



Jurisprudência da Terceira Turma

RECURSO ESPECIAL N. 181.580 — SP (1998/0050249-1)

Relator: Ministro Castro Filho

Recorrente: Artigos Religiosos São Marcos Ltda

Advogada: Ana Luísa Porto Borges

Recorrida: Procuradoria de Assistência Judiciária

Advogados: Cláudia A. Simardi e outros

Interessado: Município de São Paulo

Advogados: José de Araújo Novaes Neto e outros

EMENTA

Processual Civil. Ação civil pública. Explosão de loja de fogos de artifício. Interesses individuais homogêneos. Legitimidade ativa da procuradoria de assistência judiciária. Responsabilidade pelo fato do produto. Vítimas do evento. Equiparação a consumidores.

I - Procuradoria de assistência judiciária tem legitimidade ativa para propor ação civil pública objetivando indenização por danos materiais e morais decorrentes de explosão de estabelecimento que explorava o comércio de fogos de artifício e congêneres, porquanto, no que se refere à defesa dos interesses do consumidor por meio de ações coletivas, a intenção do legislador pátrio foi ampliar o campo da legitimação ativa, conforme se depreende do artigo 82 e incisos do CDC, bem assim do artigo 5º, inciso XXXII, da Constituição Federal, ao dispor expressamente que incumbe ao “Estado promover, na forma da lei, a defesa do consumidor”.

II - Em consonância com o artigo 17 do Código de Defesa do Consumidor, equiparam-se aos consumidores todas as pessoas que, embora não tendo participado diretamente da relação de consumo, vêm a sofrer as conseqüências do evento danoso, dada a potencial gravidade que pode atingir o fato do produto ou do serviço, na modalidade vício de qualidade por insegurança.

Recurso especial não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos, acordam os Srs. Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas

taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do recurso especial. Os Srs. Ministros Antônio de Pádua Ribeiro, Humberto Gomes de Barros, Carlos Alberto Menezes Direito e Nancy Andrichi votaram com o Sr. Ministro-Relator. Sustentou oralmente a Dra. Cláudia Aparecida Simardi, pela recorrida.

Brasília (DF), 09 de dezembro de 2003 (data do julgamento).

Ministro Castro Filho, Relator

Publicado no DJ de 22.03.2004

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Castro Filho: Na origem, a Procuradoria de Assistência Judiciária do Estado de São Paulo propôs ação civil pública em relação ao Município de São Paulo e Artigos Religiosos São Marcos Ltda, alegando, em síntese, que o primeiro réu, por ausência de fiscalização, permitiu que o segundo estocasse material explosivo, o qual, por suposta culpa quanto ao seu armazenamento e acondicionamento, desenvolveu reação em cadeia e acabou por explodir, causando a morte de diversas pessoas e ferimentos em outras tantas.

Em primeiro grau, o processo foi extinto sem julgamento do mérito, ante a inépcia da inicial, com fundamento nos artigos 267, I, e 295, I, parágrafo único, item III, do Código de Processo Civil, ao entendimento de que a ação civil pública não se prestaria a dar guarida à preservação de direitos individuais, para ensejar a reparação pelos prejuízos sofridos, bem assim por veicular a inicial pedido de condenação genérico, e, por fim, por carecer a Procuradoria Geral do Estado de legitimação para pleitear em nome de terceiros.

Opostos embargos de declaração pela Procuradoria, foram acolhidos apenas com fins aclaradores, sem alterar o resultado do julgamento.

Inconformada, a autora apelou, e a Oitava Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo proveu, em parte, o recurso, para determinar o prosseguimento do feito, relativamente ao pedido de reparação por lesão a interesses individuais homogêneos, restando o acórdão assim ementado:

“Ação civil pública — Explosão em estabelecimento que explorava o comércio de fogos de artifício e estampido — Interesses difusos e individuais homogêneos — Lesão a interesses difusos descrita como a existência de risco à segurança e saúde de um número indeterminado de pessoas — Incompatibilidade com o pedido de natureza condenatória — Inviabilidade do exame do mérito — Ação civil pública adequada à defesa de interesses individuais homogêneos — Pedido genérico compatível com a natureza coletiva da demanda —

Legitimidade ativa da Procuradoria de Assistência Judiciária do Estado de São Paulo — Recurso provido em parte para determinar o prosseguimento do feito, relativamente ao pedido de reparação por lesão a interesses individuais homogêneos.”

As partes opuseram embargos de declaração, que foram rejeitados.

Seguiu-se, por parte da segunda ré, a interposição de recurso especial, com fundamento na alínea **a** do permissivo constitucional, alegando violação aos artigos 1^ª e 5^ª da Lei n. 7.347/1985, bem como os artigos 2^ª, 12, III, 17 e 82, III, todos do Código de Defesa do Consumidor, porquanto a Procuradoria de Assistência Judiciária não seria parte legítima para a causa, vez que os interesses que pretende tutelar por meio da presente demanda, além de individuais homogêneos, são disponíveis. Ademais, o citado artigo 82, III, exige expressamente que os legitimados para promoção da ação civil pública na defesa dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos do consumidor sejam entidades e órgãos especificamente destinados à defesa dos direitos e interesses do consumidor, e, assim, diferentemente de órgãos como o Procon, Decon e outros, a ora recorrida não possuiria referida destinação, estando legitimada apenas para a defesa de consumidores individualmente considerados.

Pondera, outrossim, que o artigo 21 da Lei n. 7.347/1985, ao excepcionar a defesa dos interesses individuais por meio de ação civil pública, restringe o seu exercício a uma relação de consumo, inexistente, a seu sentir, no caso concreto, na medida que a ora recorrida não trouxe qualquer indício de que as pessoas atingidas pela referida explosão, adquiriam ou se utilizavam dos produtos ou serviços nas dependências da loja, logo, não seriam consumidores, pois que o único liame que a une às vítimas é a vizinhança, o que é insuficiente para comprovar relação de consumo. Tampouco poderia ser aplicado ao caso o artigo 17 da lei consumerista para justificar a relação de consumo, pois que este dispositivo só se aplicaria aos casos inseridos na Seção que trata “Da Responsabilidade pelo Fato do Produto e do Serviço”.

Por fim, argumenta que o entendimento assentado no acórdão recorrido de que o comerciante que não conserva adequadamente produtos não perecíveis é equiparado ao terceiro do artigo 12, § 3^ª, III, da Lei n. 8.078/1990 não pode subsistir, tendo em vista que referida presunção não encontra respaldo na doutrina e jurisprudência.

Admitido o recurso na origem (fls. 420/423), ascenderam os autos a esta Corte, vindo-me conclusos.

O parecer ministerial (fls. 457/463), na pessoa da Dr^ª. Gilda Pereira de Carvalho, pelo improvimento do recurso.

É o breve relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Castro Filho (Relator): Trata-se de recurso especial interposto contra acórdão que reconheceu a legitimidade ativa da Procuradoria de Assistência Judiciária do Estado de São Paulo para propor ação civil pública na defesa de direitos individuais homogêneos, decorrentes da explosão de loja explorada pela recorrente, que comercializava, entre outros produtos, fogos de artifício e pólvora, causando lesão corporal e morte a diversas pessoas.

No que se refere à defesa dos interesses do consumidor por meio de ações coletivas, a intenção do legislador pátrio foi ampliar o campo da legitimação ativa (artigo 82 e incisos do CDC), tendo em vista a relevância social do bem jurídico tutelado e até mesmo o conteúdo político de certas demandas, dada a grande repercussão que assumem no seio da sociedade, como no caso vertente, em que a explosão do estabelecimento comercial da ora recorrente, em bairro residencial, veio a provocar a morte de várias pessoas e ferimentos em outras tantas, além de vultosos prejuízos de ordem material.

Em casos que tais, a ampla legitimação dos entes públicos para a tutela dos interesses ou direitos dos consumidores decorre de preceito constitucional. É o que se depreende do inciso XXXII do artigo 5º da Carta Magna, ao dispor expressamente que incumbe ao “Estado promover, na forma da lei, a defesa do consumidor”. E a defesa em juízo, certamente, é uma das formas mais importantes de exercício dessa atribuição.

A esse fim, aliás, foi conferida legitimação **ad causam** a entidades e órgãos da Administração Pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, o que se fazia necessário para que órgãos públicos, como o Procon, pudessem também agir em juízo, mesmo sem personalidade jurídica, tendo sido reconhecida também legitimidade às associações civis, em consonância com o artigo 82, IV, do diploma consumerista.

A importância dessa legitimação extraordinária teve por escopo justamente desafogar o Estado da responsabilidade pelo patrocínio de demandas dessa natureza, facultando o legislador que a própria sociedade civil se estruturasse na defesa dos interesses de seus membros, sem que tal iniciativa pudesse, entretanto, restringir a atuação dos órgãos governamentais no exercício de tal mister, já que ínsito à própria razão de ser do Poder Público.

Nesse sentido, irrepreensível se me afigura a conclusão do acórdão recorrido, ao reconhecer a legitimidade ativa da Procuradoria de Assistência Judiciária, enquanto órgão do Estado de São Paulo, para propor a presente ação civil pública, sendo de se salientar que, **in casu**, o artigo 28, III, da Lei Complementar Estadual

n. 478/1986 inclui a promoção das medidas necessárias à defesa do consumidor entre as atribuições da Procuradoria de Assistência Judiciária.

Por outro lado, na hipótese em exame, a possível responsabilidade civil da ora recorrente decorre de fato do produto, na modalidade *vício de qualidade por insegurança*, prevista no artigo 12 do código consumerista, como conseqüência da explosão dos fogos de artifício e pólvora armazenada, que eram oferecidos a consumo no interior do estabelecimento comercial, em razão de a empresa supostamente ter-se omitido quanto à tomada de providências e satisfação de exigências legais e regulamentares, no que pertine aos cuidados com o seu acondicionamento, providências essas próprias daqueles que comercializam produtos perigosos.

Embora, em princípio, em matéria de responsabilidade por danos, o referido artigo 12 tenha se voltado apenas para a figura do fabricante, produtor, construtor ou importador como obrigados principais, pode o comerciante ser responsabilizado como terceiro, nos termos do inciso III, se ficar demonstrada a exclusividade de sua culpa pelo evento danoso, ou ainda como coobrigado, em consonância com o artigo 13, III, quando não conservar adequadamente os produtos perecíveis.

Vale lembrar que a introdução da sistemática de proteção inserida na sociedade pelo Código de Defesa do Consumidor tem por escopo não apenas a defesa de interesses meramente individuais, mas também a proteção de interesses coletivos e difusos, que antes de sua vigência restavam dispersos e não encontravam abrigo na legislação. Conforme observa **Antônio Herman de Vasconcelos e Benjamin**, “O consumidor é, então, não apenas aquele que ‘adquire ou utiliza produto ou serviço’.” (...) “Há um geral (art. 2º, **caput**) e três outros por equiparação (arts. 2º, parágrafo único, 17 e 29)”. (“Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto”, Rio de Janeiro, 2001, Ed. Forense Universitária, 7ª ed., p. 227)

Esse alargamento do âmbito de abrangência do Código do Consumidor para todos aqueles que venham a sofrer os efeitos danosos dos defeitos do produto ou do serviço decorre da relevância social que atinge a prevenção e a reparação de eventuais danos. E a equiparação de todas as vítimas do evento aos consumidores, na forma do citado artigo 17, justifica-se em função da potencial gravidade que pode atingir o fato do produto ou do serviço. É o que se verifica na hipótese em análise, pois que tragédias como a tratada nos autos, via de regra, causam danos não somente àqueles que no momento da explosão estavam no interior da loja adquirindo produtos, em autêntica relação de consumo, mas também a muitos outros que acabam atingidos como vítimas desse acidente de consumo, porquanto, na hora fatídica, se encontravam nas proximidades do local.

Nesse passo, evidencia-se a subsunção da hipótese fática à norma prevista no artigo 17 do citado diploma legal, que disciplina a responsabilidade reparatória perante terceiros, denominados nos países da *common law* como *bystanders*, vale dizer, aquelas pessoas estranhas à relação de consumo que vêm a sofrer prejuízos em razão do evento danoso, aqui representados por todos aqueles que se encontravam nos arredores do estabelecimento comercial e que vieram a sofrer as consequências desse trágico acidente.

Comentando esse dispositivo, **Arruda Alvim** e outros afirmam:

“Conforme visto nos comentários ao art. 2^a, em algumas situações, o conceito geral de consumidor poderia ser insuficiente para abranger todas as relações de consumo que requerem amparo legal. Isto é o que ocorre nesta Seção II, referente ao fato do produto e do serviço, e tem o presente artigo a virtude de preencher, completar, o espectro de abrangência do conceito de consumidor, estendendo a proteção deste Código a uma gama maior de situações onde possa ocorrer dano, visando, desta forma, precipuamente, a proteção ao denominado *bystander*, ou seja, aquelas pessoas (físicas ou jurídicas), já que a lei não restringe) que mesmo sem serem partícipes da relação de consumo foram atingidas em sua saúde ou segurança em virtude do defeito do produto.” (“Código do Consumidor Comentado”, São Paulo, 1995, Ed. RT, 2^a ed., 139/140).

