetir eventos como o “showmício” efetivado em Niterói durante a inauguração de novo fórum trabalhista. Depois, ao insinuar que o Autor receberia doações para promover candidaturas políticas, afirmou ele taxativamente que o mesmo presidente realizara comícios de cunho político-partidário com o dinheiro do contribuinte. Em novas declarações, aduziu que o Presidente do TRT está estudando uma manobra para manter-se na Presidência daquela Corte. Além de dizer que o demandante não tem condições de vestir a toga, atribuiu-lhe a autoria de crime de cárcere privado. Postulou a condenação do Réu ao pagamento da indenização, a ser arbitrada, em valor proporcional a duzentas remunerações brutas percebidas por ele, autor, na qualidade de Presidente do TRT da 1ª Região.

Julgado improcedente o pedido em 1ª grau, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro deu provimento ao apelo interposto pelo acionante para, acolhendo a pretensão inaugural, condenar o Réu ao pagamento do montante correspondente a 1.000 salários mínimos, além das custas e honorários de 10% sobre o valor da condenação, em acórdão que registra a seguinte ementa:

“Ação de responsabilidade civil. Dano moral. Ofensas à honra. Improcedência do pedido. Inconformismo do autor. Provimento do apelo.

Restando devidamente comprovadas as ofensas à honra subjetiva e objetiva do autor, cuja moral foi, amplamente, atingida pelas publicações, constantes dos autos, cabível o seu direito à reparação na exata proporção do dano produzido” (fl. 462).

Através de duas petições distintas, opôs o Réu embargos declaratórios, sustentando a sua ilegitimidade de parte passiva **ad causam** e apontando

omissões do julgado quanto à falta de fundamentação do valor arbitrado a título de danos morais, à não-apreciação da exceção da verdade, à existência de erro de fato, à sucumbência recíproca e à isenção de responsabilidade por sua condição de representante sindical. A Corte Estadual, entendendo inexistir no acórdão qualquer dos defeitos indicados, rejeitou os embargos.

Irresignado, o Réu manifestou recurso especial com fulcro nas alíneas **a** e **c** do permissor constitucional, alegando violação aos arts. 50 e 51 da Lei n. 5.250, de 9.2.1967, 165, 267, § 3^a, e 458, II, do Código de Processo Civil, além de dissidência interpretativa com arestos oriundos da Suprema Corte e desta Casa. Asseverou ser parte ilegítima passiva **ad causam**, pois a demanda devia ter sido dirigida contra a pessoa que explora o veículo de comunicação, a quem é dado promover ação regressiva contra o autor da matéria. Acrescentou que o **decisum** não fundamentou o importe da condenação, deixando de esboçar sequer os critérios de que se serviu para tanto. Por derradeiro, defendeu a adequação do valor condenatório aos limites estabelecidos na Lei de Imprensa, art. 51.

Contra-arrazoado, o apelo extremo restou inadmitido na origem, havendo o recurso especial subido a esta Corte para melhor exame em face de provimento a agravo interposto.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Barros Monteiro (Relator): 1. Não incide na espécie o enunciado do Verbete Sumular n. 7-STJ, desde que as alegações recursais envolvem a apreciação de questões jurídicas tão-somente.

2. Prevaleceu nesta egrégia Quarta Turma, durante um certo tempo, o entendimento segundo o qual o pólo passivo da ação proposta pelo ofendido para haver os danos morais sofridos através da imprensa devia ser ocupado pela empresa que explora o meio de comunicação ou divulgação, a quem era facultado mover ação regressiva contra o autor da matéria.

Entretanto, a colenda Segunda Seção, quando do julgamento do REsp n. 158.717-MS, relator Ministro Cesar Asfor Rocha, decidiu de maneira diversa, passando a considerar como responsáveis pelos danos, solidariamente, a empresa, o jornalista ou o entrevistado. “O jornalista responsável pela veiculação de notícia ou charge em jornal, de que decorreu a ação indenizatória de dano moral promovida pelo que se julga ofendido em sua honra, tem legitimidade para figurar no seu pólo passivo”. A reiteração de

julgados nesse mesmo diapasão deu origem à edição da Súmula n. 221-STJ, assim redigida: “São civilmente responsáveis pelo ressarcimento do dano, decorrente de publicação pela imprensa, tanto o autor do escrito quanto o proprietário do veículo de divulgação”.

Ressai, destarte, manifesta a legitimidade passiva **ad causam** do entrevistado – no caso dos autos, o Recorrente – desde que, na forma placitada pela jurisprudência majoritária desta Corte, a pessoa ofendida pode acioná-lo diretamente, sem necessidade de convocar ao feito a empresa jornalística. Não se vê contrariedade às normas do art. 50 da Lei n. 5.250/1967, nem tampouco é passível de aperfeiçoar-se aí o conflito de julgados (Súmula n. 83 deste Tribunal).

3. O acórdão recorrido fixou o montante da indenização na quantia correspondente a 1.000 salários mínimos, com isso deixando de ater-se aos limites previstos no art. 51 da mesma Lei n. 5.250, de 1967.

Ocorre que essa limitação da Lei de Imprensa não foi recebida pela Carta Política de 1988, consoante jurisprudência hoje bem assentada nesta Corte Superior. No REsp n. 61.922-RS, de que foi relator o Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, a egrégia Terceira Turma proclamou: “Com a Constituição de 1988 (art. 5º, V e X) acabou o confinamento da indenização por danos morais, nos termos excludentes da Lei de Imprensa, inaplicáveis as limitações nela contidas” (in RSTJ, vol. 105, p. 248). Essa questão tivera sido discutida anteriormente, quando da apreciação do REsp n. 103.307-SP, no qual, primeiro, o Sr. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito expusera a sua linha de entendimento, **in verbis**:

“O meu pensamento é no sentido contrário à existência dessa limitação da Lei de Imprensa. E é contrário por um fundamento, que, a meu juízo, parece simples: antes da vigência da Constituição de 1988, não havia, no patamar constitucional, o princípio da proporcionalidade no que concerne à resposta a uma determinada ofensa que alcançasse, virulentamente, a honra, a dignidade ou a intimidade da pessoa. Com a Constituição de 1988, que inovou neste particular, não apenas por inserir o princípio da proporcionalidade com relação à ofensa, mas, também, por elevar ao patamar constitucional o dano moral que, antigamente, não existia. Ora, a meu ver, com todo maior respeito aos que examinam a matéria, sem essa perspectiva, admitir a existência da limitação tarifada corresponderia a aceitarmos ou admitirmos a existência de uma interpretação da Constituição, conforme a lei ordinária

que lhe é anterior. Mal de resto que **Gomes Canotilho**, já na última edição do seu Direito Constitucional, reprime, de maneira muito clara, ao acentuar que tal interpretação pode gerar mesmo uma interpretação inconstitucional, o que seria um absurdo.”

Por sua vez, o Ministro Eduardo Ribeiro, em voto-vista proferido no mesmo precedente, anotou:

“Tenho como certo, como pareceu ao Relator, e já decidi a colenda Quarta Turma, que a limitação da ‘Lei de Imprensa’ não foi recebida pela vigente Constituição.

Prevêem os itens V e X do artigo 5^o da Constituição, indenização por dano material e moral. Parece-me indubitoso que, ao assim disporem, não admitiram pudesse a lei estabelecer que o ressarcimento fosse apenas parcial. Indeniza-se o dano: todo ele, há de entender-se. Só cláusula restritiva, no próprio texto, ou a remessa à disciplina da lei ordinária propiciariam ter-se como bastante reparação tão-só de parcela do dano.

Ora, a limitação envolve sempre a possibilidade de que haja dano não indenizado. Certo que, tratando-se de dano moral, aferir-se a respectiva extensão envolve certo subjetivismo. Sua quantificação constitui tema sempre aberto a discussões. De qualquer sorte, entretanto, se, em dada hipótese, entende-se que há de alcançar determinado montante, pena de a reparação ser insuficiente, atender-se a tarifamento importará não fazer integral o ressarcimento.”

Essa orientação pode reputar-se como pacífica nesta Casa, conforme se deduz de vários julgados, não se restringindo àqueles provindo da egrégia Terceira Turma. Dentre os arestos prolatados pela colenda Quarta Turma, podem ser citados os REsp n. 85.019-RJ, relator Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, e 213.811-SP, relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar.

Descabido, pois, o intento do recorrente de recuar o **quantum** indenizatório ao teto previsto no supramencionado diploma legal. Também nesse passo não é passível de consumar-se o dissídio jurisprudencial, seja porque a diretriz do STJ se acha em consonância com o decidido pelo Tribunal **a quo**, seja porque o acórdão profligado não cuidou dos critérios ou pressupostos preconizados pelo art. 51 da mesma Lei de Imprensa.

4. A Oitava Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de

Janeiro determinou o montante da indenização a título de danos morais na quantia correspondente a 1.000 salários mínimos, *tout court*, sem esclarecer os critérios pelos quais chegara a tal valor. Provocada via embargos aclaratórios, aquele órgão fracionário permaneceu silente a respeito.

Daí a assertiva formulada pelo ora recorrente no sentido de que a decisão se ressentia, neste item da irresignação recursal, da ausência de fundamentação, a ponto de infringir as preceituações dos arts. 165 e 458, inc. II, do CPC. Primeiro, diga-se que o tema se encontra suficientemente prequestionado, indiscutido que é que a Turma julgadora arbitrou a indenização em 1.000 salários mínimos, como assinalado. Fê-lo, porém, sem carrear a devida justificativa acerca do **quantum** acolhido, motivo pelo qual se tem que o decisório ora combatido ofendeu os dois dispositivos acima citados da nossa lei processual civil.

Não se anula, contudo, o julgamento, como alvitra o Réu-recorrente. Predomina hoje, nos pretórios brasileiros, o princípio da instrumentalidade do processo, por via do qual se deve aproveitar tanto quanto possível os atos processuais e não nulificar o processo em razão de deficiência que se reputar sanável. Assim, ao invés de anular-se o acórdão recorrido, a fim de que os doutos julgadores venham a motivar o valor da condenação, procede-se aqui, desde logo, ao acertamento do importe condenatório, na esteira do que tem, por sinal, proclamado esta Turma: “A fixação do valor indenizatório por dano moral pode ser feita desde logo, independentemente de liquidação, buscando o juiz dar solução definitiva ao caso e evitando inconvenientes e retardamento dar solução jurisdicional” (REsp n. 171.955-MA, Relator Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira).

Além do mais, o montante da indenização sujeita-se ao controle do Superior Tribunal de Justiça (REsps n. 187.283-PB e 215.607-RJ, relator também o Sr. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira), mormente quando o **quantum** estimado for à evidência despropositado, como ocorre no caso dos autos. Basta registrar que, no caso de falecimento de parentes, este órgão tem arbitrado os danos morais aos beneficiários em torno de 500 salários mínimos. Daí porque a quantia correspondente a 1.000 salários mínimos se afigura manifestamente exagerada para a hipótese, como aqui ocorre, de ofensa à honra subjetiva de uma pessoa. A recomendação expendida por esta Casa é no sentido de que o juiz deve quantificar a indenização moderadamente (REsp n. 53.321-RJ, relator Ministro Nilson Naves), critério este proposto igualmente pelo Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira (REsps n. 125.127-DF, 187.283-PB e 215.607-RJ), em que S. Ex.^a oferece como parâmetros o grau da culpa, o nível sócio-econômico do autor e

o porte econômico dos réus, “orientando-se o juiz pelos critérios sugeridos pela doutrina e jurisprudência, com razoabilidade”.

Com base em tais elementos, reduzo o valor da indenização a 300 salários mínimos, considerando, em primeiro lugar, que o Réu teve em mira sobretudo criticar a forma pela qual o então Sr. Presidente do TRT da 1ª Região promovera a festa de inauguração das novas acomodações da Justiça do Trabalho em Niterói, tendo-o feito, entretanto, como registrou o acórdão combatido, de maneira abusiva e ofensiva. Considero, de outra parte, a figura de Magistrado e de Presidente do Tribunal Regional do Trabalho na ocasião, que se sentiu atingido pelas palavras do entrevistado em seu decoro e dignidade. Por fim, há a circunstância de que o Recorrente, além de exercer as funções de advogado, é dirigente sindical, mais precisamente do “Sindicato dos Advogados do Estado do Rio de Janeiro”, o qual se dispôs a contribuir para o cumprimento da decisão, colocando à disposição do juízo a importância correspondente, tal como consta dos autos (fls. 555/557).

5. Do quanto foi exposto, conheço, em parte, do recurso pela alínea **a** do permissor constitucional e, nessa parte, dou-lhe provimento parcial, a fim de reduzir o valor da indenização a 300 (trezentos) salários mínimos. Vencedor que é o demandante na parte substancial do litígio, as custas serão solvidas em proporção, 2/3 pelo Réu e o restante pelo Autor. Pelo demandado ainda os honorários de advogado da parte adversária, definidos em 10% sobre o montante da condenação final, já considerada aí a sucumbência parcial do Autor.

É como voto.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Cesar Asfor Rocha: José Maria de Mello Porto, magistrado ora recorrido, ajuizou ação de reparação de dano moral, cumulada com perdas e danos, contra Wadih Nemer Damous Filho, sob a alegação de que, em matérias publicadas no Jornal do Brasil, edições dos dias 10.8.1994 e 11.10.1994, e no Jornal dos Advogados, edição de 10/1994, teve a sua imagem e a honra maculadas pelo Réu que, em entrevistas dadas àqueles periódicos, primeiramente criticou a decisão da Juíza-substituta da 6ª Vara Federal ao revogar liminar – concedida por ela mesmo na semana anterior – que impedia o Presidente do TRT da 1ª Região-RJ de repetir eventos como o “showmício” efetivado em Niterói durante a inauguração de novo fórum trabalhista. Depois, ao insinuar que o Autor receberia doações para

promover candidaturas políticas, afirmou ele taxativamente que o mesmo presidente realizara comícios de cunho político-partidário com o dinheiro do contribuinte. Em novas declarações, aduziu que o Presidente do TRT está estudando uma manobra para manter-se na Presidência daquela Corte. Além de dizer que o demandante não tem condições de vestir a toga, atribuiu-lhe a autoria de crime de cárcere privado. Postulou a condenação do Réu ao pagamento da indenização, a ser arbitrada, em valor proporcional a duzentas remunerações brutas percebidas por ele, Autor, na qualidade de Presidente do TRT da 1ª Região.

Julgado improcedente o pedido em 1ª grau, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro deu provimento ao apelo interposto pelo acionante para, acolhendo a pretensão inaugural, condenar o Réu ao pagamento do montante correspondente a 1.000 salários mínimos, além das custas e honorários de 10% sobre o valor da condenação, em acórdão que registra a seguinte ementa:

“Ação de responsabilidade civil. Dano moral. Ofensas à honra. Improcedência do pedido. Inconformismo do autor. Provimento do apelo.

Restando devidamente comprovadas as ofensas à honra subjetiva e objetiva do autor, cuja moral foi, amplamente, atingida pelas publicações, constantes dos autos, cabível o seu direito à reparação na exata proporção ao dano produzido.” (fl. 462).

Daí o recurso especial, com fulcro nas alíneas **a** e **c** do permissor constitucional, alegando violação aos arts. 50 e 51 da Lei n. 5.250, de 9.2.1967; 165, 267, § 3º, e 458, II, do Código de Processo Civil, além de dissidência interpretativa com arestos oriundos da Suprema Corte e desta Casa. Asseverou ser parte ilegítima passiva **ad causam**, pois a demanda devia ter sido dirigida contra a pessoa que explora o veículo de comunicação, a quem é dado promover ação regressiva contra o autor da matéria. Acrescentou que o **decisum** não fundamentou o importe da condenação, deixando de esboçar sequer os critérios de que se serviu para tanto. Por derradeiro, defendeu a adequação do valor condenatório aos limites estabelecidos na Lei de Imprensa, art. 51.

Contra-arrazoado, o apelo extremo restou inadmitido na origem, havendo o recurso especial subido a esta Corte para melhor exame em face de provimento que o eminente Ministro Barros Monteiro, relator deste feito, deu ao agravo interposto.

S. Ex.^a conheceu, em parte, do recurso pela alínea a do permissor constitucional e, nessa parte, deu-lhe provimento parcial, a fim de reduzir o valor da indenização a 300 (trezentos) salários mínimos. Vencedor que é o demandante na parte substancial do litígio, as custas serão solvidas em proporção, 2/3 pelo Réu e o restante pelo Autor. Pelo demandado ainda os honorários de advogado da parte adversária, definidos em 10% sobre o montante da condenação final, já considerada aí a sucumbência parcial do Autor.

Pedi vista dos autos para melhor exame da matéria.

Em diversos precedentes tenho me pronunciado no sentido de fixar com muita moderação o valor indenizatório decorrente do dano moral.

Aliás, esta Turma tem adotado como parâmetro, ainda que sem muita rigidez, o limite máximo no valor correspondente a quinhentos salários mínimos para reparação de dano moral e ainda assim quando se cuida de perda de ente próximo e querido.

Quando se trata de magistrado ofendido pela imprensa, tenho entendido que a reparação por ele perseguida deverá estar muito mais próxima da satisfação íntima de obter o reconhecimento judicial de que o ofensor de sua honra errou, mentiu, ou transbordou das pautas normais de comportamento, do que meramente ser compensado com algum tipo de pecúnia.

O dinheiro não nos anima nem nos conforta, nessas ações.

Quanto mais a honra for requisito indispensável e elemento ínsito à profissão do ofendido, como se dá com os magistrados, e quanto mais zeloso for o ofendido em manter imaculada a sua própria honra, mais a sua pretensão deve se distanciar das recompensas materiais, pois que estas em nada vão acudi-lo no seu abatimento íntimo decorrente da ofensa contra si praticada.

Muito maior conforto afagará a sua alma e o seu espírito apenas em poder dizer que o ofensor foi condenado, do que em meramente ostentar o valor pecuniário de sua vitória. Aquele, sem nenhuma dúvida, será o seu maior troféu.

Poder-se-ia dizer que a condenação em valores elevados atuaria como elemento inibidor de novas ofensas.

Contudo, o mesmo raciocínio acima exposto ajusta-se para determinados tipos de ofensores.

Alguns, pela sua projeção social ou profissional, decorrente dos valores

culturais e do espírito, pagariam muito mais para não serem condenados, apenas para não carregarem idelevelmente a marca da condenação. Pois, para estes, o só reconhecimento judicial da prática de conduta ofensiva é muito mais penoso que o dinheiro dispendido para reparar a ofensa praticada.

Já outros, para quem o bolso é *parte integrante* – *senão a mais sensível* – de seu próprio corpo, que vivem a perseguir o lucro, que se esmeram por se impor pelo tamanho de sua conta bancária, para esses sim, a só condenação é irrelevante, pois mais são atingidos com o valor que a ela for atribuído.

No caso dos autos, o Recorrido é um eminente magistrado, zeloso do seu mister e de sua honra, para quem, certamente, o mais relevante para a sua satisfação será o só fato de sua vitória.

Por outro lado, sendo o Recorrente conceituado advogado, por certo mais lhe importunará o fato da derrota que o preço dela sucedente.

Por memorial recebido, tomei ciência que, pelo mesmo fato, o Recorrido promoveu uma ação idêntica à de que se cuida contra o Jornal do Brasil, sendo este condenado ao pagamento de seis vezes os vencimentos líquidos do Recorrido, o que deve ser levado agora em conta na fixação do **quantum** condenatório.

Por esses pressupostos, acompanho o eminente Ministro Barros Monteiro em todos os pontos abordados em seu judicioso voto, discordando de S. Ex.^a apenas para fixar o valor da condenação no correspondente a cem salários mínimos.

VOTO-VOGAL

O Sr. Ministro Ruy Rosado de Aguiar (Presidente): Peço vênias ao eminente Ministro-Relator para acompanhar o Sr. Ministro Cesar Asfor Rocha, considerando que, pelo fato, o Recorrido já foi indenizado na ação promovida contra o Jornal.

VOTO

O Sr. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira: Peço vênias ao Ministro-Relator para acompanhar a divergência. Levo em consideração, sobretudo, o aspecto de que se trata de ação vinculada a outra que tramitou perante a Terceira Turma.

Em tais circunstâncias, parece-me que deva prevalecer a argumentação trazida nos votos divergentes.

RECURSO ESPECIAL N. 245.291 – MG

(Registro n. 2000.0003562-9)

Relator: Ministro Aldir Passarinho Junior
Recorrente: Janieire Antunes Guimarães
Advogados: José Wilke Moreira Assis e outro
Recorrido: Banco Bradesco S/A
Advogados: Maria Perpétua Socorro Mendes e outros

EMENTA: Processual Civil – Penhora – Imóvel coabitado por filha menor e irmã das executadas – Entidade familiar configurada – Lei n. 8.009/1990, art. 1º – Incidência – Preservação de quota-parte da constrição – Fato que não afasta o direito à oposição de embargos de terceiro.

I – Configurada a entidade familiar integrada por mãe e filhas, co-proprietárias de imóvel penhorado em execução movida a duas delas, é parte legitimada ativamente para opor embargos de terceiro a filha menor púbere, ainda que preservada sua quota-parte no bem, posto que a proteção prevista na Lei n. 8.009/1990 atinge a inteireza daquele, sob pena de frustrar-se o escopo social do referenciado diploma legal, que é o de evitar o desaparecimento material do lar que abriga a todas.

II – Recurso especial conhecido e provido, para determinar o processamento dos embargos de terceiro.

ACÓRDÃO

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

Brasília-DF, 20 de fevereiro de 2001 (data do julgamento).

Ministro Ruy Rosado de Aguiar, Presidente.

Ministro Aldir Passarinho Junior, Relator.

Publicado no DJ de 2.4.2001.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Aldir Passarinho Junior: Início por adotar o relatório de fl. 70, **verbis**:

“Ao da r. sentença, de fls. 28/29, acrescento que a Embargante foi julgada carecedora de ação, por ilegitimidade ativa **ad causam**, sendo condenada ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios.

Recurso de apelação interposto pela vencida, às fls. 35/38, alegando que, ainda que a Recorrente não seja parte integrante do ‘pólo processual’ (**sic**) da ação principal, é ela co-proprietária do imóvel constritado, nele residindo em companhia das Executadas. Assim, tem legitimidade ativa para a causa, por se tratar de imóvel pertencente a uma entidade familiar. Rebelar-se contra condenação aos ônus sucumbenciais, porque deferido provisoriamente o pedido de gratuidade judiciária, não surgiu nenhum fato novo que justificasse a condenação.

Contra-razões, às fls. 45/48, pela confirmação da sentença.

Às fls. 67/68, parecer do ilustre representante da Procuradoria Geral da Justiça, pela reforma da sentença, ‘afastando da penhora o bem imóvel de residência e propriedade familiar e concedendo-se à Apelante os benefícios da assistência judiciária gratuita’ (**sic**)”.

O Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais deu parcial provimento ao recurso, apenas para aplicar quanto à sucumbência o disposto no art. 12 da Lei n. 1.060/1950 (fls. 74/75).