Por sua vez, extrai-se do parecer de fls. 286/300, da lavra do Dr. Edgar Moreira da Silva, Procurador de Justiça do Consumidor:

“Alude o dispositivo legal ao *bystander*, ou seja, aquelas pessoas que não participaram da relação de consumo, mas atingidas em sua segurança ou saúde em face do defeito do produto, como ocorre nas hipóteses de automóveis defeituosos que venham provocar acidentes de trânsito, ferindo, matando ou mesmo causando danos patrimoniais a terceiros, que não aquele que adquiriu ou utiliza.

Ora, todo aquele que, de algum modo, elabora produtos ou serviços, tem a obrigação de produzi-los e prestá-los com segurança, satisfazendo todas as condições e requisitos no sentido de evitar quaisquer riscos ou danos à população, e não apenas àqueles que os adquirem ou utilizam.

(...)

A empresa ‘Artigos Religiosos São Marcos’ expunha a consumo e comercializava produtos perigosos, quais sejam, pólvora, fogos de artifício etc., os quais exigem atendimento a inúmeros requisitos e cuidados na sua fabricação, armazenamento, manuseio.

Portanto, incumbia a ela adotar todas as medidas de segurança necessárias a prevenir a ocorrência de qualquer dano aos consumidores e à população em geral.

A explosão ocorrida no estabelecimento comercial da requerida, evidentemente, constitui acidente de consumo, posto que ele era aberto ao público e ali se adquiria, manuseava e armazenava-se, para fins de consumo, grande quantidade de produtos explosivos.

(...)

O fato de a aludida empresa armazenar, comercializar e manter consigo produtos perigosos, omitindo a satisfação de exigências legais e regulamentares no que pertine à segurança causou danos, não somente àqueles que, no momento da explosão se encontravam no local adquirindo o produto, mas a todos aqueles que foram atingidos e se encontravam nas proximidades do estabelecimento comercial da empresa requerida.”

Feitas essas considerações, tenho que o acórdão combatido não está a merecer qualquer reparo, porquanto aplicou corretamente o direito à espécie, não causando qualquer ferimento a nenhum dos dispositivos legais mencionados pelo recorrente.

Ante o exposto, com as costumeiras ressalvas quanto à terminologia, não conheço do recurso.

É o voto.

VOTO

O Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro (Presidente): Srs. Ministros, diante do caso concreto, em que a discussão fundamental é acerca da legitimidade para a propositura de ação de improbidade derivada de ato que atingiu direitos individuais homogêneos, mas com repercussão social, acompanho o douto voto do Sr. Ministro-Relator, não conhecendo do recurso especial, uma vez que, em tais casos, temos admitido a legitimidade.

VOTO-VOGAL

O Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros: Sr. Presidente, acompanho, com louvores, o voto do Sr. Ministro Castro Filho, brilhante, cuidadoso, até porque vai ao encontro de uma tendência que é preciso que se consolide no Direito Processual, no sentido de minimizar-se o excessivo personalismo. O nosso Direito Processual é extremamente individualista, o que tem causado prejuízos enormes ao rendimento do próprio Poder Judiciário.

Não conheço do recurso especial.

RECURSO ESPECIAL N. 302.500 — MG (2001/0010629-3)

Relator: Ministro Castro Filho

Recorrente: Maria Beatriz Alves Pereira

Advogados: Maria da Conceição Cohen Martins e outro

Recorrida: Sasse — Companhia Nacional de Seguros Gerais

Advogados: Alberto Eustáquio Pinto Soares e outros

EMENTA

Seguro. Indenização por morte. Prestações mensais dos prêmios atrasadas. Suspensão da eficácia do contrato.

Em consonância com o que dispõe o artigo 12 do Decreto-Lei n. 73/1966, a seguradora não fica obrigada a pagar a indenização se, na data do óbito, o segurado estava em atraso quanto ao pagamento do prêmio, razão pela qual encontrava-se suspenso o contrato.

Recurso especial não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos, acordam os Srs. Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do recurso especial. Os Srs. Ministros Antônio de Pádua Ribeiro, Carlos Alberto Menezes Direito e Nancy Andrighi votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Ari Pargendler. Sustentou oralmente a Dra. Rita Alcione Soares Navarro, pelo recorrido.

Brasília (DF), 21 de outubro de 2003 (data do julgamento).

Ministro Castro Filho, Relator

Publicado no DJ de 09.12.2003

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Castro Filho: Noticiam os autos que Maria Beatriz Alves Pereira propôs ação de cobrança contra Sasse — Companhia Nacional de Seguros Gerais, alegando, em resumo, ser beneficiária de seguro de vida em grupo e acidentes

personais, em que figurou como estipulante a Associação do Pessoal da Caixa Econômica Federal e como seguradora a ré, com vigência a partir de 23.01.1997.

O contrato de seguro foi celebrado entre a requerida e o seu marido, Márcio Nogueira, funcionário aposentado da Caixa Econômica Federal, nos termos da Apólice de n. 970.10.000.889, sendo que, em 28.03.1998, este veio a óbito (doc. fl. 08), tornando-se a autora a única beneficiária do aludido seguro.

Ocorre que, ao encaminhar a documentação à seguradora objetivando receber o valor do seguro, teve o seu requerimento indeferido, à consideração de que as parcelas do seguro vencidas em 20.02.1998 e 20.03.1998 não haviam sido salda- das, quando da ocorrência do sinistro, razão pela qual encontrava-se suspenso o contrato.

O MM. juiz de primeiro grau, julgou procedente o pedido, para tornar sem efeito a cláusula 7.1-b das condições gerais da apólice, a qual previa a suspensão do contrato em caso de atraso no pagamento das parcelas, e condenou a ré ao pagamento de R\$ 43.095,68 (quarenta e três mil, noventa e cinco reais e sessenta e oito centavos), acrescidos de juros e correção monetária, computados desde a data do óbito, além de honorários advocatícios de 15% sobre o valor da causa.

A Segunda Câmara Cível do egrégio Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais, deu provimento ao apelo da empresa seguradora, e reformulou a sentença, em acórdão assim ementado:

“Apelação. Ação de cobrança. Seguro de vida. Pagamento de prêmio em atraso. Contrato suspenso. Liquidação indevida. Recurso provido.

1. No seguro de vida com pagamento mensal de prêmio, a falta de liqui- dação da prestação gera a suspensão do contrato.

2. Ocorrendo o sinistro durante a suspensão do contrato, não é devida a liquidação respectiva.

3. Apelação conhecida e provida.”

Opostos embargos de declaração pela autora, foram rejeitados.

Seguiu-se a interposição de recurso especial, com fundamento nas alíneas **a** e **c** do permissivo constitucional, alegando a demandante, preliminarmente, viola- ção ao artigo 535, I e II, do Código de Processo Civil, em razão de a Câmara Julgadora ter permanecido silente quanto à sua assertiva de pertencerem a segura- dora e o estabelecimento bancário ao mesmo grupo econômico. No mérito, argu- menta com infringência ao artigo 1.450 do Código Civil, o qual, afirma, lhe asse- gura o pagamento do prêmio em atraso, mediante purgação da mora, de modo que o recebimento das parcelas em atraso por parte da Caixa Econômica Federal, medi-

ante débito na conta do segurado, restabeleceu a eficácia do contrato, gerando para a seguradora a obrigação de indenizar os riscos cobertos. Por outro lado, aponta vulnerados os artigos 47 e 49 do Código de Defesa do Consumidor, os quais prescrevem que as cláusulas contratuais serão interpretadas favoravelmente ao consumidor.

Sem as contra-razões, admitido o recurso, na origem, ascenderam os autos a esta Corte, vindo-me conclusos.

É, em síntese, o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Castro Filho (Relator): Trata-se de recurso especial interposto contra acórdão do Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais que, em autos de ação de cobrança proposta pela ora recorrente, diante da recusa por parte da seguradora em efetuar o pagamento de indenização decorrente da morte de seu marido, julgou improcedente o pedido, à consideração de que, por ocasião do óbito, em 28.03.1998, se encontravam vencidas as parcelas referentes a 20.02.1998 e 20.03.1998, estando, portanto, suspensa a cobertura do seguro.

De início, cumpre observar que a controvérsia não foi dirimida no Tribunal **a quo** à luz das disposições dos artigos 47 e 49 do Código de Defesa do Consumidor, reputados violados, sem que a sua discussão fosse suscitada por ocasião da oposição dos embargos de declaração. Ressente-se o especial, nesse particular, do indispensável questionamento (Súmulas ns. 282 e 356/STF).

Por outro lado, não vislumbro presente a indigitada omissão do acórdão, pois, em que pese sucinta sua fundamentação, a questão de pertencerem a seguradora e o estabelecimento bancário a um mesmo grupo econômico foi enfrentada pela Câmara Estadual, que assinalou não ter esse fato qualquer relevância para o deslinde da causa.

No mérito, registro que a **quaestio juris** recebeu no aresto recorrido a seguinte solução:

“(…)

Examinando a prova, verifico que, com a inicial, a apelada juntou fotocópia da apólice (fl. 9/TA). Da mesma consta a cláusula denominada ‘atraso nas parcelas’ prevendo a suspensão da cobertura securitária em caso de atraso no pagamento do prêmio. O seguro fica suspenso até a quitação do débito. Também veio fotocópia de extrato de conta corrente bancária (fl. 11/TA) e no qual se pode observar que foram debitadas, no dia 20.04.1998, de uma só vez,

três parcelas relativas ao seguro embora o segurado tivesse falecido em 28.03.1998 (certidão de óbito de fl. 8/TA).

Acrescento que, nas alegações finais, a recorrida expressamente confessa (fl. 94/TA) que, na data do óbito, duas parcelas do prêmio não haviam sido quitadas em razão de insuficiência de saldo na conta corrente onde o débito era lançado. Este os fatos.

Em relação ao direito, sabe-se que o contrato de seguro de vida pode ser ajustado por prazo certo com o pagamento do prêmio de uma só vez ou parceladamente. Mas também, como no caso em exame, o ajuste pode ser por prazo indeterminado e enquanto o segurado continuar a efetuar o pagamento periódico do prêmio.

A apólice de fl. 9/TA prevê cobertura por um ano a partir de 23.01.1997, com renovação automática. Se houver atraso de pagamento de três parcelas consecutivas do prêmio, o contrato fica resolvido segundo cláusula específica. Entretanto, antes da resolução, o atraso na quitação de qualquer parcela importa na suspensão do contrato até que ocorra o adimplemento conforme penúltima cláusula (não numerada).”

Citou, ainda, o Relator, escólio doutrinário de **Pedro Alvim**, em sua obra, “O Contrato de Seguro”, Rio de Janeiro, 1999, Ed. Forense, 3ª ed., p. 291”, que, ao comentar o artigo 12 do Decreto-Lei n. 73, de 1966, assim se expressou:

“Infere-se desse preceito que a mora do segurado importa na suspensão automática dos efeitos do contrato, ficando o segurador proibido de pagar a indenização, caso venha a ocorrer o sinistro.”

E prosseguiu, finalizando:

“Portanto, são duas situações distintas: a rescisão e a suspensão do contrato. No primeiro caso, é necessário que três prestações sucessivas estejam em atraso. No segundo, basta o atraso de qualquer uma prestação para que o contrato pare de irradiar efeitos em decorrência da suspensão.

Desta forma, embora o contrato não estivesse resolvido quando ocorreu o sinistro, a verdade é que ele estava suspenso e a liquidação do sinistro não é mesmo devida, pois a própria recorrida confessou a existência da **mora solvendi**.

Anoto que, com a devida vênia do entendimento adotado pelo digno julgador monocrático, em momento algum falou-se em rompimento do vínculo contratual. Este somente ocorreria se tivesse acontecido a resolução. O vínculo restou mantido mas a eficácia é que foi suspensa. E o débito lançado a

posteriori (20.04.1998) em nada modifica o entendimento ora afirmado na medida que inexistente prova de comunicação ao estabelecimento bancário acerca de ter o segurado falecido quase um mês antes.

Desta forma, tendo o óbito do segurado ocorrido enquanto o contrato estava suspenso, insista-se, o pagamento da indenização não é devido.”

Sustenta a recorrente que, ao contrário do que restou assentado no Tribunal de origem, o recebimento das parcelas em atraso por parte da Caixa Econômica Federal, mediante débito na conta do segurado, restabeleceu a eficácia do contrato, gerando para a seguradora a obrigação de indenizar os riscos cobertos.