Irresignada, Janiere Antunes Guimarães interpõe recurso especial alegando que é filha e irmã de Maria Antunes Guimarães e Jaraina Antunes Guimarães, executadas em ação movida pelo Recorrido, na qual foi penhorado o imóvel onde reside a entidade familiar, nos termos do art. 1^a da Lei n. 8.009/1990. Diz que, embora preservado o seu quinhão, o processo atinge o patrimônio como um todo, daí ter interesse de agir, sendo descabida a carência da ação aplicada na instância **a quo**.

Invoca paradigmas em apoio a sua tese.

Sem contra-razões (fl. 112).

O recurso especial foi admitido na instância de origem pelo despacho presidencial de fls. 113/114.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Aldir Passarinho Junior (Relator): Trata-se de recurso especial, aviado pelas letras **a** e **c** do permissor constitucional, em que se postula o afastamento da carência da ação decretada nas instâncias ordinárias, em face de embargos de terceiro opostos por filha e irmã das Executadas, menor púbere, onde foi penhorado imóvel onde todas residem, na cidade de Itaúna, Estado de Minas Gerais.

O dissídio jurisprudencial não se acha devidamente configurado, porquanto, além de transcritos os arestos paradigmáticos apenas por simples ementas, faltou o necessário confronto analítico, desatendendo aos requisitos legais e regimentais da espécie.

Entretanto, há margem para o exame da controvérsia pela letra **a**, eis que prequestionada a questão federal alusiva à aplicação do art. 1º da Lei n. 8.009/1990.

E, nesse passo, estou em que a razão pertence à Recorrente.

De efeito, a Embargante é menor púbere, portanto, vive sob o pátrio poder de sua mãe, viúva, e juntamente com outra irmã mais velha. As duas últimas estão sendo executadas pela instituição bancária, em decorrência de dívidas que levaram à insolvência civil e à falência, também, da empresa que administravam após o falecimento de seu esposo e pai (Bebidas Itabel Ltda).

Configura-se, portanto, na espécie, uma entidade familiar, e inobstante preservado o quinhão da menor, de 32,5649% do bem (fl. 29), tem ela o direito de opor-se à constrição, pois o praceamento das quotas restantes e sua eventual aquisição por terceiros diretamente a atingirá.

Em julgamento assemelhado, apenas que referente a meação de esposa, disse, como relator do REsp n. 56.754-SP, o seguinte:

“Posto isso, a questão que surge, subsequente, é o alcance da meação. Esta, tenho eu, produz, quanto ao bem de família, efeitos ‘por inteiro’, ou seja, inviabilizam a constrição sobre todo o bem, ainda que superada como antes assinalado, a possibilidade de o varão suscitar a proteção com base na sua própria meação.

Se assim não fosse, estar-se-ia pondo por terra a eficácia concreta da Lei n. 8.009/1990, pois de nada adiantaria assegurar à esposa o resguardo do bem de família, sobre o qual tem a meação, se a execução terminar pela venda a terceiro em praça ou leilão, da outra metade. O núcleo familiar seria fatalmente atingido, da mesma forma.”

O acórdão restou assim ementado:

“Processual Civil. Execução movida ao cônjuge-varão. Lei n. 8.009/1990 suscitada pelo executado e rejeitada por decisão já preclusa. Embargos de terceiro da esposa-meeira. Reavivamento. Possibilidade. Súmula n. 205-STJ.

I – Inobstante afastada pela instância ordinária, com decisão preclusa, a aplicação da Lei n. 8.009/1990 à penhora havida nos autos da execução movida ao cônjuge-varão, tem-se que a questão pode ser reavivada em embargos de terceiro opostos pela esposa do devedor, que não integrava aquele processo.

II – ‘A Lei n. 8.009/1990 aplica-se à penhora realizada antes de sua vigência’ (Súmula n. 205 do STJ).

III – Proteção que atinge a inteireza do bem, ainda que derivada apenas da meação da esposa, a fim de evitar a frustração do escopo da Lei n. 8.009/1990, que é a de evitar o desaparecimento material do lar que abriga a família do devedor.

IV – Recurso conhecido e provido, para afastar a penhora.” (Quarta Turma, unânime, DJU de 21.8.2000).

Ante o exposto, conheço do recurso especial e dou-lhe provimento, para determinar o prosseguimento dos embargos de terceiro opostos pela Recorrente.

Custas pelo Recorrido.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 293.024 – SP

(Registro n. 2000.0133513-8)

Relator: Ministro Ruy Rosado de Aguiar
Recorrente: Piero Calabrese
Advogado: José Ernesto de Barros Freire
Recorrente: Giuseppe Calabrese

Advogado: João Claro Neto
Recorrido: Banco de La Nación Argentina
Advogada: Rosamaria Herminia Hila Barna

EMENTA: Depósito – Penhor mercantil – Coisas fungíveis e consumíveis.

Não cabe ação de depósito fundada em contrato de penhor mercantil de coisas fungíveis e consumíveis (sulfato de cromo). Precedentes. Permitida a transformação da ação de depósito em ação ordinária.

Recurso conhecido e provido.

ACÓRDÃO

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

Brasília-DF, 29 de maio de 2001 (data do julgamento).

Ministro Ruy Rosado de Aguiar, Presidente e Relator.

Publicado no DJ de 20.8.2001.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Ruy Rosado de Aguiar: Banco de La Nación Argentina ajuizou contra Giuseppe Calabrese e Piero Calabrese ação de depósito de bens fungíveis e consumíveis, dados em penhor mercantil para garantia de carta de crédito documentário de importação concedida à empresa Euroboro Indústria e Comércio Ltda, com a **clausula constituti**.

Depois de anulada uma primeira sentença, o magistrado julgou procedente a ação.

Os Réus apelaram, e a egrégia Oitava Câmara do 1º Tribunal de Alçada Civil negou provimento aos recursos, nos termos da seguinte ementa:

“Julgamento antecipado da lide. Cerceamento de defesa. Inocorrência. Matéria unicamente de direito. Dilação probatória desnecessária. Recursos improvidos.

Depósito. Penhor mercantil. Pagamento e destinatário da carga comprovados. Ação procedente. Recursos improvidos.

Prova. Documento. Juntada após a prolação da sentença. Inadmissibilidade. Inobservância do disposto nos artigos 396 e seguintes do Código de Processo Civil. Ocorrência de ofensa aos princípios do contraditório e ampla defesa. Recursos improvidos (fl. 239)”.

Rejeitados seus embargos declaratórios, os Réus ingressaram com recursos especiais.

No primeiro especial, Piero Calabrese alega ofensa aos arts. 130, 165, 331, §§ 1^a e 2^a; 332, 397, 458, II; 535, II; 902, § 2^a, e 903 do CPC; 1.265 do CC; 274 do Código Comercial, e 40, § 1^a, da Lei de Falências, bem como dissídio jurisprudencial com os julgados que colaciona. Sustenta: a) cerceamento de defesa, em razão do julgamento antecipado da lide, pois foi alegada matéria de fato que, se provada, extinguiria a obrigação; b) o v. acórdão não está fundamentado; c) o v. acórdão não apreciou a questão da inadmissibilidade da tradição simbólica em relação a terceiros não participantes do penhor mercantil; d) nulidade do v. aresto por ter desprezado o documento de fl. 219, sob o fundamento de juntada a destempo, o qual prova que a mercadoria não foi transportada, do que decorre a convicção de que o Banco descumpriu uma das obrigações contratuais, qual seja, só pagar ao exportador argentino quando comprovado o embarque; e) carência da ação, pois, em se tratando de ação de depósito de produtos industrializados pela Euroboro, bens fungíveis e consumíveis, dados em garantia de outra operação bancária, incabível a ação de depósito, devendo dar-se a solução pela via ordinária; f) a extinção da obrigação em face do decreto de falência da principal devedora; g) a impossibilidade da prisão por dívida, vedada por nosso ordenamento jurídico, principalmente pela Constituição Federal.

O recurso especial de Giuseppe Calabrese não foi admitido na origem, por intempestivo.

Apresentadas as contra-razões, processou-se o recurso de Piero Calabrese.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Ruy Rosado de Aguiar (Relator): Examino, em primeiro lugar, o tema do cabimento da ação de depósito fundada em contrato de penhor mercantil de coisas fungíveis e consumíveis.

A jurisprudência das duas Turmas da Seção de Direito Privado é uniforme quanto à inviabilidade da ação de depósito que tenha por objeto coisas fungíveis e consumíveis dadas em garantia de penhor:

“Penhor mercantil. Ação de depósito. Coisas fungíveis e consumíveis, depositadas pela vendedora-credora em poder do sócio-gerente da própria firma-compradora. Tradição simbólica.

Tratando-se de coisas não apenas fungíveis como consumíveis, porque destinadas diretamente à alienação pela compradora-depositária no exercício de seu ramo normal de mercancia, aplicam-se ao depósito as regras do mútuo, sendo incabível a ação de depósito.

Recurso especial conhecido pela alínea c, mas não provido” (REsp n. 11.799-SP, Quarta Turma, Rel. eminente Min. Athos Carneiro, DJ de 30.11.1992).

“Direitos Comercial e Civil. Penhor mercantil. Tradição simbólica. Art. 274, Código Comercial. Vigência. Bens fungíveis e consumíveis. Ação de depósito. Descabimento. Precedentes. Recurso desacolhido.

Admite-se a tradição simbólica para o aperfeiçoamento do contrato de penhor mercantil, apresentando-se incabível, entretanto, em sendo os bens apenhados fungíveis e consumíveis (pares de tênis), a sua exigência por meio da ação de depósito, seja porque aplicáveis, em casos tais, as regras do mútuo (art. 1.280, CC), seja porque incompatível com o dever de custódia.” (REsp n. 182.183-RS, Quarta Turma, Rel. eminente Min. Sálvio de Figueiredo, DJ de 21.6.1999).

“Execução. Título extrajudicial. Garantia. Penhor mercantil. Bem fungível. Ação de depósito. Prisão civil. Inadmissibilidade.

I – Em se tratando de penhor mercantil de bens fungíveis em garantia de contrato bancário, descabe a utilização da ação de depósito.

II – O entendimento firmado no STJ é o de que, na espécie, o

depositário não fica sujeito à prisão civil, imprópria na disciplina aplicável à espécie, que é a mesma do mútuo (CC, art. 1.280).

III – Recurso não conhecido” (REsp n. 264.172-PR, Quarta Turma, Rel. eminente Min. Aldir Passarinho Junior, DJ de 30.10.2000).

“Depósito. Coisas fungíveis. O depósito irregular não se confunde com o mútuo, tendo cada um finalidades específicas. Aplicam-se-lhe, entretanto, as regras deste, não sendo possível o uso da ação de depósito para obter o cumprimento da obrigação de devolver as coisas depositadas, cuja propriedade transferiu-se ao depositário. O adimplemento da obrigação de devolver o equivalente há de buscar-se em ação ordinária, não se podendo pretender a prisão do depositário” (HC n. 11.676-RJ, Terceira Turma, Rel. eminente Min. Eduardo Ribeiro, DJ de 28.8.2000).

“Processo Civil. Ação de depósito. Coisas fungíveis. Contrato de depósito irregular feito em garantia de outro negócio; impropriedade da ação de depósito. Agravo regimental não provido” (AgRg no Ag n. 247.025-SC, Terceira Turma, Rel. eminente Min. Ari Pargendler, DJ de 1.8.2000).

Com isso, ficam prejudicadas as demais questões relacionadas com o decreto de falência da devedora principal, isto é, cerceamento de defesa e juntada posterior de documento.

Porém, ressalvo ao Autor a possibilidade de requerer a transformação da ação de depósito em ação de procedimento ordinário.

É que a relação negocial estabelecida entre as partes e o litígio que a seu respeito surgiu poderiam ser examinados em juízo, ainda que não pelo procedimento especial equivocadamente escolhido pelo Autor. O aproveitamento dos atos processuais está de acordo com a idéia da instrumentalidade do processo e libera as partes de maiores despesas.

Assim tem sido decidido nesta Quarta Turma. No acórdão da relatoria do eminente Ministro Cesar Asfor Rocha, em ação de depósito fundada em contrato de alienação fiduciária em garantia, julgada incabível por se tratar de bens fungíveis, permitiu-se a continuidade da execução nos próprios autos:

“Sempre que se verificar a impossibilidade justificada da restituição da coisa depositada objeto da alienação fiduciária em garantia pela

ocorrência do caso fortuito ou força maior (por roubo ou furto, v.g.), a sentença que a reconhecer deverá afastar a infidelidade do depositário e a possibilidade de prisão civil. Contudo, como o intuito satisfativo do credor, na alienação fiduciária, é o de receber o valor da dívida, e não o próprio bem objeto do depósito, desde que reconhecido o crédito, pode o credor promover, nos próprios autos, a subseqüente execução contra o devedor, valendo a sentença que o fixar como título executivo judicial, prestigiando-se os princípios da economia, da celeridade e da efetividade processuais” (REsp n. 154.420-SP, Quarta Turma, DJ de 27.3.2000).

Posto isso, conheço do recurso, pelas duas alíneas, e dou-lhe provimento, para julgar inadmissível a ação de depósito e permitir ao credor requerer a transformação da ação de depósito em ação de procedimento ordinário, prosseguindo-se nos mesmos autos.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 293.690 – PB

(Registro n. 2000.0135179-6)

Relator: Ministro Aldir Passarinho Junior
Recorrentes: Luiz Humberto Malheiros Feliciano Filho e outros
Advogado: Roberto Fernando Vasconcelos Alves
Recorrido: Banco do Brasil S/A
Advogados: Patrícia Netto Leão e outros

EMENTA: Processual Civil – Embargos de terceiro – Penhora de imóvel – Posse em favor dos embargantes decorrente de sentença anterior em separação consensual – Registro da partilha posterior à constrição – Legalidade.

I – Insubsistente a penhora sobre imóvel que não integrava o patrimônio dos devedores, pois já partilhado em razão de separação consensual transitada em julgado, em favor dos filhos. Desinfluyente o fato de a partilha ter sido registrada no cartório imobiliário

após o ato construtivo, uma vez que não se exige para os embargos de terceiro a propriedade do imóvel, mas a posse.

II – Recurso conhecido e provido.

ACÓRDÃO

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

Brasília-DF, 6 de março de 2001 (data do julgamento).

Ministro Ruy Rosado de Aguiar, Presidente.

Ministro Aldir Passarinho Junior, Relator.

Publicado no DJ de 28.5.2001.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Aldir Passarinho Junior: Tratam os autos de embargos de terceiro ajuizados por Luiz Humberto Malheiros Feliciano Filho e outros, menores devidamente representados, em face do Banco do Brasil S/A, em que se insurgem contra a penhora de imóvel efetuada pela instituição bancária, em execução movida contra seus pais.

A Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba, por unanimidade, conheceu e negou provimento à apelação dos Embargantes. Considerou legítima a constrição, tendo em vista que a doação do imóvel controvertido à época não se encontrava registrada.

Inconformados, os Autores interpuseram recurso especial pelas letras **a** e **c** do inciso III do art. 105 da Carta da República, em que aponta violação aos arts. 82, 246, 467 e 1.046 do CPC, e divergência jurisprudencial entre o acórdão estadual e os arestos que cita, sob o argumento de que eram legítimos possuidores do imóvel, objeto de sentença anterior em separação consensual.

Contra-razões às fls. 156/162.

Parecer do Ministério Público às fls. 168/171, pelo improvimento do recurso.

Juízo prévio de admissibilidade do especial no Tribunal de origem às fls. 181/182.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Aldir Passarinho Junior (Relator): Insurgem-se os Recorrentes, com base nas letras **a** e **c** do permissor constitucional, contra acórdão prolatado pelo colendo Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba nos autos de embargos de terceiro, que entendeu subsistente a penhora de bem imóvel doado para os filhos-embargantes, em decorrência de separação consensual dos pais-devedores transitada em julgado, mas cujo título somente foi registrado posteriormente no cartório respectivo.

Ventilado no aresto **a quo** o dispositivo tido como violado e devidamente demonstrada a divergência, com citação de precedente desta Corte encartado na RSTJ n. 31 e Súmula n. 84, passo ao exame do recurso.

O aresto estadual, conduzido pelo voto do Desembargador Marcos Antônio Souto Maior, assim se manifesta com respeito da controvérsia (fl. 124):

“Os embargos não podem prosperar.

Os autos revelam, de forma muito nítida, a engenhosa seqüência de fatos que, ao final, visavam a elidir o Banco-apelado do direito de perseguir débito com garantia hipotecária, assumido livre e espontaneamente por Luiz Humberto Malheiros Feliciano e sua mulher Cândida Severina Perrucce Feliciano, genitores dos menores-recorrentes.

As peças integrativas do caderno processual demonstram que os genitores dos menores-recorrentes tiveram homologada pelo juízo da 3ª Vara da Família da Comarca da Capital, separação consensual, isto em data de *21 de setembro de 1994*, conforme comprova o documento de fl. 11.

Em conseqüência direta da mencionada homologação, foi emitido mandado de averbação do imóvel residencial de número 380, da avenida Tamandaré, bairro de Tambaú, da capital paraibana, em favor dos filhos menores de Luiz Humberto Malheiros Feliciano e Cândida

Severina Perrucce Feliciano. Aquele, afinal, não fora levado à transcrição, na justa obediência ao preceito insculpido pelo art. 532, II, do CPC.

Na seqüência de reflexos dos fatos aqui tratados, a omissão dos genitores dos Embargantes-recorrentes em levarem à transcrição a doação de bem constante de partilha de separação consensual homologada, configurou nas sanções decorrentes do art. 533 c.c. o art. 860, parágrafo único, todos do estatuto civil pátrio.

Aliás, digno de invocação o parágrafo único do art. 860 do **Codex** Civil que atribui a condição de *dono do imóvel e responsável pelos seus encargos* aquele que originalmente tiver o domínio até que leve, à transcrição, a pretendida transferência. **In casu**, a doação anunciada na petição de separação consensual dos proprietários do imóvel em questão.

Pois bem, mesmo tendo sido homologada a separação judicial consensual em data de *21 de setembro de 1994*, os genitores dos Embargantes-recorrentes, inclusive a Sra. Cândida Severina Marinho Perrucce, que os representa neste processo, em data de *23 de fevereiro de 1997*, ou seja, após estarem separados, utilizaram-se da condição de *casados*, para firmarem a cédula rural hipotecária, cuja cópia encontra-se às fls. 75/77 destes autos.

A má-fé do Sr. Luiz Humberto Malheiros Feliciano e de sua ex-mulher Cândida Severina Marinho Perrucce é patente pelos fatos acima expostos e com sobeja comprovação nos autos em disseptação.

A r. sentença recorrida, desta forma, enfrentou as questões com acerto, de modo a não merecer qualquer reforma.”

Com razão os Recorrentes.

Na sistemática processual vigente, incumbe ao proprietário ou ao possuidor, a defesa de seu patrimônio objeto de penhora através dos embargos de terceiro, conforme a norma do art. 1.046, **caput** e § 1º, do CPC, haja vista que somente o patrimônio do Executado responde perante o juízo da execução.

In casu, a penhora do imóvel deu-se sobre bem que já não integrava o patrimônio dos devedores, pois que doado para os Embargantes em razão da separação consensual reportada. O fato de a partilha não ter sido registrada não impede a defesa através dos embargos, uma vez que não se discute nos embargos de terceiro sobre a propriedade do imóvel, mas a ilegitimidade da penhora em razão de posse anterior em favor dos Embargantes,

resultado da sentença que desvinculou o imóvel do patrimônio dos executados.

A jurisprudência desta Corte tem-se orientado nesse sentido:

“Embargos de terceiro. Formal de partilha não registrado. Legitima-se à apresentação de embargos de terceiro a mulher que intenta defender os bens que lhe couberam em partilha, devidamente homologada, ainda que não registrado o formal.” (Terceira Turma, REsp n. 5.186-RJ, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, unânime, DJU de 18.2.1991).

.....
“Processo Civil. Execução de título extrajudicial. Imóvel partilhado em acordo de separação. Doação da meação do varão às filhas menores. Sentença homologatória anterior à execução. Transcrição no registro de imóveis posterior à penhora. Inocorrência de fraude de execução. Legitimidade do possuidor para ajuizar embargos de terceiro. Agravo desprovido.

I – Imóvel partilhado pelo casal, cuja meação do varão foi doada às filhas menores, em acordo homologado antes do ajuizamento da execução, pode ser excluído da constrição por efeito de embargos de terceiro, opostos por possuidoras de boa-fé.

II – Não correndo à época do acordo judicial, causa contra o doador, não se caracteriza fraude de execução.” (Quarta Turma, AgRg no Ag n. 23.163-RJ, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo, unânime, DJU de 15.2.1993).

.....
“Civil. Partilha em desquite. Registro. Embargos de terceiro.

Procede ação de embargos de terceiro, para a garantia da posse incontroversa de imóveis destinados à mulher, por sentença de desquite e partilha, em virtude de penhora para assegurar execução contra o ex-marido, contraída depois de dissolvida a sociedade conjugal, ainda que o registro da respectiva carta de sentença somente se tenha efetivado após a constrição.” (Terceira Turma, REsp n. 26.742-SP, Rel. Min. Dias Trindade, unânime, DJU de 26.10.1992).

.....
“Processual Civil. Embargos de terceiro. Penhora de meação de imóvel. Posse em favor da embargante decorrente de sentença anterior

em separação consensual. Registro da partilha posterior à constrição. Legalidade.

I – Insubsistente a penhora sobre imóvel que já não integrava o patrimônio do devedor, pois já partilhado com a embargante, ex-cônjuge, em razão da separação consensual transitada em julgado. Desinfluyente o fato de o formal de partilha ter sido registrado após o ato constitutivo, uma vez que não se discute nos embargos de terceiro a propriedade do imóvel, mas a posse.

II – Recurso não conhecido.” (Quarta Turma, REsp n. 23.664-RS, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, unânime, DJU de 21.8.2000).

Aplicável, ainda, por analogia, o princípio consagrado da Súmula n. 84 do STJ:

“É admissível a oposição de embargos de terceiro fundados em alegação de posse advinda de compromisso de compra e venda de imóvel, ainda que desprovido do registro.”

Ante o exposto, conheço do recurso e dou-lhe provimento. Custas e honorários pelo Recorrido, estes fixados em 10% sobre o valor da causa.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 293.828 – RJ

(Registro n. 2000.0135488-4)

Relator: Ministro Ruy Rosado de Aguiar
Recorrente: Larcky Sociedade de Crédito Imobiliário S/A
Advogados: Regina Honorato Ribeiro e outros
Recorrida: Maria de Lourdes Silva Coelho
Advogados: Gustavo Pinheiro Guimarães Padilha e outros

EMENTA: Sistema Financeiro da Habitação – Promessa de compra e venda – Ciência à credora-hipotecária – Validade do ato.

A credora hipotecária que é notificada da celebração do contrato de promessa de compra e venda e recebe as prestações vincendas não pode depois alegar a invalidade do ato, para assim eximir-se da quitação.

Recurso não conhecido.

ACÓRDÃO

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

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

Ministro Ruy Rosado de Aguiar, Presidente e Relator.

Publicado no DJ de 20.8.2001.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Ruy Rosado de Aguiar: Maria de Lourdes Silva Coelho, em 17.12.1990, celebrou contrato de promessa de compra e venda de um apartamento financiado por Haspa S/A Crédito Imobiliário, hoje substituída por Larcky Sociedade de Crédito Imobiliário S/A, que foi notificada da transferência. A promissária-compradora, em 21 de março de 1991, propôs ação de consignação em pagamento objetivando depositar em favor da credora-hipotecária valor equivalente a 50% do saldo devedor do contrato, utilizando-se dos benefícios legais.