A meu sentir, não lhe assiste razão, pois que a solução alvitrada pelo acórdão recorrido se encontra em sintonia com a firme orientação jurisprudencial desta Corte a respeito do tema, sendo de se ressaltar a observação feita pela Ministra Nancy Andrighi, no julgamento do REsp n. 415.971/SP, DJ de 24.06.2002, de que foi Relatora, no sentido de que “O que não se tem admitido na jurisprudência pátria é o cancelamento automático da apólice de seguro, exigindo-se a iniciativa da seguradora para a sua rescisão. Permanece íntegro o parágrafo único do art. 12 do Decreto-Lei n. 73/1966 que preceitua que ‘Qualquer indenização decorrente do contrato de seguros dependerá de prova de pagamento do prêmio, antes da ocorrência do sinistro’.”

Confiram-se, ainda, nessa linha de entendimento, os seguintes julgados:

“Seguro. Causa da morte. Súmula n. 07 da Corte. Atraso no pagamento ocorrido no período em que ocorreu o evento. Decreto-Lei n. 73/1966, art. 12.

1. Não é possível na instância especial examinar a prova dos autos para extrair conclusão diversa sobre a natureza da morte do segurado.

2. *O art. 12 do Decreto-Lei n. 73/1966 desobriga a seguradora de pagar o seguro se em atraso o pagamento do prêmio na época do sinistro, ficando suspensa a cobertura no período, com o que não se pode enxergar violação à disciplina do Código de Defesa do Consumidor, ao abrigo o art. 51, IV.*

3. A estipulação legal, como acolhida pelo acórdão recorrido, não malhere a disciplina do Código de Defesa do Consumidor.

4. Recurso especial não conhecido.” (REsp n. 345.596/SP, DJ de 16.09.2002, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito)

“Ação de indenização. Seguro de automóvel. Prêmio. Prestação em atraso. Recusa da seguradora ao pagamento da indenização.

Dispositivo do Código Civil. Prequestionamento. Falta. DL n. 73/1966, artigos 12 e 13. Código Civil, artigo 1.450. Interpretação.

I - Não é devida a indenização decorrente de contrato de seguro durante o período de mora, no qual o seguro existe, mas não opera efeitos. A indenização só é devida se o pagamento do prêmio é efetuado antes da ocorrência do sinistro.

II - Recurso especial não conhecido.” (REsp n. 323.251/SP, DJ de 08.04.2002, Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro)

Assim, em conformidade com os precedentes retrotranscritos, não conheço do recurso, com a costumeira ressalva quanto à terminologia.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 334.748 — MG (2001/0090301-0)

Relator: Ministro Carlos Alberto Menezes Direito

Recorrente: Indústria Mineira de Moagem S/A

Advogados: Karley Corrêa da Silva, Rogério de Souza e Silva e outros

Recorrido: Banco do Brasil S/A

Advogados: Osmar Brina Corrêa Lima e outros

EMENTA

Falência. Nomeação de síndico.

1. Quando o acórdão recorrido, com clareza, resolve a questão fundamental da nomeação do síndico, já reconhecido como o maior credor em anterior julgado, não há fundamento para determinar a integração, não havendo prejuízo para apreciação do tema no especial.

2. Sendo o maior credor, como assentado pelo Tribunal de origem, não há irregularidade capaz de manchar a designação do recorrido para o cargo de síndico.

3. Recurso especial não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do recurso especial. Os Srs. Ministros Nancy Andrighi,

Castro Filho e Ari Pargendler votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito.

Brasília (DF), 04 de setembro de 2003 (data do julgamento).

Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, Relator

Publicado no DJ de 03.11.2003

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito: Indústria Mineira de Moagem S/A interpõe recurso especial, com fundamento na alínea **a** do permissivo constitucional, contra acórdão da Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, assim ementado:

“Falência — Síndico — Cargo tocante ao maior credor, mesmo que tenha implementado ação executiva já com o auto de arrematação aperfeiçoado antes da decretação da falência, embora estando na fase de liquidação — Arrecadação à massa falida das sobras remanescentes, depuradas pelo Juízo da Execução.

Buscando a falência solver créditos insatisfeitos e devendo o síndico ser escolhido dentre os maiores credores do falido, nos termos do art. 60 da Lei de Falência, legítima é a recusa do síndico nomeado nestas condições, a arrecadar à massa bem por ele penhorado e arrematado, em ato jurídico perfeito, com o auto já lavrado e assinado, nos termos do art. 694 do CPC, antes da decretação da falência, cabendo a arrecadação obrigatória somente das sobras remanescentes depuradas pelo Juízo da Execução, após a liquidação” (fl. 126).

Opostos embargos de declaração (fls. 134 a 148), foram rejeitados (fls. 152 a 156).

Sustenta a recorrente contrariedade ao artigo 535 do Código de Processo Civil, tendo em vista que não foram sanadas as omissões suscitadas nos embargos de declaração.

Argúi violação do artigo 460 do Código de Processo Civil, aduzindo ser **extra petita** a decisão proferida pelo Tribunal de origem.

Alega negativa de vigência dos artigos 60, 62, parágrafo único, 66 e 82 do Decreto-Lei n. 7.661/1945, haja vista que “os credores (e o caso não comporta exceção) são obrigados a apresentar sua declaração de crédito, a fim, justamente,

de se poder averiguar a sua origem, legitimidade, componentes, enfim, tudo que envolve sua própria existência” (fl. 171).

Afirma a impossibilidade do recorrido permanecer na condição de síndico da massa falida pela demonstrada incompatibilidade de interesses.

Contra-arrazoado (fls. 188 a 196), o recurso especial (fls. 159 a 181) foi admitido (fls. 213 a 216).

Opina a ilustrada Suprocuradora-Geral da República, Dra. Armanda Soares Figueirêdo, pelo não-conhecimento do recurso (fls. 226 a 231).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito: Em processo falimentar, o banco recorrido interpôs agravo de instrumento alegando que pleiteou o exercício do cargo de síndico demonstrando ser o maior credor e que o síndico nomeado não era pessoa idônea, o que foi indeferido; que antes mesmo do julgamento do agravo, o Juiz destituiu o antigo síndico e nomeou outro, provocando novo agravo do banco, que foi provido; que apesar disso o Juiz destituiu o banco ao fundamento de potencial conflito de interesses.

O Tribunal de Justiça de Minas Gerais proveu o agravo “suspendendo-se o despacho que destituiu o agravante como síndico e reintegrá-lo no cargo, tendo em vista o provimento dado ao Agravo de Instrumento anterior de n. 158.076 — 6.00, em julgamento realizado dia 21.03.2000, suspendendo o despacho que determinou a arrecadação determinada do bem, considerada ilegal” (fl. 127), reproduzindo a respectiva ementa. Destacou, ainda, as razões alinhavadas naquele julgado sobre “ser preocupante e estranhável a destituição do Banco do Brasil S/A como síndico, transferindo-se o encargo de cuidar, manter e fiscalizar o bem arrematado — Parque Industrial — pelo Banco do Brasil S/A, por isso de sua exclusiva propriedade, enquanto não se apurar possível sobra de seu valor venal, após cobrirem-se os créditos executados perante a 3ª Vara Cível, ou remetíveis a ela para a liquidação” (fl. 129).

Não visualizo a alegada violação do art. 535 do Código de Processo Civil. Embora a longa petição dos declaratórios tenha procurado apontar manchas no acórdão recorrido, o certo é que a matéria examinada diz, apenas, com a destituição do Banco do Brasil do cargo de síndico, debaixo da alegada existência de conflito de interesses, após ter anterior julgado do Tribunal local entendido que deveria prevalecer a nomeação do recorrido. Ora, qualquer outro tema, a meu sentir, está fora do âmbito do agravo e da decisão atacada, que se limitou a destituir o banco agravante do cargo.

A alegação de que teria havido julgamento **extra petita**, com todo respeito, é delirante, porque o acórdão recorrido decidiu com fundamentação apropriada a questão da nomeação do banco recorrido para o cargo de síndico, não sendo de todo despropositado repetir fundamentação do acórdão anterior, que reconheceu tal solução como a mais correta. O que o acórdão dispôs foi, exatamente, a recondução do banco recorrido ao cargo de síndico da falência. Não existe, portanto, a mínima abertura para que se reconheça a existência de violação do art. 460 do Código de Processo Civil.

A outra impugnação do especial é em torno dos artigos 60, 62, parágrafo único, 66 e 82 da Lei de Falências. No entanto, aí está o recurso repousando na fundamentação do Juiz sobre não ter o banco cumprido com seus deveres de pretensão maior credor. Ora, essa questão foi posta pelo acórdão recorrido de outra forma, qual seja, a de que não haveria razão para a destituição, já reconhecida a condição do banco de maior credor. Parece mesmo apropriada a manifestação do Tribunal de origem sobre a destituição do Banco do Brasil, já manifestada no anterior julgado. É interessante mesmo notar a resistência do primeiro grau contra o fato de ser o banco nomeado síndico da massa falida. Vale anotar precedente desta Corte, Relator o Senhor Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, que assentou, nos termos do art. 60 da Lei de Falências, que o “síndico será escolhido entre os maiores credores do falido, residentes e domiciliados no foro da falência, de reconhecida idoneidade moral e financeira” (REsp n. 127.609/RS, DJ de 12.08.2002)

Com essas razões, na mesma linha do parecer da ilustre Subprocuradora-Geral da República, Dra. Armanda Soares Figueirêdo, eu não conheço do especial.

RECURSO ESPECIAL N. 351.932 — SP (2001/0114425-0)

Relatora: Ministra Nancy Andrighi

Realtor p/ o acórdão: Ministro Castro Filho

Recorrentes: Wanderlei de Laurentiz e outro

Advogados: James de Paula Toledo e outros

Recorrida: Marka Automotores Ltda

Advogados: Antonio Cesar de Souza e outros

EMENTA

Execução — Bem nomeado à penhora pelo próprio devedor — Renúncia — Impenhorabilidade — Artigo 649 do CPC.

I - Os bens inalienáveis são absolutamente impenhoráveis e não podem ser nomeados à penhora pelo devedor, pelo fato de se encontrarem fora do comércio e, portanto, serem indisponíveis.

Nas demais hipóteses do artigo 649 do Código de Processo Civil, o devedor perde o benefício se nomeou o bem à penhora ou deixou de alegar a impenhorabilidade na primeira oportunidade que teve para falar nos autos, ou nos embargos à execução, em razão do poder de dispor de seu patrimônio.

II - A exegese, todavia, não se aplica ao caso de penhora de bem de família (artigo 70 do Código Civil anterior e 1.715 do atual, e Lei n. 8.009/1990), pois, na hipótese, a proteção legal não tem por alvo o devedor, mas a entidade familiar, que goza de amparo especial da Carta Magna.

III - Tratando-se de questão controvertida, a interposição dos recursos cabíveis por parte dos executados, com o objetivo de fazer prevalecer a tese que melhor atende aos seus interesses, não constitui ato atentatório à dignidade da justiça. Inaplicável, portanto, a multa imposta pelo acórdão recorrido com base no artigo 600 do Código de Processo Civil.

Recurso especial parcialmente provido, apenas para excluir a multa imposta aos recorrentes.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos, acordam os Srs. Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, prosseguindo o julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, a Turma, por maioria, vencidos a Sra. Ministra-Relatora e o Sr. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, conhecer em parte do recurso especial e, nessa parte, dar-lhe provimento apenas para excluir a multa imposta aos recorrentes, nos termos do voto do Sr. Ministro Castro Filho. Lavrará o acórdão o Sr. Ministro Castro Filho. Votaram vencidos os Srs. Ministros Nancy Andrichi e Carlos Alberto Menezes Direito. Votaram com o Sr. Ministro Castro Filho os Srs. Ministros Antônio de Pádua Ribeiro e Ari Pargendler. Ausente, justificadamente, nessa assentada, a Sra. Ministra Nancy Andrichi.

Brasília (DF), 14 de outubro de 2003 (data do julgamento).

Ministro Castro Filho, Relator

RELATÓRIO

Cuida-se do recurso especial interposto por Wanderlei de Laurentiz e outro contra acórdão exarado pelo Primeiro Tribunal de Alçada Civil de São Paulo.

Marka Automóveis Ltda, ora recorrida, propôs ação de execução em face dos recorrentes, lastreando-a em nota promissória cujo valor atualizado é de R\$ 18.127,32.

Devidamente citados, os recorrentes ofereceram à penhora um trator, marca Massey Ferguson, modelo 292 4x4, ano de fabricação 1992, avaliado em R\$ 20.000,00.