Julgado improcedente o pedido, a Autora apelou, e a Terceira Câmara Cível do egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro deu provimento ao recurso:

“Consignatória. Sistema Financeiro.

Se a parte-autora, adquirente de imóvel, hipotecado, ciente o credor dessa aquisição, pretende consignar valor objetivando ver alcançada a respectiva liquidação e se a importância ofertada, segundo o vistor, se apresenta em quantitativo superior ao devido, evidente a procedência do pleito autoral” (fl. 240).

Colhe-se do voto do eminente relator da apelação:

“A ação foi julgada improcedente, ao argumento de que, na transação da primitivo adquirente, para a ora apelante, a Apelada não compareceu ao ato, a teor da cláusula 14, alínea **c**, do contrato então firmado. Referidas cláusula e alínea, segundo o **decisum**, referida escritura não poderia ser lavrada, dada a ausência do credor-hipotecário, o que impediria a Apelante visasse à quitação do preço do bem.

Na verdade, entende este Relator que a razão não se encontra, **data venia** com o douto julgador monocrático. Com efeito, a própria lei refere-se à ciência do agente financeiro e não à sua anuência. E, quanto a esta, está noticiado nos autos de que a Apelada teve ciência da venda, como se vê de fl. 187, onde consta certidão do Sr. Oficial do 3º Ofício de Registro de Títulos e Documentos a respeito, posto que notificada na pessoa da Dra. Maria Cláudia Schettini dos Santos.

Com efeito, na Lei n. 6.015/1973 – Lei de Registros Públicos – inexistiu imposição à anuência do credor-hipotecário, mesmo porque o respectivo crédito está garantido pelo próprio imóvel, que nele permanece vinculado, onerando-o, junto ao respectivo proprietário, que, na hipótese, é a Apelante. Tem o credor o direito real sobre aludido bem, decorrente da hipoteca. Daí, a sentir deste Relator, poder o proprietário dispor do respectivo imóvel, inclusive aliená-lo, sem descaracterizar o direito real, repita-se, nele incidente. E isto, a toda luz, na ótica deste Relator, não tem o condão de afastar o fato de disposição do proprietário sobre o bem imóvel. É que, o direito de propriedade, inclusive, dada sua relevância, se acha assegurado pela Carta Magna, como está no art. 5º, inc. XXII.”

(...)

“Com efeito, da transação, teve ciência o credor-hipotecário, na hipótese, a Apelada. E esta, como se viu, nada promoveu; quedou-se silente. Ainda. Apesar de ciente, continuou a Apelada a receber os valores correspondentes às prestações que iam se vencendo, sem qualquer oposição.

Respeitante ao fato contido no **decisum** no sentido de que a Apelante deveria ter-se valido do regramento contido no art. 899 da norma processual, tenho que improcede. Ao revés. Tal pleito está inserto na exordial. E este valor veio a ser conhecido após ter sido procedida a prova pericial. Pelo vistor oficial, em prestando esclarecimento,

noticiou que o valor depositado, no importe de R\$ 11.967,74, correspondente ao total da dívida e não a 50%, como pretendido, equivalente a 15.821,98 Ufirs, devidamente atualizado, foi depositado, como se verifica da guia de depósito acostada à fl. 191 dos autos. Portanto, suficiente, reitera-se, para quitar a dívida. Aliás, o vistor, prestando informação às fls. 199/201, esclareceu que a importância depositada, àquela altura equivalente a R\$ 11.967,74 era superior à devida, que era de R\$ 11.078,51. Logo, depositara a Apelante, a maior, a importância de R\$ 899,23.

Tem, assim, este Relator, que ocorreu sub-rogação, de pleno direito, tendo a Apelante efetivado, de forma satisfatória e a maior, como se viu, a liquidação do respectivo débito incidente sobre o imóvel, decorrente do gravame hipotecário.

Em tendo liquidado a totalidade do débito hipotecário, evidente proceder o pleito autoral.

Por tais fundamentos, desconstituindo o **decisum** hostilizado, voto no sentido de dar provimento ao recurso para julgar procedente a presente ação de consignação em pagamento, considerar subsistente o depósito realizado, dado o pagamento como efetuado, extinta a dívida decorrente, invertida a sucumbência.” (fls. 240/242).

A Ré opôs embargos de declaração, aos quais foi negado provimento. Ingressou, então, com recurso especial, provido por esta Turma, a fim de ser renovado o julgamento dos declaratórios e enfrentado o tema da Lei n. 8.004/1990.

O processo retornou, e a egrégia Terceira Câmara Cível do TJRJ proferiu nova decisão nos aclaratórios, desta feita para acolhê-los, sem modificação do resultado, nos termos do voto do seu eminente relator:

“... muito embora a referida lei exija a interveniência da instituição financiadora no ato da cessão de direitos, na hipótese vertente, a não-observância da exigência enfocada não causou qualquer prejuízo à referida instituição, ora embargante – Larcky Sociedade de Crédito Imobiliário S/A.

De fato, caso não tivesse havido a cessão de direitos através da qual a Sra. Maria de Lourdes Silva Coelho, autora da ação, adquiriu o imóvel em questão, os antigos proprietários poderiam ter se valido do benefício das mencionadas Leis n. 8.004/1990 e 8.088/1990 para

quitar o saldo devedor com o desconto de 50% como pretendido nesta ação. Ou seja, a utilização do benefício pela nova proprietária não causou qualquer prejuízo à ora embargante, não podendo se valer a mesma deste detalhe, para ver a ação julgada de forma diferente.

Ademais, a exigência contida no parágrafo único do artigo 1º da Lei n. 8.004/1990 visa tão-somente a proteger a instituição financeira contra possíveis adquirentes que não tenham condições de honrar a dívida, o que não é nem de longe o caso dos autos.

Destarte, acolhem-se os presentes embargos de declaração para, suprimindo a omissão apontada, manter o acórdão de fls. 240/242, a ele aderindo estas fundamentações” (fls. 316/317).

Irresignada, a Ré interpôs recurso especial, com fundamento no artigo 105, III, a, da Carta Magna, apontando ofensa aos artigos 899 do CPC, e 1º, parágrafo único, da Lei n. 8.004/1990. Alega, primeiramente, que o depósito a que alude o art. 899 do CPC deve ser realizado durante a fase postulatória, não podendo efetivar-se após a prova pericial. Ademais, para a válida formalização de venda, promessa de venda, cessão ou promessa de cessão relativa ao imóvel gravado em favor da instituição financeira do SFH, faz-se imprescindível a interveniência desta quando da realização do negócio, não bastando a simples notificação.

Com as contra-razões, admitiu-se o recurso na origem, vindo-me os autos.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Ruy Rosado de Aguiar (Relator): 1. O disposto no art. 899 do CPC não foi tido por violado porque a complementação do depósito fez-se tão logo definido o valor real do débito. Constatou do r. acórdão:

“Respeitante ao fato contido no **decisum** no sentido de que a Apelante deveria ter-se valido do regramento contido no art. 899 da norma processual, tenho que improcede. Ao revés. Tal pleito está inserto na exordial. E este valor veio a ser conhecido após ter sido procedida a prova pericial. Pelo vistor oficial, em prestando esclarecimento, noticiou que o valor depositado, no importe de R\$ 11.967,74, correspondente ao total da dívida e não a 50%, como pretendido, equivalente a 15.821,98 Ufirs, devidamente atualizado, foi depositado,

como se verifica da guia de depósito acostada à fl. 191 dos autos. Portanto, suficiente, reitera-se, para quitar a dívida. Aliás, o vistor, apresentando informação às fls. 199/201, esclareceu que a importância depositada, àquela altura equivalente a R\$ 11.967,74 era superior à devida, que era de R\$ 11.078,51. Logo, depositara a Apelante, a maior, a importância de R\$ 899,23” (fls. 241/242).

Na sistemática hoje adotada para a ação de consignação em pagamento, – feliz inovação que a transformou em real instrumento para a solução do litígio surgido no cumprimento do contrato e pagamento do preço, – uma vez verificada na perícia a insuficiência do depósito inicial, até ali incerto, nada mais razoável do que permitir o depósito complementar, porquanto, na sentença, o juiz deverá dizer qual o montante do débito remanescente, para prosseguir a sua execução. Se não existe esse saldo, não haverá mais execução a promover, e a dívida estará quitada.

2. A egrégia Câmara julgou procedente o pedido consignatório porque promovido pela promissária-compradora contra a credora-hipotecária, que fora notificada da transferência e continuou recebendo o pagamento das parcelas. Com tal comportamento, prestou anuência tácita ao negócio celebrado e não pode vir agora, retornando sobre os próprios passos, negar validade ao contrato que até ali a favorecera. A teoria dos atos próprios exige dos contratantes, em juízo e fora dele, comportamento adequado à boa-fé objetiva, porquanto não se admite que a validade do negócio apenas exista para receber as prestações, e não para dar a quitação.

Sobre o ponto, disse o r. julgado: “Com efeito, da transação, teve ciência o credor-hipotecário, na hipótese, a Apelada. E esta, como se viu, nada promoveu; ficou-se silente. Ainda. Apesar de ciente, continuou a Apelada a receber os valores correspondentes às prestações que iam se vencendo, sem qualquer oposição” (fl. 241).

Ademais, a falta de participação ao agente financeiro somente pode levar ao reconhecimento da invalidade do negócio se disso lhe tenha decorrido algum prejuízo, que no caso não foi de nenhum modo alegado ou demonstrado. Como houve a ciência e a inércia da credora, sem qualquer oposição ao negócio ou recusa ao recebimento das prestações, e, agora, a falta de alegação de algum outro prejuízo, seria apenas por amor à forma, com grave dano à promissária-compradora, que se decretaria a nulidade do ato.

A própria negativa da credora-hipotecária para a transferência do financiamento é aceitável se demonstrada a sua absoluta impropriedade, uma

vez que a garantia continua a mesma, a incidir sobre o bem objeto do contrato.

Posto isso, não conheço do recurso.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 299.433 – RJ

(Registro n. 2001.0003179-0)

Relator: Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira
Recorrente: Fundação Teatro Municipal do Rio de Janeiro
Procurador: Vitório Constantino Proenza
Recorrido: J A J Bar e Restaurante Ltda
Advogada: Sara de Oliveira Ferreira

EMENTA: Processo Civil – Mandado de segurança contra ato judicial – Descabimento como sucedâneo do recurso próprio – Tutela antecipada – Concessão quando da sentença – Cabimento – Precedentes (v.g. RMSs n. 1.167-BA, 6.012-SP e 6.693-SP) – Doutrina – Recurso provido.

I – No sistema anterior à Lei n. 9.139/1995 descabia, exceto em casos de abuso ou manifesta teratologia, a pretensão de atacar diretamente a decisão judicial pela via do *writ*, uma vez que o mandado de segurança contra ato judicial recorrível vinha sendo admitido, por construção doutrinário-jurisprudencial, para comunicar efeito suspensivo ao recurso dele desprovido, em face da probabilidade de lesão dificilmente reparável. Com a referida lei, que deu nova redação ao art. 558, CPC, outra é a sistemática.

II – Nos termos do enunciado n. 267 da Súmula-STF, reforçado após a Lei n. 9.139/1995, que deu nova redação ao art. 558, CPC, “não cabe mandado de segurança contra ato judicial passível de recurso ou correção”.

III – De acordo com precedente da Turma, e boa doutrina, a tutela antecipada pode ser concedida com a sentença.

ACÓRDÃO

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

Brasília-DF, 9 de outubro de 2001 (data do julgamento).

Ministro Cesar Asfor Rocha, Presidente.

Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, Relator.

Publicado no DJ de 4.2.2002.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira: A controvérsia foi assim relatada pelo Tribunal de origem:

“Em decisão conjunta, o douto Juízo **a quo** julgou improcedentes uma ação renovatória de contrato de locação e uma ação de consignação em pagamento, ao entendimento de inexistir entre as partes relação locatícia, mas, sim, mera permissão de uso. Uma terceira ação – de reintegração de posse – foi julgada procedente. Na mesma data, apenas em decisão apartada, o douto sentenciante concedeu tutela antecipada para o fim de ser desde logo executada a reintegração.

Impetrou-se a presente segurança contra a decisão que concedeu a antecipação da tutela já depois de prolatada a sentença de mérito, o que no entender do impetrante é incabível.

Deferi a liminar para sustar a reintegração, seguindo-se agravo regimental contra essa decisão, unanimemente rejeitado. Prestadas as informações, manifestou-se o assistente litisconsorcial e a douta Procuradoria de Justiça.”

A segurança foi concedida pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, recebendo o acórdão esta ementa:

“Tutela antecipada. Concessão juntamente com a tutela definitiva. Impossibilidade.

A tutela antecipada, por sua própria natureza, designação e finalidade, não pode ser outorgada simultaneamente com a tutela definitiva, visto que passa a ter por fim subtrair da apelação o efeito suspensivo.

Concessão da ordem.”

Relativamente ao cabimento do mandado de segurança, o relator do julgado afirmou que a “irreparabilidade do dano e a urgência da medida justificam, excepcionalmente, a impetração da segurança contra ato judicial”.

O recurso especial aponta violação aos arts. 273 e 522, CPC, e 5^a, II, da Lei n. 1.533/1951. Sustenta a Recorrente, em primeiro lugar, o descabimento de mandado de segurança contra ato judicial passível de recurso. No mais, aduz que a tutela antecipatória pode ser concedida juntamente com a sentença.

Sem as contra-razões, foi o recurso admitido, opinando o Ministério Público Federal pelo provimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira (Relator): 1. O pedido inicial, como visto, voltou-se diretamente contra a decisão judicial, fazendo as vezes de recurso, não se opondo a Impetrante à concessão da tutela antecipada, pelo recurso adequado, qual seja, o agravo.

No sistema anterior à Lei n. 9.139/1995, que se aplica ao caso, este Tribunal já assentara entendimento quanto à utilização do mandado de segurança contra atos judiciais recorríveis, afirmando prestar-se apenas, em tais casos, a cumprir função cautelar, servindo a impetração para pleitear a comunicação de efeito suspensivo a recurso dele desprovido, salvo nas hipóteses de manifesto abuso ou teratologia da decisão. Nesse sentido, a iterativa jurisprudência desta Corte, de que é exemplo o RMS n. 6.693-SP (DJ de 20.5.1996), assim ementado, no que interessa:

“Processo Civil. Mandado de segurança contra ato judicial. Utilização como sucedâneo recursal. Descabimento. Peculiaridades do caso concreto. Recurso desprovido.

I – O mandado de segurança contra ato judicial, no sistema

anterior à vigência da Lei n. 9.139/1995, era aceito, por construção doutrinária e jurisprudencial, como medida anômala de caráter acautelatório, não se prestando, entretanto, a substituir o recurso cabível.”

Na mesma linha, o RMS n. 1.667-BA (DJ de 19.9.1994), também da minha relatoria:

“Processo Civil. Mandado de segurança contra ato judicial recorrível. Descabimento. Recurso desprovido.

– O mandado de segurança contra ato judicial recorrível é medida anômala de caráter acautelatório, não se prestando a servir de sucedâneo recursal ou de panacéia jurídica. Sujeita-se, outrossim, dentre outros pressupostos, à demonstração de plano da probabilidade de lesão dificilmente reparável. Ademais, segundo já assinalado (v.g. RMS n. 2.581-0-GO), instrumento de nobreza constitucional, não deve o *writ* ser banalizado através da prodigalidade do seu manejo contra decisões judiciais recorríveis.”

Em relação ao ponto, ao votar como relator do RMS n. 6.012-SP, assinaiei:

*“O mandado de segurança contra ato judicial recorrível tem sido admissível, por construção doutrinário-jurisprudencial, para comunicar efeito suspensivo ao recurso em face da probabilidade de lesão dificilmente reparável. Assume, então, caráter nitidamente cautelar, exigindo, além da demonstração de plano do direito líquido e certo, os pressupostos do **fumus boni iuris** e do **periculum in mora**.*

Normalmente, outro requisito é a regular interposição do recurso adequado, salvo casos de decisão manifestamente teratológica ou abusiva.”

No caso, a decisão foi proferida já na vigência da nova redação dada ao Código de Processo Civil pela mencionada Lei n. 9.139/1995, atacando diretamente a concessão da tutela antecipada, sem que sequer tenha sido tempestivamente interposto o recurso adequado, vislumbrando-se, no particular, afronta ao art. 5º da Lei n. 1.533/1951.

2. É de acrescentar-se, ademais, ao contrário do sustentado pelo

acórdão impugnado, que a decisão que concede a tutela antecipada, conjuntamente com a sentença, não se mostra teratológica ou abusiva. Esta Corte, por exemplo, ao tratar do mesmo tema, teve oportunidade de emendar:

“Tutela antecipada. Sentença. Embargos de declaração. A tutela antecipada pode ser concedida na sentença ou, se omitida a questão anteriormente proposta, nos embargos de declaração. Art. 273 do CPC.

Recurso conhecido e provido” (REsp n. 279.251-SP, DJ de 30.4.2001, relator o Ministro Ruy Rosado de Aguiar).

Ao acompanhar o voto do eminente Relator, afirmei:

“Sr. Presidente, acompanho o voto de V. Ex.^a, conhecendo do recuro e dando-lhe provimento, admitindo a antecipação da tutela por ocasião da sentença.

Sem embargo da acesa discussão no tema, parece-me que o ponto de vista que predomina na doutrina, que entendo ser o mais razoável, é exatamente o de V. Ex.^a, porque, se possível ante uma cognição completa, justifica-se muito mais depois da instrução plena, por ocasião da sentença.

Há, inclusive, uma corrente que postula a aplicação, ao lado do art. 273, dos arts. 518 e 520 conjugadamente. Não chego a tanto, mas entendo que a possibilidade de antecipação da sentença já é um passo adiante na prestação jurisdicional em termos de celeridade.”

A doutrina, de seu turno, abriga o mesmo entendimento, como se vê do seguinte trecho colacionado pelo Ministério Público Federal:

“(…) Portanto, tem-se que, tanto com base no n. I quanto com fulcro no n. II, pode a tutela antecipada ser concedida **inaudita altera parte**. Pode, **a fortiori**, ser concedida depois da contestação e, na verdade, a qualquer tempo, até na própria sentença, o que deve equivaler, no plano prático, a uma decisão judicial no sentido de que a apelação não seja recebida no efeito suspensivo, passando a sentença a produzir, desde logo, efeitos.

Essa necessidade surge, por exemplo, no caso de a tutela antecipatória ser concedida com base no art. 273, II, após a lide, em que não deve haver audiência e o juiz deve, logo, sentenciar (**Tereza**

Arruda Alvim Wambier, Aspectos Polêmicos da Antecipação da Tutela, p. 538).”

No mesmo sentido, aliás, o magistério de **J. E. Carreira Alvim**, em mais de uma fonte.

3. À vista do exposto, *conheço* do recurso e *dou-lhe provimento* para, reformando o acórdão impugnado, denegar a ordem concedida.

Sem honorários, em face do enunciado n. 105 da Súmula-STJ.

RECURSO ESPECIAL N. 299.445 – PR

(Registro n. 2001.0003200-1)

Relator: Ministro Ruy Rosado de Aguiar
Recorrente: Paulo Roberto Ribeiro Nalin
Advogado: Carlyle Popp
Recorrido: Itaboraí Empreendimentos Imobiliários Ltda
Advogados: Adílson Luís Ferreira e outro

EMENTA: Promessa de compra e venda – Empresa imobiliária – Incidência do Código de Defesa do Consumidor.

Rege-se pela Lei n. 4.591/1964, no que tem de específico para a incorporação e construção de imóveis, e pelo CDC o contrato de promessa de compra e venda celebrado entre a companhia imobiliária e o promissário-comprador.

Recurso conhecido e provido.

ACÓRDÃO

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

votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira.

Brasília-DF, 17 de maio de 2001 (data do julgamento).

Ministro Ruy Rosado de Aguiar, Presidente e Relator.

Publicado no DJ de 20.8.2001.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Ruy Rosado de Aguiar: Paulo Roberto Ribeiro Nalin e Munira Abdel Majed Mohd Nalin opuseram embargos à execução de título extrajudicial, representada pelo instrumento particular de confissão de dívida, promovida por Itaboraí Empreendimentos Imobiliários Ltda. Alegaram, preliminarmente, a ilegitimidade passiva da segunda embargante. No mérito, o primeiro embargante afirmou ser profissional autônomo e que, para efetuar o financiamento total do imóvel objeto do contrato de compromisso de venda e compra estipulado com a Embargada, junto à Caixa Econômica Federal, deveria, em época própria, recolher imposto de renda mediante guias avulsas ou por “carnê-leão”, para comprovação de renda. Tendo a Embargada omitido tal informação, não realizou esses recolhimentos. Por tal razão, financiou apenas 70% do valor do imóvel e foi obrigado a firmar o instrumento de confissão de dívida exequendo, para pagar o restante do bem em condições mais onerosas, quais sejam: pagamento em 12 parcelas mensais, e não nos 10 anos a que teria direito, cobrança de juros e outros acessórios que encareceram a dívida em cem por cento do seu valor. Responsabilizou, assim, a Embargada pela necessidade de submeter-se a tal débito, nos termos dos arts. 6º, inciso III, e 31 do Código de Defesa do Consumidor. Alegou a impenhorabilidade do bem, conforme dispõe o art. 1º da Lei n. 8.009/1990. Defendeu a aplicação do Código de Defesa do Consumidor ao caso e citou os seus artigos 1º a 4º, 6º, inciso III; 31 e 46. Sustentou a existência de cláusulas abusivas no instrumento de confissão de dívida exequendo, como a cobrança de taxas de responsabilidade exclusiva da Embargada: taxa de abertura de crédito (TAC), taxa de inscrição de expediente (TIE) e contribuição ao Fundo Nacional de Habitação (Fundahab), em afronta ao art. 54, § 3º, do CDC. Pleiteou a restituição em dobro dos valores pagos ilegalmente, nos termos do art. 42, parágrafo único, do mesmo Código, a declaração de ineficácia do título ou a sua revisão e adequação ao prazo e condições de financiamento do Sistema Financeiro da Habitação.

Em 1^a grau, o magistrado acolheu o pedido preliminar para excluir a mulher da lide e julgou improcedente a ação. O Embargante apelou, e a egrégia Quinta Câmara Cível do Tribunal de Alçada do Estado do Paraná negou provimento ao recurso:

“Apelação cível. Embargos do primeiro apelante à execução, suportada em instrumento confessório de dívida, procedidos. Nulidade sentencial, por cerceio defensivo afastada, desde que prova outra não desconstituiria obrigação aquisitiva de imóvel da Recorrida, e ao pagamento integral. Validade do instrumento não lesivo ao CDC, aliás diploma não aplicável ao caso em mesa, porquanto, tratando-se de ‘entrada em dinheiro’, oriunda de operação originária (contrato de compromisso de compra e venda de unidade imobiliária), extinta pela confissão, ressalta condição fungível daquele (art. 50, CCB), tanto assim conscrito o devedor devolvê-lo em pagamento, no prazo e condições avançados, assim não convertido final consumidor, sequer por equiparação (arts. 2^a e 29, CDC). Abusividade reportada. Taxas e contribuição ao Fundo Nacional de Habitação. Cláusula nesta ordem exclusiva ao precedente compromisso de compra e venda, alheio ao título suporte executivo. Proposições não examináveis. Recurso conhecido em parte, nesta desprovido” (fls. 95/96).