Posteriormente, compareceram aos autos requerendo o cancelamento da penhora realizada, sob o argumento de que o bem sob constrição patrimonial seria indispensável ao seu exercício profissional.

O Juízo de primeiro grau indeferiu o pedido, sob o fundamento de que o bem havia sido oferecido pelos próprios devedores, fato que implicaria em renúncia ao direito concedido pela lei, no art. 649 do CPC.

Inconformados, os recorrentes interpuseram agravo de instrumento contra o despacho com conteúdo decisório proferido. O acórdão restou assim ementado:

“Penhora — Bem imóvel necessário ou útil ao exercício da profissão do devedor — Nomeação à penhora pelo devedor — Possibilidade — Admissibilidade da renúncia à benesse legal — Retratação posterior inadmissível — Alegação de impenhorabilidade rejeitada — Contexto denotativo de reserva mental — Tentativa dolosa de defraudar a execução — Apenação por conduta atentatória à dignidade da Justiça — Recurso desprovido.”

Irresignados, os recorrentes interpuseram recurso especial, com fulcro no art. 105, inciso III, alínea **a** da Constituição Federal, sob a alegação de ofensa aos arts. 620 e 649, VI, do CPC.

Sustentam, em síntese, que o bem objeto de constrição patrimonial é absolutamente impenhorável por expressa disposição legal, pois afigura-se necessário ao exercício profissional de suas atividades. Alegam que o benefício de competência, aplicável de ofício, constitui proteção irrenunciável da parte.

É o relatório.

VOTO

A questão posta a debate pelos recorrentes consiste em aferir se lhes é possível pugnar pela nulidade da penhora realizada, sob o argumento de que o bem sob

construção patrimonial é absolutamente impenhorável. Questiona-se a renúncia ao direito de não se ter o bem penhorado pelo fato de esse ter sido nomeado à penhora pelos próprios recorrentes.

Um dos princípios inerentes ao processo de execução é o da menor onerosidade para o devedor. O preceito legal insculpido no art. 620 do CPC indica que “quando por vários meios o credor puder promover a execução, o juiz mandará que se faça pelo modo menos gravoso para o devedor”.

Esse princípio também pode ser extraído da interpretação de outros dispositivos legais que garantam ao devedor que o processo de execução ocorrerá de modo menos prejudicial a ele.

É possível se detectar a fumaça desse princípio no art. 649 do CPC, que elenca os bens do devedor absolutamente impenhoráveis. O inciso VI desse artigo assim preceitua:

“Art. 649. São absolutamente impenhoráveis:

(...)

VI - os livros, as máquinas, os utensílios e os instrumentos, necessários ou úteis ao exercício de qualquer profissão;”

Tendo o CPC afirmado que esses bens são absolutamente impenhoráveis, é de se considerar como inquinado de nulidade absoluta o ato de penhora que recai sobre bem que se enquadra nessa categoria.

Assim, por tratar-se de nulidade absoluta, prevalece o interesse de ordem pública, de modo que a alegação de nulidade pode ser feita a qualquer tempo, devendo, inclusive, ser apreciada de ofício. Não se sujeita, portanto, à preclusão, salvo nos casos de coisa julgada.

Outrossim, por tratar-se de questão de ordem pública, o fato de o devedor ter apontado o bem à penhora não importa em renúncia ao direito concedido pela lei. Não age de má-fé, a princípio, o devedor que assim procede e, posteriormente, comparece aos autos alegando a impenhorabilidade de bem que outrora nomeou à penhora.

Há de se considerar também que só são admissíveis embargos do devedor após seguro o juízo da execução, nos termos do art. 737 do CPC. Na hipótese de o devedor possuir apenas um bem, tido pela lei como impenhorável, teria ele que escolher entre defender-se da ação de execução que lhe está sendo proposta, nomeando-o à penhora, e supostamente renunciando ao direito que a lei lhe garante, ou não embargar a ação de execução e optar pelo exercício desse direito.

Assim sendo, admitir-se a renúncia do direito à impenhorabilidade, nesse caso, importaria, em última análise, em cerceamento de defesa do devedor, e também em desobediência ao art. 620 do CPC, pois estar-se-á permitindo que a ação de execução se processe de modo mais gravoso para ele.

A despeito desse fato, não se pode negar, por outro lado, que o devedor, em princípio, deva responder pelo retardamento da sua manifestação, aplicando-se por analogia os arts. 598 e 22 do CPC, conforme ressaltou o eminente Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira quando do julgamento do Recurso Especial n. 262.654, por ele relatado, publicado no DJ em 20.11.2000.

Corroborando os argumentos acima alinhavados, cite-se outro precedente jurisprudencial onde a questão restou decidida da mesma forma:

“Processual Civil. Penhora. Bem absolutamente impenhorável. Art. 649-VI, CPC. Nulidade absoluta. Preclusão. Ausência. Renúncia do devedor. Impossibilidade. Precedente da Turma. Recurso desacolhido.

I - Em se tratando de nulidade absoluta, a exemplo do que se dá com os bens absolutamente impenhoráveis (CPC, art. 649), prevalece o interesse de ordem pública, podendo ser ela argüida em qualquer fase ou momento, devendo inclusive ser apreciada de ofício.

II - O executado pode alegar a impenhorabilidade de bem constricto em embargos à arrematação e mesmo que não tenha ele suscitado o tema em outra oportunidade, inclusive em sede de embargos do devedor, pois tal omissão não significa renúncia a qualquer direito, ressalvada a possibilidade de condenação do devedor nas despesas pelo retardamento injustificado, sem prejuízo de eventual acréscimo na verba honorária, a final.”

(Recurso Especial n. 192.133, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ de 21.06.1999)

Por fim, observe-se também questão análoga relativa ao oferecimento à penhora de bem de família protegido pela Lei n. 8.009/1990, já apreciada por esta Casa de Justiça. Nesses casos, adotou-se posicionamento jurisprudencial semelhante ao do julgado acima. Confirmam-se os precedentes:

“Execução. Bem de família. Lei n. 8.009/1990. Indicação de bens à penhora. Má-fé. Multa. Art. 17 do CPC.

— O fato de o executado indicar bens à penhora não o impede de vir embargar a execução e alegar a sua impenhorabilidade, pois aquela indicação não significa renúncia a qualquer direito.

— Não merece a multa do art. 17 a parte que assim procede, inexistindo outros bens conhecidos que poderiam ter sido indicados preferentemente.

— Inaplicação, no caso, da Lei n. 8.009/1990.

Recurso conhecido em parte e, nessa parte, provido para excluir a multa.”

(Recurso Especial n. 178.317, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJ de 1ª.12.1999)

“Execução. Bem de família. Nomeação à penhora. Indicação, na petição de interposição do agravo de instrumento, do nome e endereço dos advogados. Incidente manifestamente infundado. Multa.

— Havendo a petição de interposição do agravo cumprido às inteiras a regra do art. 524, III, do CPC, indicando os nomes e endereços dos advogados das partes, considera-se manifestamente infundado o incidente provocado pelos devedores em sede de embargos declaratórios. Prevalência da multa imposta.

— O fato de o devedor haver nomeado bens à penhora não o impede de vir alegar posteriormente a sua impenhorabilidade nos termos da Lei n. 8.009, de 29.03.1990.

Recurso especial conhecido, em parte, e provido para tornar insubsistente a penhora.”

(Recurso Especial n. 172.056, Rel. Min. Barros Monteiro, DJ de 04.06.2001)

“Bem de família. Impenhorabilidade.

As exceções à impenhorabilidade são as expressamente previstas em lei. Ineficaz a renúncia a favor em documento particular de confissão de dívida.”

(Recurso Especial n. 205.040, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, DJ de 13.09.1999)

Na medida em que o bem de propriedade dos recorrentes sob constrição patrimonial é indispensável ao exercício de suas atividades profissionais, não se justifica que o ato construtivo subsista, pois esse encontra-se inquinado de nulidade absoluta.

Ademais, não se justifica a imposição de multa aos recorrentes por terem atentado contra a dignidade da Justiça. Na verdade, apenas estão exercendo um direito que o CPC lhes garante.

Forte em tais razões, *dou provimento* ao presente recurso especial para declarar a nulidade da penhora realizada sob o bem de propriedade dos recorrentes, por ser esse indispensável ao exercício de sua atividade profissional. Afasto também a aplicação da multa de 10% sobre o valor da execução por não se tratar de hipótese de atentado à dignidade da Justiça, mas sim de exercício regular de um direito.

VOTO PREVALECENTE

O Sr. Ministro Castro Filho: Nos autos da execução por título executivo extrajudicial proposta por Marka Automotores Ltda, os executados Wanderley de Laurentiz e outro requereram ao juiz o cancelamento da penhora de um trator marca Massey Ferguson, com fundamento no artigo 649, inciso VI, do Código de Processo Civil.

O juiz de direito indeferiu o pedido, asseverando que, tendo o bem sido oferecido à penhora pelos próprios executados, o fato implicaria renúncia ao direito concedido pelo referido artigo.

Interposto agravo de instrumento, a Sétima Câmara do Primeiro Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo, por unanimidade, negou provimento ao recurso.

Inconformados, os vencidos interpuseram este recurso especial, por ofensa aos artigos 620 e 649, VI, do Código de Processo Civil.

Questiona-se, primordialmente, a possibilidade de renúncia à impenhorabilidade absoluta ditada pelo citado artigo da lei processual.

A ilustre Relatora, Ministra Nancy Andrighi, deu provimento ao recurso especial, “para declarar a nulidade da penhora realizada sob o bem de propriedade dos recorrentes, por ser esse indispensável ao exercício de sua atividade profissional.” Foi igualmente afastada a aplicação da multa de 10% sobre o valor da execução, imposta pelo acórdão recorrido com espeque no artigo 600 do Código de Processo Civil.

Em seu voto consignou, em síntese, que, sendo absoluta a nulidade da penhora realizada em desacordo com o referido artigo da lei processual, sua argüição pelo executado pode ser feita a qualquer tempo, devendo, inclusive, ser apreciada **ex officio** pelo juiz, não estando sujeita à preclusão, salvo nos casos de coisa julgada.

Acrescentou que “por tratar-se de questão de ordem pública, o fato de o devedor ter apontado o bem à penhora não importa em renúncia ao direito concedido pela lei. Não age de má-fé, a princípio, o devedor que assim procede e, posteriormente, comparece aos autos alegando a impenhorabilidade de bem que outrora nomeou à penhora.”

Disse, ainda, **verbis**:

“Há que se considerar também que só são admissíveis embargos do devedor após seguro o juízo da execução, nos termos do art. 737 do CPC. Na hipótese de o devedor possuir apenas um bem, tido pela lei como impenhorável, teria ele que escolher entre defender-se da ação de execução que lhe está

sendo proposta, nomeando-o à penhora, e supostamente renunciando ao direito que a lei lhe garante, ou não embargar a ação de execução e optar pelo exercício desse direito.

Assim sendo, admitir-se a renúncia do direito à impenhorabilidade, nesse caso, importaria, em última análise, em cerceamento de defesa do devedor, e também em desobediência ao art. 620 do CPC, pois estar-se-á permitindo que a ação de execução se processe de modo mais gravoso para ele.”

(...)

“Na medida em que o bem de propriedade dos recorrentes sob constrição patrimonial é indispensável ao exercício de suas atividades profissionais, não se justifica que o ato construtivo subsista, pois esse encontra-se inquinado de nulidade absoluta.”

Na mesma linha de entendimento foram citados precedentes da Quarta Turma desta Corte — REsp ns. 262.654/RS e 193.133/MS, ambos relatados pelo Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira; REsp n. 178.317/SP, Relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar, e REsp n. 172.056/MG, Relator Ministro Barros Monteiro. Desta Terceira Turma foi citado o REsp n. 205.040/SP, Relator Ministro Eduardo Ribeiro.

Com efeito, a Quarta Turma desta Corte entende que, em se tratando de nulidade absoluta, prevalece o interesse de ordem pública, podendo a impenhorabilidade do bem ser argüida em qualquer fase ou momento do processo executivo, não se configurando renúncia ao benefício o fato de o credor indicar o bem à penhora.

O precedente da Terceira Turma tratou de hipótese em que se discutia a impenhorabilidade de bem imóvel amparado pela Lei n. 8.009/1990. Na oportunidade, vencido o Ministro Nilson Naves, anotou o Ministro-Relator que a legislação visa proteger os membros da entidade familiar que utilizam o imóvel como residência e não o devedor. Por isso, o oferecimento do bem de família como garantia em confissão de dívida, não teria o condão de afastar a impenhorabilidade.