Colhe-se do voto do eminente Relator:

“Realmente, versando a operação originária ‘contrato particular de compromisso de compra e venda’ (fl. 10, apenso), de unidade imobiliária (apartamento 205 do Edifício Villandry), extinta pela confissão, não há como sujeitá-lo à Lei n. 8.078/1990, porquanto tratando-se de dinheiro (valor da entrada do imóvel – fl. 11, apenso) exigido pela Recorrida, ao contrato em tela, ressalta a condição fungível deste (art. 50, CCB), que não se consome, mas circula, tanto assim conscrito o devedor devolvê-lo, no prazo e condições avançadas, assim não convertido final consumidor ou equiparado, a teor dos arts. 2^a e 29, CDC” (fl. 100).

Os declaratórios foram rejeitados.

Irresignado, o Embargante ingressou com recurso especial, alínea **a**, por ofensa aos artigos 3^a, § 2^a, e 52 e incisos, da Lei n. 8.078/1990. Alega que, diante da omissão da Recorrida em informá-lo dos requisitos necessários

para financiar o seu imóvel através do Sistema Financeiro da Habitação, teve de contrair, perante a mesma, dívida inesperada e demasiadamente onerosa. Sustenta que está arcando sozinho com a negligência da Recorrida, que violou o dever de informação (art. 46 do CDC), eis que submetido a encargos contratuais abusivos, com cobrança de taxas ilegais, pela falta de aplicação do Código de Defesa do Consumidor ao presente caso, tanto pela sentença de 1ª grau quanto pelo acórdão recorrido. Combate o posicionamento do colendo Tribunal **a quo** ao julgar o seu apelo sob o prisma do Código Civil (art. 50), entendendo que dívidas de dinheiro não estão submetidas às regras da Lei n. 8.078/1990. Afirma ser o consumidor final do imóvel adquirido e cita o art. 2º do CDC. Defende que as operações financeiras, bancárias e de outorga de crédito foram albergadas por esse código, nos termos dos seus artigos 3º, § 2º, e 52. Pleiteia a nulidade do acórdão recorrido e a posterior análise da matéria com base no Código de Defesa do Consumidor, para que seja adequado o contrato de mútuo ao prazo contratual oferecido pelo Sistema Financeiro da Habitação (10 anos), e declarada a nulidade das cláusulas contratuais que transferiram ao Recorrente a obrigação de pagamento de taxas devidas pela Recorrida.

Sem as contra-razões, admitiu-se o recurso na origem, vindo-me os autos.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Ruy Rosado de Aguiar (Relator): O Recorrente tem razão.

O contrato de promessa de compra e venda de imóvel residencial celebrado entre a construtora ou incorporadora e o promissário-comprador insere-se no âmbito do Código de Defesa do Consumidor, uma vez presente a atividade comercial do fornecedor de produtos e serviços, negócio esse que tem sua regulação, no que tem de peculiar, na legislação especial (Lei n. 4.591/1964), e, complementarmente, nas normas constantes do CDC, aplicável para a definição do comportamento das partes quanto aos deveres de informação e preservação da equivalência das prestações, além de outros, mas sendo estes os temas relevantes para o caso. Neste Tribunal, tem sido mais de uma vez invocado o disposto no CDC para reconhecer direitos e deveres das partes envolvidas em contrato de promessa de compra e venda de imóvel, sempre que se possa aí identificar o fornecedor de serviços (REsp n. 115.671-RS, Terceira Turma, Min. Waldemar Zveiter; REsp n. 124.146-MG, Quarta Turma, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha).

No caso dos autos, o Embargante fundou o seu pedido no dever de informação a que estaria obrigada a construtora a respeito das condições e requisitos para o financiamento do imóvel e na existência de cláusulas que podem ser definidas como abusivas à luz do CDC.

A egrégia Câmara deixou de apreciar as alegações fundadas no CDC, tendo-o por inaplicável, o que foi decidido no julgamento da apelação e mantido nos embargos.

É caso, pois, de ser conhecido e provido o recurso para que se renove o julgamento da apelação, a fim de serem enfrentadas todas as questões suscitadas pelo Apelante com base no CDC.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 324.165 – SP

(Registro n. 2001.0055155-6)

Relator: Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira
Recorrente: Banco Itaú S/A
Advogados: Fernando Bogusiak e outros
Recorrida: Delaplastic Indústria e Comércio Ltda
Advogados: Antônio José Waquim Salomão e outros

EMENTA: Processo Civil – Procedimento monitorio – Proposta de abertura de conta-corrente, cartão de assinaturas e extrato emitido unilateralmente pelo credor – Viabilidade – Art. 1.102a, CPC – Embargos ao mandado monitorio – Ampla instrução probatória – Precedentes – Apelação – Duplo grau de jurisdição – Negativa de prestação jurisdicional – Arts. 515 e 535, CPC – Anulação do acórdão – Recurso provido.

I – A oposição de embargos ao mandado monitorio instaura a via ampla do contraditório, a permitir instrução probatória e apreciação dos temas suscitados na petição de embargos.

II – Admissível o procedimento monitorio na espécie, e tendo o Juiz de 1º grau examinado o mérito da pretensão monitoria, com

base nas provas produzidas no âmbito dos embargos ao mandado monitório, o apelante tem o direito de ver apreciada em 2º grau a matéria invocada na apelação, sob pena de o Tribunal afrontar o princípio do duplo grau de jurisdição e negar a prestação jurisdicional.

III – Segundo tem entendido a Corte, a indicação de ofensa ao art. 515, CPC, em lugar do 535, autoriza o conhecimento do recurso especial por negativa de prestação jurisdicional, se das razões recursais for possível depreender, de modo claro e inequívoco, a questão jurídica objeto de inconformismo.

ACÓRDÃO

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

Brasília-DF, 16 de outubro de 2001 (data do julgamento).

Ministro Cesar Asfor Rocha, Presidente.

Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, Relator.

Publicado no DJ de 4.2.2002.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira: O Banco-recorrente ajuizou ação monitória contra a Recorrida, instruindo a inicial com “proposta de abertura de conta-corrente”, fichas de assinaturas e extrato da conta e cobrando a dívida de R\$ 5.372,81 (cinco mil, trezentos e setenta e dois reais e oitenta e um centavos), em valores de abril de 1996.

Ao acolher parcialmente os embargos opostos pela Recorrida ao mandado de pagamento, o Juiz de 1ª grau excluiu a capitalização mensal e determinou, com base na prova pericial, o valor da dívida em R\$ 1.236,80 (um mil, duzentos e trinta e seis reais e oitenta centavos), a ser atualizado “uma única vez em 26.2.1996, sem capitalização” (fl. 131).

O 1º Tribunal de Alçada Civil de São Paulo desproveu a apelação do Banco, em acórdão assim fundamentado:

“A documentação oferecida somente permite a cobrança líquida do valor referido na r. sentença.

A ação monitória exige a prova de valores certos e indubitáveis, documentalmente comprovados.

Na espécie, a matéria dependeria de ampla cognição, pois, segundo a perícia, o saldo devedor se refere a outras operações celebradas entre as partes e que poderia haver outros títulos que deram origem aos encargos cobrados (fl. 104).

Essa incerteza não permite a apreciação em sede de monitória.

A honorária foi corretamente fixada, pois a Autora é que sucumbiu, aplicando-se à Requerida o benefício do art. 21, parágrafo único, do CPC” (fls. 185/186).

Opostos embargos declaratórios, foram eles rejeitados.

O recurso especial indica violação aos arts. 130, 284, 332, 515, 1.102c, § 2º, CPC, além de divergência jurisprudencial. Sustenta o Recorrente que a oposição dos embargos ao mandado de pagamento, na ação monitória, converte em ordinário o rito, permitindo ampla produção de provas e discussão dos temas suscitados. Alega que o Tribunal não se manifestou sobre a matéria de fundo argüida na apelação.

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

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira (Relator): O acórdão impugnado diverge do REsp n. 220.887-SP (DJ de 3.11.1999), desta Quarta Turma, por mim relatado, trazido a confronto pelo Recorrente, e assim ementado:

“Processual Civil. Procedimento monitório. Extratos bancários de conta-corrente. Ficha cadastral e cartão de assinaturas. Viabilidade. Indícios de existência do débito. ‘Prova escrita sem eficácia de título executivo’. Art. 1.102a, CPC. Caracterização. Embargos ao mandado

monitório acolhidos. Procedimento ordinário. Art. 1.102c, CPC. Recurso provido.

I – O procedimento monitório, também conhecido como injuntivo, introduzido no atual processo civil brasileiro, largamente difundido e utilizado na Europa, com amplo sucesso, tem por objetivo abreviar a formação do título executivo, encurtando a via procedimental do processo de conhecimento.

II – A ação monitória tem a natureza de processo cognitivo sumário e a finalidade de agilizar a prestação jurisdicional, sendo facultada a sua utilização, em nosso sistema, ao credor que possuir prova escrita do débito, sem força de título executivo, nos termos do art. 1.102a, CPC.

III – Se os extratos bancários, a ficha cadastral e o cartão de assinaturas demonstram a presença da relação jurídica entre credor e devedor e denotam indícios da existência do débito, mostram-se hábeis a instruir a ação monitória.

IV – Em relação à liquidez do débito e à oportunidade de o devedor discutir os valores, a forma de cálculo e a própria legitimidade da dívida, assegura-lhe a lei a via dos embargos, previstos no art. 1.102c, que instauram amplo contraditório e levam a causa para o procedimento ordinário.

V – Uma vez opostos embargos ao mandado monitório, instaura-se a via ampla do contraditório, através do procedimento ordinário, de modo que a sentença que acolhe esses embargos passa a constituir título executivo judicial, nos termos do art. 584, I, CPC, incumbindo ao credor ajuizar a execução, após encerrado o processo de conhecimento.”

Como se vê, a oposição de embargos instaura a ampla via do contraditório, a permitir a instrução probatória necessária à verificação dos fatos invocados pelas partes. No ponto, ao retirar da monitória a possibilidade da discussão do mérito, o Tribunal não só dissentiu da orientação desta Corte como também afrontou o art. 515, CPC, uma vez que não abordou a matéria levada a seu julgamento por meio da apelação.

Com efeito, tendo o Juiz de 1ª grau afastado a capitalização dos juros e examinado o mérito da pretensão, o Banco-apelante tinha direito de ver apreciados em 2ª grau os pontos suscitados na apelação. Sem tê-lo feito, o Tribunal acabou por afrontar o princípio do duplo grau de jurisdição e negar a prestação jurisdicional.

No particular, é de salientar-se que mais apropriada seria a invocação de ofensa ao art. 535, II, ou mesmo ao 165 c.c. art. 458, CPC. Entretanto, esta Corte admite conhecer do recurso especial pela violação ao art. 515, CPC, quando as razões recursais delinearão expressamente o argumento da negativa de prestação jurisdicional, como no caso. Neste sentido, dentre outros, o REsp n. 36.989-SP (DJ de 13.3.1995), com esta ementa:

“Processo Civil. Apelação. Alegação de ofensa à coisa julgada. Inapreciação pela Câmara julgadora. Recurso especial fundado em afronta ao art. 515, § 1º, CPC. Indicação inequívoca da questão jurídica objeto da impugnação recursal – ‘negativa de prestação jurisdicional’. Nulidade do acórdão estadual reconhecida.

I – A ausência de indicação precisa do dispositivo legal tido por violado (arguição de afronta ao art. 515, § 1º, CPC, quando mais apropriada seria a invocação de ofensa ao art. 535, II, do diploma instrumental) não obsta o conhecimento do especial se exposta, nas razões respectivas, de modo claro e inequívoco, a questão jurídica objeto do inconformismo (‘negativa de prestação jurisdicional’).

II – Omissão do acórdão estadual acerca de questão relevante ao deslinde da causa, objeto de impugnação recursal expressa, impõe-se reconhecê-lo nulo.”

Em conclusão, *conheço* do recurso especial, pela violação ao art. 515, CPC, e *dou-lhe provimento* para, cassando o acórdão de 2ª grau, ensejar ao egrégio Tribunal Estadual a apreciação da matéria argüida na apelação, sem prejuízo do exame dos pressupostos de admissibilidade desta.

RECURSO ESPECIAL N. 329.968 – DF

(Registro n. 2001.0077393-0)

Relator: Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira

Recorrente: Banco Itaú S/A

Advogados: André Vidigal de Oliveira e outros

Recorrido: Edison Cordeiro Garcia

Advogados: Athanazios Georgios Flessas e outros

Interessada: Encol S/A Engenharia, Comércio e Indústria (massa falida)

Representado por: Sérgio Túlio Caetano da Costa (síndico)

Sustentação oral: Luciano Brasileiro de Oliveira (pelo recorrido)

EMENTA: Direito Civil – Hipoteca constituída sobre imóvel já prometido à venda e quitado – Invalidez – Encol – Negligência da instituição financeira – Inobservância da situação do empreendimento – Precedente – Recurso desacolhido.

I – Os arts. 677 e 755 do Código Civil aplicam-se à hipoteca constituída validamente e não à que padece de um vício de existência que a macula de nulidade desde o nascedouro, precisamente a celebração anterior de um compromisso de compra e venda e o pagamento integral do preço do imóvel.

II – É negligente a instituição financeira que não observa a situação do empreendimento ao conceder financiamento hipotecário para edificar um prédio de apartamentos, principalmente se a hipoteca se deu dois meses antes da concessão do habite-se, quando já era razoável supor que o prédio estivesse concluído, não sendo igualmente razoável que a obra se tenha edificado nesse reduzido período de tempo.

III – É da jurisprudência desta Corte que, “ao celebrar o contrato de financiamento, facilmente poderia o banco inteirar-se das condições dos imóveis, necessariamente destinados à venda, já oferecidos ao público e, no caso, com preço total ou parcialmente pago pelos terceiros-adquirentes de boa-fé”.

ACÓRDÃO

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

Brasília-DF, 9 de outubro de 2001 (data do julgamento).

Ministro Cesar Asfor Rocha, Presidente.

Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira: O Recorrido celebrou com a Encol contrato de promessa de compra e venda de um apartamento no Setor Sudoeste, em Brasília, tendo quitado o preço antes de receber o bem.

Dois meses antes da concessão do “habite-se” e três antes da entrega do imóvel, a Encol firmou com o Banco-recorrente contrato de “abertura de crédito para construção de empreendimento imobiliário com garantia hipotecária” do prédio onde se situa o apartamento, restando descumprida a obrigação contratual de outorga da escritura definitiva de compra e venda.

Com base nesses fatos e na alegação de que não fora informado da existência de hipoteca sobre o prédio, o Recorrido ajuizou ação contra a Encol e o Recorrente, buscando a ineficácia da garantia hipotecária em relação à sua unidade de apartamento.

O Juiz de 1ª grau, ao acolher a pretensão, declarou nula a hipoteca, seja porque não se pode dar em garantia imóvel já prometido à venda, seja porque teria havido simulação entre a construtora Encol e o Banco, uma vez que este era sabedor das promessas de venda dos apartamentos e ainda assim concedeu financiamento para concluir obra presumivelmente já acabada, dado que a hipoteca foi firmada dois meses antes do “habite-se” e muito depois da promessa de venda.

O Tribunal de Justiça do Distrito Federal desproveu a apelação do Banco, com os mesmos fundamentos da sentença, ementando, no particular:

“Ação ordinária de reconhecimento de nulidade de cláusula de contrato de promessa de compra e venda e de instrumento particular de abertura de crédito – [...]

Nulidade de cláusula contratual. Declaração de ineficácia de garantia hipotecária prestada pela Encol ao Banco Itaú, uma vez que o imóvel foi adquirido antes da dação do imóvel em hipoteca.

Apelo improvido. Unânime” (fl. 272, v. 2).

Adveio o recurso especial do Banco, apontando violação aos arts. 755 e 677 do Código Civil, e 20 do Decreto-Lei n. 58/1937. Sustenta o Recorrente que não houve compra e venda, mas simples contrato de promessa, e que a hipoteca, como garantia real, precede os direitos pessoais e persegue o imóvel pelo direito de seqüela.

Contra-arrazoado, foi o recurso admitido na origem.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira (Relator): 1. Sobre o art. 20 do Decreto-Lei n. 58/1937, incidente o Verbete Sumular n. 284-STF, uma vez não abordado no recurso especial o tema tratado nesse dispositivo, que se refere à responsabilidade solidária entre o adquirente e o compromissário pelas “obrigações constantes e decorrentes do contrato de financiamento”.

2. Por sua vez, dispõem os arts. 677 e 755 do Código Civil, cuja violação se apontou:

- “Art. 677. Os direitos reais passam com o imóvel para o domínio do adquirente.”
- “Art. 755. Nas dívidas garantidas por penhor, anticrese ou hipoteca, a coisa dada em garantia fica sujeita, por vínculo real, ao cumprimento da obrigação.”

Esses artigos se aplicam à hipoteca constituída validamente, o que não é o caso. Com efeito, a garantia hipotecária padece de um vício de existência que a macula de nulidade desde o nascedouro, precisamente a celebração anterior de um compromisso de compra e venda e o pagamento integral do preço do imóvel. Tais peculiaridades da espécie estão a indicar a negligência da instituição financeira em não observar a situação do empreendimento, ao conceder financiamento hipotecário à construtora Encol para edificar um prédio de apartamentos.

Como restou assentado nas instâncias ordinárias, o gravame da hipoteca sobreveio ao contrato de promessa de compra e venda e ao pagamento integral do preço da unidade de apartamento adquirida pelo Recorrido. A garantia, embora destinada à construção, somente se deu dois meses antes da concessão do “habite-se”, quando já era “razoável supor que o prédio estivesse concluído, nas palavras do juiz-sentenciante (fl. 212), não sendo igualmente razoável que a obra se tenha edificado nesse reduzido período de tempo. A propósito, colhe-se da bem lançada sentença, da lavra do Juiz César Laboissière Loyola:

“Nesse ponto é bem de ver que o Banco-réu foi vítima de sua própria negligência.

Mesmo na época em que celebraram o contrato já se divulgava pela imprensa os rumos que vinham tomando os negócios da Encol. Mesmo que assim não fosse, a prudência recomenda que para a concessão de vultosos créditos se proceda a uma investigação na ‘saúde’ financeira do contraente. **In casu**, ou o Banco assim não procedeu, ou assumiu o risco da operação.

Os seguintes motivos me levam à convicção de ser nula a hipótese ajustada.

A garantia foi concedida em face de expressa autorização contida em cláusula do contrato de promessa de compra e venda ajustado entre o Autor e a Encol. Ocorre que tal cláusula, conforme já se demonstrou, por ser abusiva e contrária à boa-fé e à equidade, são nulas de pleno direito.

De outra parte, segundo o artigo 756 do CC, só quem pode alienar pode hipotecar, e só as coisas que se pode alienar podem ser hipotecadas.

Resta claro que o imóvel objeto de promessa de compra e venda está entre as coisas as quais não se pode alienar, exceto, é claro, para o promitente-comprador. Por isso, não poderia ser dado em hipoteca.

É certo que o promitente-vendedor continua com o domínio do bem, e o poder de disposição, é inerente a ele, mas tendo sido o bem objeto de contrato de promessa de compra e venda, tal poder é limitado, porquanto advindo a condição suspensiva a que está sujeito o negócio – no presente caso, a quitação do preço, obriga-se o promitente-vendedor a transferir a propriedade.

Nesse sentido a lição do Ministro Athos Carneiro no voto proferido no REsp n. 247, cujo trecho transcreve-se:

‘O promitente-vendedor ainda é dono do imóvel, mas o é sob aquele **minus** derivado das obrigações que assumiu, de outorga da escritura definitiva, em virtude do contrato quitado de promessa de compra e venda.’

Se não podia dispor da coisa, não poderia gravá-la com a hipoteca.

[...]

O Banco era sabedor de que as unidades do empreendimento imobiliário eram objeto de contrato de promessa de compra e venda, afinal esta a atividade da empresa com a qual contratara. Ademais, na própria matrícula do imóvel se verifica que a averbação do memorial descritivo e da incorporação do condomínio antecedem à hipoteca.

[...]

Quanto à afirmação do Banco, de que o deferimento do pedido concernente à escrituração da unidade imobiliária sem a inscrição do ônus hipotecário existente o colocaria em situação de risco grave, cabe observar que, segundo já ressaltado, o risco ele próprio criou ao negociar sem se cercar das elementares cautelas nesse tipo de negócio, seja porque já sabia que a garantia era objeto de contrato de promessa de compra e venda, seja porque não investigou a capacidade financeira da cliente.

Ademais, em comparação com a perda econômica que poderia advir para o Autor, por mais abonado que este fosse, não se me afigura razoável que um dos maiores bancos privados do País viesse a ter graves prejuízos. Afinal, o risco é inerente à sua atividade.

Graves prejuízos sofreram aqueles que, investindo muitas vezes a economia de toda uma vida, se viram desprovidos do sonho de possuírem a sua própria moradia” (fls. 210/213).

Em situação semelhante, esta Turma concluiu no mesmo sentido, ao julgar o REsp n. 287.774-DF (DJ de 2.4.2001), assim ementado, no que interessa:

“Ao celebrar o contrato de financiamento, facilmente poderia o Banco inteirar-se das condições dos imóveis, necessariamente destinados à venda, já oferecidos ao público e, no caso, com preço total ou parcialmente pago pelos terceiros-adquirentes de boa-fé.”

Em seu voto, registrou o Ministro-Relator, Ruy Rosado de Aguiar:

“De parte do Banco, era razoável se esperasse fosse investigar a situação dos bens dados em garantia, uma vez que se tratava de unidades residenciais integrantes de empreendimento imobiliário destinado à venda, e muitos dos apartamentos alienados a terceiros-adquirentes

já estavam por estes pagos. No entanto, deixou de tomar essa providência, aceitando a garantia de bens já prometidos à venda a pessoas de boa-fé. Constou do voto da ilustre Desembargadora Vera Lúcia Andrighi: ‘Mas o credor, hipotecário também foi negligente na medida que é de seu conhecimento do objetivo precípua da devedora que é a venda dos imóveis que constrói’.

[...]

O r. acórdão criticou asperamente os dadores da garantia, mas igual censura deve ser feita ao estabelecimento oficial de crédito, ora recorrido, que aceita como garantia e promove a execução sobre bens que certamente já estariam sendo adquiridos por pequenos poupadores, pessoas humildes que reúnem bens, esforços e esperanças para a aquisição da casa própria e se vêem envolvidas em negócios dessa natureza, sujeitas a tudo perderem para satisfação de um empréstimo garantido por bens prometidos à venda. Se no País houvesse real preocupação com a economia popular, transações com essas características não poderiam ser celebradas. Sendo-o, cabe ao Judiciário proteger o terceiro de boa-fé.”

3. Ante o exposto, *não conheço* do recurso especial.