Merece menção, também, no mesmo sentido, outro precedente desta Turma, relatado pelo Ministro Ari Pargendler, igualmente concernente à Lei n. 8.009/1990, no qual restou afirmado que a impenhorabilidade prevista nessa legislação poderia ser alegada a qualquer tempo por meio de simples petição, ainda que o devedor tivesse articulado embargos. Eis a ementa redigida para o acórdão:

“Processo Civil. Embargos do devedor. Impenhorabilidade superveniente decorrente de lei. Se o devedor articulou embargos próprios, e foi malsucedido, esgotada está a sua defesa quanto ao título executivo; pode, no entanto, a qualquer tempo, e por meio de simples petição, alegar a impenhorabilidade

prevista na Lei n. 8.009, de 1990. Recurso especial conhecido e provido para afastar o fundamento infraconstitucional do julgado.” (DJ de 20.09.1999).

Os artigos 649 e 650 do Código de Processo Civil, bem como dispositivos de outras legislações esparsas, da qual é exemplo a Lei n. 8.009/1990, tratam da inexpropriabilidade de certos bens, que são exceções à regra da responsabilidade patrimonial do devedor, inserta no artigo 591 do Código Instrumental.

Por razões de ordem política e social, o legislador excluiu da responsabilidade patrimonial alguns bens específicos, buscando garantir um patrimônio mínimo ao executado, indispensável a uma existência digna (**Cândido Rangel Dinamarco**, “Execução Civil”, 8ª ed., Malheiros Editores, 2002, São Paulo, p. 313). Dessa forma, fica garantido, também, o princípio segundo o qual a execução deve fazer-se do modo menos gravoso para o devedor.

Pontes de Miranda e Humberto Theodoro Júnior, entre outros, sustentam que, por se tratar de norma de ordem pública, a penhora de bem absolutamente impenhorável gera nulidade absoluta, podendo ser alegada em qualquer fase do processo executivo, ainda que por simples petição.

Assim, o **beneficium competentiae** disciplinado pelo artigo 649 do Código de Processo Civil baliza a exercitabilidade da execução, porque limita, em seus incisos, a regra segundo a qual todos os direitos, pretensões e ações pertencentes ao devedor que tenham valor patrimonial, são atingíveis pela execução forçada, devendo essa limitação ser respeitada pelas partes e pelo juiz.

Não obstante judiciosos tais fundamentos, ao meu sentir, considerando que a impenhorabilidade não significa inalienabilidade, e isso não se discute, a indicação, pelo próprio devedor, de bens considerados impenhoráveis pelo artigo 649 do Código de Processo Civil, em regra, induz renúncia ao benefício legal.

É claro que ao juiz cabe verificar se o bem se encontra entre aqueles que podem garantir a execução. Deve, de ofício, indeferir a nomeação feita pelo credor ou procedida pelo meirinho em bem, consoante a lei, absolutamente impenhorável. Cabe ao juiz zelar pela eficiência e efetividade do processo, evitando diligências inúteis e retardatárias.

Parece fora de dúvida que todos os bens elencados no artigo 649 do Cód. Pr. Civil são, deveras, impenhoráveis, mas, se a prática do ato ocorrer por indicação do credor ou se der por iniciativa do oficial de justiça. E mesmo assim, será ato simplesmente anulável, não, ato nulo. É dizer, mesmo que a indicação não parta do próprio devedor, não se tratando de bem inalienável, o ato será válido, se não impugnado na forma legal.

A impenhorabilidade das máquinas ou utensílios e instrumentos necessários ou úteis ao exercício da profissão decorre do dever que cabe ao Estado de assegurar condições mínimas de trabalho aos cidadãos. Mas, se o bem é de livre disposição, ou seja, se o devedor pode dar-lhe a destinação que melhor convém aos seus interesses, incluindo aliená-lo para pagamento de dívidas, incremento de negócios ou garantia de empréstimos, por exemplo, nada justifica que não possa nomeá-lo à penhora. Se assim procede, estará renunciando ao direito que a lei lhe concedeu, ao excluí-lo do rol daqueles suscetíveis de responderem ao processo executivo. Ou, no caso em apreciação, se o bem foi indicado, é de se presumir que assim procedeu o devedor por não ser ele, consoante a exigência legal, necessário ou útil às suas atividades.

Por outro lado, conquanto seja dever do executado proceder à nomeação de bens passíveis de constrição judicial, este não está obrigado a nomear bem que não seja penhorável, para embargar a execução. A falta de bens penhoráveis capazes de satisfazer a obrigação perante o credor pode levar ao insucesso do processo executivo, mas não tem o condão de impor ao executado a indicação de bem absolutamente impenhorável, no exclusivo interesse do exequente.

Merece, a propósito, citação a doutrina de **João Roberto Parizatto**:

“Tornando-se inerte o executado à convocação feita pela Justiça, mercê do mandado de citação, deixando de pagar o débito ou deixando de fazer nomeação válida, caberá ao oficial de justiça, nos termos do art. 659 do Código de Processo Civil, evidentemente, depois de transcorrido o prazo de vinte (24) horas (CPC, art. 652), efetuar a respectiva penhora em bens do executado, onde quer que os mesmos se encontrem, desde que suficientes à garantia da execução e acessórios, onde compreender-se-á o principal, juros de mora, atualização monetária, custas processuais e honorários advocatícios que tiverem sido fixados pelo juiz no despacho inicial.

O oficial de justiça ao proceder à penhora não está obrigado a observar a gradação legal prevista no art. 655 do Código de Processo Civil (RJTARS 39/397 e Jurisprudência Catarinense 28/185), podendo conseqüentemente penhorar os bens que encontrar e julgar suficientes, embora deva o mesmo proceder à penhora dos bens do devedor da forma menos gravosa para o executado, procurando fazê-la em bens livres e desembaraçados de ônus, mais fáceis de serem transformados em dinheiro. Em vista do que estabelece o § 2º do art. 659 do Código de Processo Civil, não se levará a efeito a penhora, quando evidente que o produto da execução dos bens será totalmente absorvido pelo pagamento das custas da execução.

Constatando o oficial de justiça que a execução é inútil aos direitos do credor, pela insuficiência e insignificância dos bens a serem penhorados, caberá ao mesmo devolver tal mandado ao juiz da execução, com certidão detalhada sobre tal circunstância, cuja providência também será tomada quando o oficial de justiça constatar a inexistência de bens suscetíveis de penhora (CPC, art. 659, § 3º), para que o Juiz, sendo o caso, decrete a suspensão da execução (CPC, art. 791, III). Ainda que se trate de bens impenhoráveis (Lei n. 8.009/1990), deve o oficial de justiça lavrar certidão acerca dos bens encontrados (Ac. Terceira Turma do STJ, no REsp n. 163.303/PA, Rel. Min. Waldemar Zveiter, j. 12.05.1998, DJ de 20.06.1998, p. 178).” (“Da penhora e impenhorabilidade”, Edipa, 2002, 3ª ed., pp. 227/229).

Efetuada a penhora em bem, na dicção do Código de Processo Civil, absolutamente impenhorável, o executado pode requerer sua desconstituição por meio de simples petição ou mesmo nos embargos, sendo lícito ao juiz, de igual modo, indeferir a constrição.

Se o executado, no entanto, nomeia bem que possa ser considerado impenhorável ou, ainda, deixa de alegar a nulidade na primeira oportunidade para falar nos autos ou não embarga por defeito de penhora, preclui o seu direito de suscitar a questão, porque, ressalvada a hipótese de inalienabilidade, quase todas as demais causas de impenhorabilidade do mencionado dispositivo (CPC, art. 649) só geram nulidade relativa.

Anota, inclusive, o supracitado autor:

“Acórdão inserto na RT 702/169, entendeu ser caso de litigância de má-fé (CPC, arts. 16 e 18), a indicação pelo próprio devedor de bens impenhoráveis. A nosso ver poderá ocorrer a incidência de tais dispositivos processuais desde que o devedor que tenha oferecido bens à penhora contra ela venha se insurgir oportunamente. Sabe-se, contudo, que o devedor pode indicar à penhora bens tidos como impenhoráveis, renunciando ao privilégio legal. (JTA-ERGS 83/180).” (ob. cit., p. 183).

Nesse sentido, aliás, é a lição de **Araken de Assis**:

“Maior relevo há, talvez, na ampla disposição do obrigado quanto aos bens impenhoráveis, alterando, unilateralmente, sua condição jurídica.

Qualquer bem impenhorável, mas disponível pelo devedor — excluem-se, por óbvio, todos os bens de que o obrigado não dispõe, ou seja, os bens inalienáveis —, poderá ser afetado à execução por livre nomeação deste (art. 655), levantada a proteção legal à pretensão executiva. Consoante **Pontes de Miranda**, sempre que o devedor puder mudar, a seu talante, a qualidade do

bem, é possível anuir ao ato de nomeação, que é como se fosse execução voluntária (sem o ser, porque se trata de ato processual de início de execução forçada).

Exemplo de aplicação deste princípio, através de negócio jurídico, reside no devedor empenhar máquinas úteis e necessárias ao exercício de sua profissão (art. 649, VI), que, por tal motivo, se tornam penhoráveis, conforme proclamou a Terceira Turma do STJ.

Na demanda executória, a disponibilidade se manifesta de várias maneiras: além de alienar o bem impenhorável, para remir a execução (art. 651), o executado poderá nomeá-lo (art. 652), seja qual for o móvel deste ato aparentemente desastroso, o que constitui, igualmente, modo de dispor da impenhorabilidade.”

(...)

“Na disciplina das invalidades, penhora que recai sobre bem impenhorável infringe regra imperativa, tutelando interesse particular do obrigado. Portanto, se cuida de nulidade relativa, que compete ao devedor alegar, na primeira oportunidade (art. 245, **caput**), sob pena de preclusão, consoante assentou a Terceira Turma do STJ. Com maiores razões, há preclusão se houver decisão, na própria execução, e, ventilada a questão em embargos, a penhorabilidade do bem se tornará indiscutível pela eficácia de coisa julgada.” (“Comentários ao Código de Processo Civil”, v. 9, “Do processo de execução”, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 61).

Concluindo, entendo que: a) são absolutamente impenhoráveis os bens inalienáveis, que sequer podem ser nomeados à penhora pelo devedor, pelo fato de se encontrarem fora do comércio e, portanto, estarem indisponíveis, b) nas demais hipóteses do artigo 649 do Código de Processo Civil, o devedor perde o benefício, se nomeou o bem à penhora, em razão da possibilidade de dispor de seu patrimônio, ou se deixou de alegar a questão na primeira oportunidade que teve de falar nos autos ou nos embargos à execução.

Essa exegese, contudo, é de se enfatizar, não se aplica ao caso de penhora de bem de família (artigo 70 do Código Civil anterior e 1.715 do atual, e Lei n. 8.009/1990). No bem de família, a proteção não tem por alvo o devedor, mas, a própria entidade familiar, que goza de especial proteção da Constituição da República. Ali, a intenção do legislador, deveras, por razões sociais e políticas, foi preservar a entidade familiar, como bem anotou o Ministro Eduardo Ribeiro, no precedente acima citado. A finalidade dessa lei, portanto, transcende a simples proteção ao devedor, tornando o imóvel residencial bem impenhorável, para o resguardo de

todos os membros que compõem a família, dando-lhes uma condição mínima de conforto e dignidade. Assim, conquanto seja bem disponível e, por conseguinte, alienável, é impenhorável, e a constrição realizada em imóvel protegido pela citada lei é nula de pleno direito, merecendo ser prestigiada a jurisprudência desta Corte, nessa hipótese.

No mesmo sentido, **João Roberto Parizatto** afirma:

“É de se ressaltar que os oficiais de justiça estão, nos dias de hoje, bastante preparados para não proceder à penhora de bens impenhoráveis, facilitando, pois, o trabalho do Judiciário e evitando delongas sobre a penhora realizada sem interesse ou proveito ao credor. O devedor, sempre que for utilizar-se da regra prevista no art. 655, não deverá oferecer à penhora bens sob o abrigo da Lei n. 8.009/1990, lembrando-se que as normas de tal lei são irrenunciáveis, *o que não ocorre nos moldes do Processo Civil, pois que o devedor oferecendo à penhora bens impenhoráveis (art. 649), terá renunciado a tal regra.* O STJ, no caso de bem afeto à impenhorabilidade prevista na Lei n. 8.009/1990, entendeu que: ‘O fato de o devedor haver nomeado bens à penhora não o impede de vir alegar posteriormente a sua impenhorabilidade nos termos da Lei n. 8.009, de 29.03.1990’. (Ac. Quarta Turma do STJ, no REsp n. 172.058/MG, Rel. Min. Barros Monteiro, j. 13.03.2001, DJ de 04.06.2001, p. 155).” (Ob. cit., p. 171).

Ante o exposto, pedindo vênia à ilustre Relatora, meu voto é pelo provimento parcial do recurso especial, apenas para excluir a multa imposta aos recorrentes pelo acórdão **a quo**, com base no artigo 600 do Código de Processo Civil, admitindo válida a penhora do trator, bem oferecido livremente pelo devedor.

É como voto.

VOTO-VENCIDO

O Sr. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito: Senhor Presidente, acompanho o voto da Senhora Ministra-Relatora, conhecendo do recurso e dando-lhe provimento.

EMENTA

Direito Processual Civil. Ação de execução. Penhora. Bem útil ao exercício da profissão. Indicação feita pelos próprios devedores.

I - Podendo os devedores alienar o bem — não se tratando da hipótese de que cuida o CPC, art. 649, inciso I — podem também indicá-lo à penhora, não sendo o caso de se declarar a nulidade desta se, posteriormente, os executados alegam que o bem era necessário ou útil ao exercício de sua profissão.

II – Recurso especial conhecido em parte e, nessa extensão, provido para que se afaste a multa aplicada no acórdão recorrido.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro: Trata-se de recurso especial fundado na alínea **a** do permissivo constitucional.

Consta dos autos que, em ação de execução lastreada em título extrajudicial promovida pelo recorrido, os recorrentes interpuseram agravo de instrumento contra decisão que indeferiu seu pedido de cancelamento da penhora do bem que defendiam ser impenhorável.

O Tribunal **a quo** negou provimento ao agravo, mediante acórdão que foi assim ementado:

“Penhora — Bem móvel necessário ou útil ao exercício da profissão do devedor — Nomeação à penhora pelo devedor — Possibilidade — Admissibilidade da renúncia à benesse legal — Retratação posterior inadmissível — Alegação de impenhorabilidade rejeitada — Contexto denotativo de reserva mental — Tentativa dolosa de defraudar a execução — Apenação por conduta atentatória à dignidade da justiça — Recurso desprovido” (fl. 76).

Asseverou o julgador que a lei não visa proteger aquele que “só se lembra de alegar a impenhorabilidade do bem à undécima hora, às portas do segundo leilão, sem nenhum outro oferecer em substituição”. Entendeu, ainda, que, “admitir possível ao devedor assim obrar, significaria acolher-lhe a reserva mental” (fl. 77).

Em virtude de ter sido considerada maliciosa a conduta dos recorrentes, que agiram com reserva mental ao indicar bem de uso profissional à penhora, o Tribunal de origem aplicou-lhes a multa do art. 601 do Código de Processo Civil.

No recurso especial, aponta-se negativa de vigência dos arts. 601, 620 e 649, VI, do CPC. Os recorrentes alegam que são produtores rurais e não conseguirão trabalhar sem o bem penhorado, qual seja, um trator. Argumentam que, de acordo com aquele último dispositivo citado, os bens necessários e úteis ao exercício de qualquer profissão não só são impenhoráveis, como também são absolutamente impenhoráveis.

Dizem, também, que só ofereceram o trator à penhora para que pudessem embargar a execução e se defenderem. Ainda que sua pretensão não seja acolhida, entendem que a imposição de multa é injusta. Por isso sustentam ter sido ofendida a regra do art. 601 do CPC, porquanto seus atos não se mostraram atentatórios à dignidade da justiça.

Em sua resposta ao recurso especial, o recorrido afirma que os recorrentes objetivam apenas procrastinar o feito. Eles mesmos nomearam o bem à penhora e ofereceram embargos que, afinal, foram rejeitados. Pede que, declarada a má-fé dos recorrentes, seja aplicada a penalidade do art. 18 do CPC.

Ao analisar a questão, a ilustre Relatora, Ministra Nancy Andriighi, asseverou que o art. 649 do CPC encerra interesse de ordem pública, pois preceitua a nulidade absoluta do ato de penhora que recai sobre os bens ali enumerados.

Assim sendo, conclui a Relatora que o fato de ter o devedor indicado o bem à penhora não implica sua renúncia ao benefício concedido pela lei. Destarte, votou pelo provimento do recurso para que fosse declarada a nulidade da penhora e afastada a multa aplicada aos recorrentes.

Em voto-vista, o Ministro Castro Filho esposou o entendimento de que impenhorabilidade não significa inalienabilidade, de sorte que a indicação, pelo próprio devedor, de bens considerados impenhoráveis induz renúncia ao favor legal. Ainda segundo o Ministro, a impenhorabilidade de que trata o art. 649 do CPC é absoluta se o bem for apontado à penhora pelo credor ou pelo oficial de justiça – mesmo assim o ato não seria nulo, mas apenas anulável. Porém, ao devedor cabe dar aos seus bens a destinação que melhor lhe aprouver, até mesmo aliená-los para que possa solver suas dívidas.

Seu voto, portanto, foi no sentido de se dar parcial provimento ao recurso especial, apenas para excluir a multa imposta aos recorrentes.

Esse o resumo da controvérsia.

Tendo em vista a divergência havida nos votos precedentes, com exposição de argumentos ponderáveis em ambos os sentidos, pedi vista dos autos para exame mais detido do caso.

Parece-me que a solução mais adequada para a hipótese de que se cuida é aquela alvitrada pelo Ministro Castro Filho.

Com efeito, foram os próprios recorrentes que apontaram à penhora o bem que afirmam ser essencial ao desempenho de suas atividades. Caso tivessem outro bem passível de constrição, haveriam de indicá-lo ou, não sendo esse o caso, deixariam de oferecer o trator que, considerando-se a iniciativa do credor ou do oficial de justiça, seria absolutamente impenhorável. À míngua de bens penhoráveis, a execução seria suspensa.

Em vez de deixar que se suspendesse a execução, permitiram a constrição do trator que, afinal de contas, era bem do qual podiam dispor livremente.

Ressalte-se que o caso é diferente daqueles abrangidos pela Lei n. 8.009, de 29 de março de 1990, a qual dispõe sobre a impenhorabilidade do bem de família.

Apesar de ser matéria ainda controvertida, observa-se que a jurisprudência vem se encaminhando no sentido de que nem mesmo o próprio devedor pode indicar à penhora bem que, nos termos daquela lei, é considerado de família. Em virtude do interesse desta, cuja proteção se faz até mesmo por imperativo da Constituição Federal, não se permite ao devedor dispor do bem que, embora de sua propriedade, abriga a entidade familiar.

A hipótese em concreto, a seu turno, permite solução diversa. Os devedores, a fim de solver a dívida que tinham para com o recorrido, poderiam mesmo oferecer qualquer bem sobre o qual tivessem livre disposição, inclusive aqueles necessários ou úteis ao exercício de sua atividade profissional. A ressalva, na hipótese, faz-se no que se refere aos bens de que cuida o inciso I do art. 649 do CPC, estes, sim, impenhoráveis até mesmo pela vontade do próprio devedor. Ora, inalienável a coisa, não se permite que o executado a aliene por via oblíqua. Afinal, “toda penhora implica tomada de eficácia do poder de dispor (**abusus**), e o devedor, dono desses bens, não o tem” (**Pontes de Miranda**, “Comentários ao Código de Processo Civil”, tomo X, Editora Forense, 2ª edição, p. 138).

Tem-se que “*os bens inalienáveis são impenhoráveis porque a penhora seria início de alienação. Quem não tem o poder de dispor, absolutamente, (limitação absoluta de poder), não tem o de dispor eficazmente*” (*ob. cit.*, p. 139).

Todavia, ainda segundo o mesmo autor, “alguns bens impenhoráveis podem ser alienáveis”. No caso, se os recorrentes poderiam alienar o bem de que se cuida, não há por que restringir seu poder de também oferecê-los à penhora, sob pena de limitar em demasia sua faculdade de gerir seus próprios negócios.

Da proteção legal, o próprio devedor pode abrir mão (assim o fizeram os recorrentes); o que não se pode permitir é que, ao alvedrio do credor, ou por ato do oficial de justiça, prive-se o devedor — sem o concurso de sua vontade — de instrumentos essenciais ao desenvolvimento de sua atividade produtiva.

Quanto ao tema, portanto, voto no sentido de que não seja conhecido o recurso especial.

Porém, no que se refere à multa aplicada pelo Tribunal **a quo**, por reconhecer ato atentatório à dignidade da justiça (CPC, art. 601), tenho que razão assiste aos recorrentes.

De fato, o contexto dos autos não permite a conclusão de que houve, por parte dos devedores, reserva mental quando indicaram o trator à penhora. O tema da possibilidade de o próprio devedor abrir mão do benefício que a lei lhe assegura é controvertido nos tribunais e a posição defendida pelos recorrentes — sufragada pela eminente Relatora — é razoável.

Observa-se, portanto, não ter havido ato atentatório à dignidade da justiça, não estando os recorrentes sujeitos às sanções cominadas nos arts. 18 e 601 do CPC.

Posto isso, conheço, em parte, do recurso especial e, nessa extensão, dou-lhe provimento para que se afaste a multa aplicada pelo acórdão recorrido.

RECURSO ESPECIAL N. 355.581 — PR (2001/0137940-9)

Relator: Ministro Carlos Alberto Menezes Direito

Relator p/ o acórdão: Ministra Nancy Andrichi

Recorrente: Mirna Ayroso Machado

Advogados: Jorge Luiz Fontoura Nogueira e outros

Recorrido: Abel Olivet Filho

Advogado: Lucas Aires Bento Graf

Sustentação oral: Antônio Cândido Osório, pelo recorrente

EMENTA

Civil. Família. Fruto civil de trabalho. Comunhão universal de bens. Sobrepartilha. Inteligência do art. 263, XIII c.c. 265 do CC.

— No regime de comunhão universal de bens, admite-se a comunicação das verbas trabalhistas nascidas e pleiteadas na constância do matrimônio e percebidas após a ruptura da vida conjugal.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas constantes dos autos, retificando a decisão proferida na sessão do dia 06.05.2003: prosseguindo o julgamento, após a renovação do relatório e o voto do Ministro-Relator, não conhecendo do recurso especial, no que foi acompanhado pelo Sr. Ministro Ari Pargendler e, da retificação do voto do Sr. Ministro Castro Filho, a Turma, por maioria, conheceu do recurso especial e deu-lhe parcial provimento, nos termos do voto da Sra. Ministra Nancy Andrichi. Votaram vencidos os Srs. Ministros Carlos Alberto Menezes Direito e Ari Pargendler. Votaram

com a Sra. Ministra Nancy Andrighi os Srs. Ministros Castro Filho e Antônio de Pádua Ribeiro.

Brasília (DF), 13 de maio de 2003 (data do julgamento).

Ministra Nancy Andrighi, Relatora p/ o acórdão

Publicado no DJ de 23.06.2003

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito: Mirna Ayroso Machado interpõe recurso especial, com fundamento nas alíneas **a** e **c** do permissivo constitucional, contra acórdão da Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, assim ementado:

“Sobrepartilha — Produto de indenização trabalhista — Incomunicabilidade — Inteligência do art. 263, inciso XIII, do Estatuto Civil.

No regime de comunhão universal de bens, todos os bens se comunicam, exceto os constantes do art. 263 e seus incisos, como são os frutos civis do trabalho de cada cônjuge.

Apelo principal provido para declarar a incomunicabilidade pretendida. Apelo adesivo, prejudicado.” (Fl. 247)

Opostos embargos de declaração (fls. 255 a 260), foram rejeitados (fls. 268 a 270), com imposição de multa de 1% sobre o valor da causa.

Sustenta a recorrente contrariedade aos artigos 263, inciso XIII, e 265 do Código Civil, haja vista que tem direito à metade das verbas advindas da reclamação trabalhista ajuizada anteriormente à separação do casal.

Esclarece, ainda, que “a questão dos bens incomunicáveis enumerados no artigo 263 do mesmo **codex**, não se estende aos frutos civis do trabalho quando se percebem ou vencem durante o casamento” (fl. 280).

Aponta dissídio jurisprudencial.

Contra-arrazoado (fls. 317 a 321), o recurso especial (fls. 275 a 288) não foi admitido (fls. 335 a 337), tendo seguimento por força de despacho proferido em agravo regimental (fl. 379).

Houve recurso extraordinário (fls. 298 a 307), inadmitido (fls. 335 a 337), tendo sido interposto agravo de instrumento contra esta decisão (fl. 342).

Opina o ilustre Subprocurador-Geral da República, Dr. Roberto Casali, pelo não-conhecimento do recurso (fls. 388 a 390).

É o relatório.

VOTO-VENCIDO

O Sr. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito: A recorrente ingressou com pedido de sobrepartilha nos autos de separação consensual homologada em 1994 de crédito trabalhista resultante de ação movida na Justiça do Trabalho pelo ex-marido contra o BRDE. Alegou que o fato gerador ocorreu na constância do casamento e que o crédito está em liquidação de sentença.

A sentença julgou procedente o pedido para reconhecer o direito da autora a 50% do crédito.

O Tribunal de Justiça do Paraná proveu a apelação ao abrigo do art. 263 do Código Civil que exclui da comunhão os frutos civis do trabalho de cada cônjuge. Acolheu o acórdão recorrido o entendimento de que a comunicação dos frutos civis constante do art. 265 do mesmo Código não se aplica desde a promulgação da Lei n. 4.121/1962.

Os embargos de declaração foram rejeitados, com aplicação de multa.

Como visto, trata-se de sobrepartilha decorrente do recebimento pelo marido de indenização trabalhista. A questão gira em torno da interpretação dos artigos 263, XIII, e 265 do Código Civil. O acórdão recorrido, tal e qual o parecer da douta Subprocuradoria Geral da República, é no sentido de que o art. 263, XIII, nasceu do Estatuto da Mulher Casada, Lei n. 4.121/1962, prevalecendo, portanto, sobre o art. 265; já a mulher entende que não são eles incompatíveis e que, no caso, o direito à indenização nasceu com a reclamação trabalhista datada de 1989, isto é, durante o casamento sob o regime da comunhão universal.

Há precedente desta Corte, para o qual concorri com o meu voto, e que foi invocado pelo acórdão recorrido, assentando que o bem adquirido com o produto de indenização trabalhista percebida após a ruptura do vínculo conjugal não se comunica, alinhando o voto do Relator, o Senhor Ministro Costa Leite, as razões que se seguem:

“Invertendo o resultado do julgamento, nos infringentes, conferiu-se relevo a circunstância de a ação trabalhista de que se originara a indenização haver iniciado na constância do casamento, daí a conclusão no sentido de que a esposa tinha direito à meação da indenização e, em consequência, do bem adquirido com o produto desta.

O raciocínio não me parece correto, **data venia**. Choca-se, a meu sentir, com a regra do art. 263, XIII, do Código Civil, além de dissentir de julgados trazidos a cotejo pelo recorrente.

Segundo o ali disposto, são excluídos da comunhão os frutos civis do trabalho ou indústria de cada cônjuge ou de ambos. Não mais se questiona

hoje, entretanto, assim na doutrina como na jurisprudência, que os bens adquiridos com o produto do trabalho do marido entram na comunhão. Isso, entretanto, só pode ocorrer na vigência da sociedade conjugal.

Nessa ordem de idéias, nada importa que a reclamatória trabalhista haja se iniciado na constância do casamento. A indenização dela resultante, qualificando-se como fruto civil de trabalho, não se comunicará. A comunicação se daria em relação ao bem adquirido com o seu produto, caso isso ocorresse antes da dissolução do casamento.” (REsp n. 77.676/DF, DJ de 13.04.1998)

Não enxergo razão no especial para alterar o meu convencimento. Se, de fato, como indica o acórdão recorrido, a indenização foi percebida após o rompimento da vida em comum, não há fundamento algum para buscar a mulher a sobrepartilha, à sombra do art. 265 do Código Civil, com a alegação de que ajuizada a reclamação trabalhista ainda na constância do casamento.

Eu não conheço do especial.

VOTO-VISTA

A Sra. Ministra Nancy Andrighi: Cuida-se do recurso especial interposto por Myrna Ayroso Machado, com fundamento nas alíneas **a** e **c** do art. 105, inciso III, da Constituição Federal contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Paraná que, interpretando o art. 263, inciso XIII, do CC, negou à recorrente o direito à sobrepartilha da metade do produto de indenização trabalhista reconhecido a ex-marido após separação consensual do casal, por entender que no regime de comunhão universal todos os bens se comunicam, exceto os constantes do art. 263 e seus incisos, como são os frutos civis do trabalho de cada cônjuge.

Interpostos embargos de declaração foram estes rejeitados, impondo-se ao embargante a multa de 1% sobre o valor da causa.

Sobreveio, então, o presente recurso especial, no qual se alega dissídio jurisprudencial e violação aos artigos 263, inciso XIII, e 265 do CC, pois teria a recorrente direito à metade das verbas salariais conquistadas pelo ex-marido em razão de rescisão contratual ocorrida em 1989, antes, portanto, da separação consensual do casal. Alega que, sendo aquela data o momento de incidência do fato gerador à percepção dos valores trabalhistas, a questão dos bens incomunicáveis enumerados no artigo 263 do mesmo código não se estende aos frutos civis do trabalho do recorrido, porquanto à época de seu vencimento, ainda se encontrava casada com o recorrido (1974-1994).

Em julgamento, o ilustre Ministro Carlos Alberto Menezes proferiu voto no sentido de não conhecer do recurso especial. Eis a síntese de seu entendimento:

“Sobrepartilha. Recursos oriundos de indenização trabalhista ajuizada na constância do casamento. Art. 263, XIII, do Código Civil. Precedentes da Corte.

1. Para efeito da incidência do art. 263, XIII, do Código Civil, não releva a circunstância de ter sido a reclamação trabalhista ajuizada durante a constância do casamento, não se comunicando o produto da indenização percebido após a separação.

2. Recurso especial não conhecido.”

Brevemente reprisada a questão, decide-se.

Embora o artigo 263, XIII, do CC exclua da comunhão universal os frutos civis do trabalho ou indústria de cada cônjuge ou de ambos, o art. 265 dispõe: “A incomunicabilidade dos bens enumerados no art. 263 não se lhes estende aos frutos, quando se percebam ou vençam durante o casamento.”

Ante o paradoxo, entende a recorrente que tendo a reclamatória trabalhista sido ajuizada quando ainda se encontrava casada com o recorrido, faz jus à nova partilha da indenização dela resultante, pois, qualificando-se como frutos civis percebidos na constância do matrimônio seriam bens a ela comunicáveis.

É certo que para fins de partilha o patrimônio a ser considerado é o existente no momento da separação. Todavia, no regime de comunhão universal de bens os proventos mensais do trabalho de cada cônjuge ou de ambos, percebidos e vencidos no decorrer do casamento ingressam no patrimônio comum do casal, pois lhes servem ao sustento cotidiano.

Neste sentido, a lição de **Sílvio de Silva Venosa**, em “Direito de Família”, Jurídica, Ed. Atlas, Vol. 5:

“Essa exclusão, inserida pelo Estatuto da Mulher Casada, de 1962, não tem muita razão de ser, pois, no regime de comunhão parcial, a lei determina que esses valores se comuniquem (art. 271, VI). A persistir a exegese do art. 265, uma vez transformados esses frutos em numerário, deverão comunicar-se, assim como as pensões. Não há outra exploração plausível, sob pena de violentar-se o regime de comunhão (**Rizzardo**, 1994, v. 1:286).”

Do confronto entre os artigos 263, XIII, e 265 do CC conclui-se que ambos admitem serem compatibilizados numa interpretação harmônica: tratando-se de percepção de salário, mensalmente ingressa no patrimônio comum do casal. Mas, o “direito” a receber verbas indenizatórias decorrentes da rescisão de contrato de trabalho só será excluído da comunhão quando referido direito houver nascido e for pleiteado após a separação, de fato ou judicial dos cônjuges.

No caso, o “fato gerador” dos créditos trabalhistas ocorreu no curso do matrimônio, pelo desrespeito da empregadora aos direitos de Abel Olivet Filho, tendo a ação correspondente sido ajuizada ainda durante a vida conjugal. Para que o ganho salarial insira-se no monte-partível é necessário que o cônjuge tenha exercido determinada atividade laboral e adquirido direito de pagamento pelos mesmos na constância do casamento. Se um dos cônjuges efetivamente a exerceu e se lhe foram reconhecidas as vantagens, ocorreu a subjetivação do direito e a correspondente consolidação de sua incorporação no patrimônio comum do casal.

Por conseguinte, mesmo que o exercício não tenha concomitância com a aquisição do direito, força é convir que sua imutabilidade é **ex vi legis**.

Assim, se havia da parte do marido direito oriundo de contrato de trabalho havia da parte do marido a receber: valores de salários, férias, gratificações de Natal e fundo de garantia decorrentes do reconhecimento do vínculo existente de emprego com o BRDE — Banco Regional de Desenvolvimento do Extremo Sul é iniludível que, sendo a sentença que o reconhece declaratória (06.07.1990), exatamente por isso, retroage seus efeitos à época em que postulada a ação. Diz-se, então, que o direito já lhe pertencia, ou seja, já havia ingressado na esfera de seu patrimônio — direito expectativo.

Conseqüentemente, à cônjuge mulher que durante a constância do matrimônio arcou com o ônus da defasagem salarial do marido, contribuindo para o sustento do lar, não se pode negar o direito à sobrepartilha dos acréscimos laborais por ter o trânsito em julgado da reclamatória trabalhista se operado em 1996, ocasião em que o casal já se encontrava separado judicialmente (22.12.1994).

Com efeito, houvessem as verbas trabalhistas sido pagas à época da rescisão contratual (1989), não haveria dúvidas da ocorrência de sua comunicação entre os cônjuges, não se justificando tratamento desigual apenas por uma questão temporal imposta pelos trâmites legais de uma ação em face do Poder Judiciário: ter sido reconhecido o direito ao crédito trabalhista após o rompimento do vínculo conjugal. Há que se sopesar que o desemprego do marido não só privou a esposa de usufruir das verbas trabalhistas indenizatórias como, presumivelmente, demandou-lhe maior colaboração no sustento familiar, tornando absolutamente legal que ora faça jus à meação dos referidos valores.

Forte nestas razões, *dou provimento* ao recurso especial para reconhecer a possibilidade de sobrepartilha dos créditos trabalhistas nascidos durante o casamento e percebidos depois de sua ruptura.

Em face da sucumbência, condeno o recorrido ao pagamento das custas e honorários advocatícios, estes fixados em 10% sobre o valor dado à causa, como determinado pelo M.M. Juiz de primeiro grau.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Castro Filho: Cuidam os autos de pedido de sobrepartilha formulado por ex-mulher, que fora casada em regime de comunhão universal de bens, em razão do recebimento pelo ex-marido de indenização trabalhista, após a separação consensual do casal.

A argumentação da autora centrou-se em que o fato gerador do direito percebido por seu ex-cônjuge ocorreu na constância do casamento, quando foi proposta a ação trabalhista.

Julgado precedente o pedido em primeiro grau de jurisdição, a Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, por unanimidade de votos, proveu a apelação do vencido, em aresto que restou assim ementado (fl. 247):

“Sobrepartilha — Produto de indenização trabalhista — Incomunicabilidade — Inteligência do art. 236, inciso XIII, do Estatuto Civil.

No regime de comunhão universal de bens, todos os bens se comunicam, exceto os constantes do art. 263 e seus incisos, como são os frutos civis do trabalho de cada cônjuge.

Apelo principal provido para declarar a incomunicabilidade pretendida.

Apelo adesivo, prejudicado.”

O Relator, Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, apreciando o recurso especial da autora, manteve esse entendimento, fulcrado em precedente desta Corte, REsp n. 77.676/DF, Relator Ministro Costa Leite, DJ de 13.04.1998.

Em seu douto voto, consignou S. Exa:

“Como visto, trata-se de sobrepartilha decorrente do recebimento pelo marido de indenização trabalhista. A questão gira em torno da interpretação dos arts. 236, XIII, e 265 do Código Civil. O acórdão recorrido, tal e qual o parecer da douta Subprocuradoria Geral da República, é no sentido de que o art. 263, XIII, nasceu do Estatuto da Mulher Casada, Lei n. 4.121/1962, prevalecendo, portanto, sobre o art. 265; já a mulher entende que não são eles incompatíveis e que, no caso, o direito à indenização nasceu com a reclamação trabalhista datada de 1989, isto é, durante o casamento sob o regime da comunhão universal.

Há precedente desta Corte, para o qual concorri com o meu voto, e que foi invocado pelo acórdão recorrido, assentando que o bem adquirido com o produto de indenização trabalhista percebida após a ruptura do vínculo conjugal não se comunica, alinhando o voto do Relator, o Senhor Ministro Costa Leite, as razões que se seguem:

‘Invertendo o resultado do julgamento, nos infringentes, conferiu-se relevo à circunstância de a ação trabalhista de que se originara a indenização haver iniciado na constância do casamento, daí a conclusão no sentido de que a esposa tinha direito à meação da indenização e, em consequência, do bem adquirido com o produto desta.

O raciocínio não me parece correto, **data venia**. Choca-se, a meu sentir, com a regra do art. 263, XIII, do Código Civil, além de dissentir de julgados trazidos pelo recorrente.

Segundo ali disposto, são excluídos da comunhão os frutos civis do trabalho ou indústria de cada cônjuge ou de ambos. Não mais se questiona, hoje, entretanto, assim na doutrina como na jurisprudência, que os bens adquiridos com o produto do trabalho do marido entram na comunhão. Isso, entretanto, só pode ocorrer na vigência da sociedade conjugal.

Nessa ordem de idéias, nada importa que a reclamatória trabalhista haja se iniciado na constância do casamento. A indenização dela resultante, qualificando-se como fruto civil do trabalho, não se comunicará. A comunicação se daria em relação ao bem adquirido com o seu produto, caso isso ocorresse antes da dissolução do casamento. (REsp n. 77.676/DF, DJ de 13.04.1998).’

Não enxergo razão no especial para alterar o meu convencimento. Se, de fato, como indica o acórdão recorrido, a indenização foi percebida após o rompimento da vida em comum, não há fundamento algum para buscar a mulher a sobrepartilha, à sombra do art. 265 do Código Civil, com a alegação de que ajuizada a reclamação ainda na constância do casamento.

Eu não conheço do especial.”

A Ministra Nancy Andrighi, por sua vez, divergiu desse entendimento, alinhando os seguintes fundamentos, **verbis**:

“Embora o artigo 263, XIII, do CC exclua da comunhão universal os frutos civis do trabalho ou indústria de cada cônjuge ou de ambos, o art. 265 dispõe: ‘A incomunicabilidade dos bens enumerados no art. 263 não se lhes estende aos frutos, quando se percebam ou vençam durante o casamento.’

Ante o paradoxo, entende a recorrente que tendo a reclamatória trabalhista sido ajuizada quando ainda se encontrava casada com o recorrido, faz jus a nova partilha da indenização dela resultante, pois, qualificando-se como frutos civis percebidos na constância do matrimônio seriam bens a ela comunicáveis.

É certo que para fins de partilha o patrimônio a ser considerado é o existente no momento da separação. Todavia, no regime da comunhão universal de bens os proventos mensais do trabalho de cada cônjuge ou de ambos, percebidos e vencidos no decorrer do casamento ingressam no patrimônio comum do casal, pois lhes servem ao sustento cotidiano.

Neste sentido, a lição de **Sílvio de Silva Venosa**, em 'Direito de Família', Jurídica, Ed. Atlas, Vol. 5:

‘Essa conclusão, inserida pelo Estatuto da Mulher Casada, de 1962, não tem muita razão de ser, pois, no regime de comunhão parcial, a lei determina que esses valores se comuniquem (art. 271, VI). A persistir a exegese do art. 265, uma vez transformados esses frutos em numerário, deverão comunicar-se, assim como as pensões. Não há outra exploração plausível, sob pena de violentar-se o regime de comunhão (**Rizzardo**, 1994, v. 1:286).’

Do confronto entre os artigos 263, XIII, e 265 do CC conclui-se que ambos admitem serem compatibilizados numa interpretação harmônica: tratando-se de percepção de salário, mensalmente ingressa no patrimônio comum do casal. Mas, o ‘direito’ a receber verbas indenizatórias decorrentes da rescisão de contrato de trabalho só será excluído da comunhão quando referido direito houver nascido e for pleiteado após a separação, de fato ou judicial dos cônjuges.

No caso, o ‘fato gerador’ dos créditos trabalhistas ocorreu no curso do matrimônio, pelo desrespeito da empregadora aos direitos de Abel Olivet Filho, tendo a ação correspondente sido ajuizada ainda durante a vida conjugal. Para que o ganho salarial insira-se no monte-partível é necessário que o cônjuge tenha exercido determinada atividade laboral e adquirido direito de pagamento pelos mesmos na constância do casamento. Se um dos cônjuges efetivamente a exerceu e se lhe foi reconhecida as vantagens ocorreu a subjetivação do direito e a respectiva consolidação de sua incorporação no patrimônio comum do casal.”

Prosegue a Ministra Nancy Andrighi salientando ser declaratória a sentença que reconhece a procedência da reclamação trabalhista, retroagindo seus efeitos à época em que proposta a ação, tendo ingressado o direito na esfera do patrimônio do reclamante.

E conclui:

“Conseqüentemente, à cônjuge mulher que durante a constância do matrimônio arcou com o ônus da defasagem salarial do marido, contribuindo

para o sustento do lar não se pode negar o direito à sobrepartilha dos acréscimos laborais por ter o trânsito em julgado da reclamatória trabalhista se operado em 1996, ocasião em que o casal já se encontrava separado judicialmente (22.12.1994).

Com efeito, houvesse as verbas trabalhistas sido pagas à época da rescisão contratual (1989) não haveria dúvidas da ocorrência de sua comunicação entre os cônjuges, não se justificando tratamento desigual apenas por uma questão temporal imposta pelos trâmites legais de uma ação em face do Poder Judiciário: ter sido reconhecido o direito ao crédito trabalhista após o rompimento do vínculo conjugal. Há que se sopesar que o desemprego do marido não só privou a esposa de usufruir das verbas trabalhistas indenizatórias como, presumivelmente, demandou-lhe maior colaboração no sustento familiar, tornando absolutamente legal que ora faça jus à meação dos referidos valores.

Forte nestas razões, *dou provimento* ao recurso especial para reconhecer a possibilidade de sobrepartilha dos créditos trabalhistas nascidos durante o casamento e percebidos depois de sua ruptura.

Face à sucumbência, condeno o recorrido ao pagamento das custas e honorários advocatícios, os quais arbitro em R\$ 500,00(quinzentos reais).”

Solicitei vista dos autos em razão da relevância da questão e do posicionamento divergente manifestado pela Ministra Nancy Andrighi. No entanto, **data venia**, cheguei à mesma conclusão do eminente Relator.

Com efeito, os frutos civis do trabalho de cada cônjuge, por expressa disposição contida no artigo 263, inciso XIII, não se comunicam no regime da comunhão universal de bens.

Não obstante certa perplexidade dos juristas na interpretação dos incisos XII e XIII do referido artigo, pois o legislador teria, em tese, tratado desigualmente os cônjuges, excluindo da comunhão o produto do trabalho e indústria de ambos os cônjuges e os bens adquiridos com os mesmos pela mulher, mantendo, todavia, os adquiridos, *na vigência do casamento*, em decorrência do trabalho do marido, já não se discute a incomunicabilidade referida, após a separação do casal.

Sem adentrar na questão da recepção do artigo 246 e do inciso XII do artigo 263 do Código Civil pela Constituição Federal, por se afastar da discussão travada neste processo, entendo que a melhor exegese dos artigos 262, 263 e incisos, 265 e 267 do Código Civil leva à conclusão de se comunicarem os frutos do trabalho de qualquer dos cônjuges que se transformarem em dinheiro ou outros bens, *na constância da sociedade conjugal*. Desfeita esta, consoante lição de **Yussef Cahali**, os

bens posteriormente adquiridos, mesmo no casamento realizado sob o regime de comunhão universal de bens, ficam fora da partilha, inclusive se só separado de fato o casal. Segundo o renomado jurista, o fundamental é o **animus societatis** e a mútua contribuição para a formação de um patrimônio comum (“Divórcio e Separação”, 10ª ed., Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2002, p. 811). E é em razão dessa comunhão, não só de bens, mas de amor, afeto, respeito, companheirismo e objetivos comuns, mormente porque todo o patrimônio adquirido, enquanto vigente a sociedade conjugal, é fundamental para a manutenção da família, que se admite a comunicação dos frutos civis do trabalho e da indústria até a separação de fato ou judicial do casal.

Por conseguinte, uma vez dissolvida a sociedade conjugal, *porque não há direito in abstracto sobre os bens excluídos da comunhão* (artigo 263 do Código Civil) — por isso impertinente a argumentação recursal de que a reclamação trabalhista foi proposta anteriormente à separação judicial —, percebendo um dos cônjuges saldo de salário, indenização trabalhista, FGTS, ou outra verba conceituada como fruto civil do trabalho ou da indústria, estes ficarão fora da partilha.

Perfilhando idêntica interpretação, escreve **Arnoldo Wald, verbis**:

“A incomunicabilidade dos bens não alcança normalmente os seus frutos ou rendimentos *percebidos durante a vigência da sociedade conjugal*.

(...)

“As restrições estabelecidas no art. 263 se aplicam ao regime da comunhão universal, tendo caráter supletivo. Nada impede que as partes, no pacto antenupcial, incluam alguns dos bens ou dos débitos relacionados no art. 263, na comunhão ou que dela excluam outros bens ou débitos, não mencionados no referido dispositivo legal.” (“O Novo Direito de Família”, 13ª ed., Editora Saraiva, São Paulo, 2000, pp. 110/111).

Forte em tais lineamentos, com a devida vênua à divergência, acompanho o voto do Relator, Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, e não conheço do recurso, com ressalvas, apenas, no que tange à terminologia.

É como voto.

EMENTA

Civil. Separação consensual. Créditos trabalhistas. Sobrepartilha. Sentença declaratória. Efeitos **ex tunc**.

I - A sentença que dá como procedente reclamação trabalhista, embora condenatória, contém, também, carga declaratória, na parte em que reconhe-

ce a existência do crédito devido ao trabalhador. No tópico declaratório, seu efeito é **ex tunc**. Assim, tem direito à sobrepartilha de créditos trabalhistas a mulher que, à época do ajuizamento da ação, era ainda casada em comunhão universal de bens.

II - A Lei n. 4.121/1961 não revogou o art. 265 do Código Civil, pois foi ela que introduziu o inciso XIII do art. 263 daquele Código, que deve ser interpretado harmonicamente com o dispositivo antes mencionado.

III - Recurso conhecido e provido parcialmente.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro: Myrna Airoso Machado interpôs o presente recurso especial pelas letras **a** e **c** do permissivo constitucional contra acórdão que reformou a sentença para negar o pedido de sobrepartilha por ela formulado nos autos da separação consensual homologada em 1994, referente a créditos trabalhistas a serem recebidos por seu ex-marido Abel Olivet Filho.

O acórdão recorrido entendeu que as verbas trabalhistas recebidas pelo ex-marido da autora são incomunicáveis, na forma do que dispõe o art. 263, inciso XIII, do Código Civil.

Nesta instância, o ilustre Relator, Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, entendeu que “não há fundamento algum para buscar a mulher a sobrepartilha, à sombra do art. 265 do Código Civil”, uma vez que “a indenização foi percebida após o rompimento da vida em comum”, ainda que a reclamação trabalhista tenha sido proposta na constância do casamento.

Desse entendimento discordou a ilustre Ministra Nancy Andrighi, afirmando que os arts. 263, XIII, e 265, do Código Civil, devem ser “compatibilizados numa interpretação harmônica”, salientando:

“No caso, o ‘fato gerador’ dos créditos trabalhistas ocorreu no curso do matrimônio, pelo desrespeito da empregadora aos direitos de Abel Olivet Filho, tendo a ação correspondente sido ajuizada ainda durante a vida conjugal. Para que o ganho salarial insira-se no monte-partível é necessário que o cônjuge tenha exercido determinada atividade laboral e adquirido direito de pagamento pelos mesmos na constância do casamento. Se um dos cônjuges efetivamente a exerceu e se lhe foram reconhecidas as vantagens ocorreu a subjetivação do direito e a correspondente consolidação de sua incorporação no patrimônio comum do casal.

Por conseguinte, mesmo que o exercício não tenha concomitância com a aquisição do direito, força é convir que sua imutabilidade é **ex vi legis**”.

O eminente Ministro Castro Filho acompanhou o voto do Ministro-Relator, não conhecendo do recurso.

Dispõe o art. 263, inciso XIII:

Art. 263. São excluídos da comunhão:

(...)

XIII - os frutos civis do trabalho ou indústria de cada cônjuge ou de ambos”.

Já o art. 265 estabelece:

“A incomunicabilidade dos bens enumerados no art. 263 não se lhes estende aos frutos, quando se percebam ou vençam durante o casamento”

Como salientado por **Washington de Barros Monteiro**, “A incomunicabilidade constitui exceção. A regra é a comunicabilidade entre os cônjuges de todos os bens, principais e autônomos. Trata-se de assunto em que vigora interpretação restritiva” (**in** “Curso de Direito Civil — Direito de Família”, 36ª ed., p. 176).

No caso dos autos, quando o recorrido ajuizou a ação trabalhista, ainda era casado com a recorrente. Assim, não fosse a necessidade de buscar os seus créditos judicialmente, as verbas devidas teriam se incorporado àquela época ao patrimônio do casal.

A sentença proferida na Justiça do Trabalho condenou o ex-empregador do recorrido a pagar-lhe a indenização referente a salários, férias, 13ª e FGTS.

Toda sentença condenatória contém declaração de certeza de existência de relação jurídica, a que se segue a imposição de uma condenação.

Como ensina **Moacyr Amaral Santos**:

“Tem, portanto, a sentença condenatória dupla função: uma, que é comum a todas sentenças, ao declarar o direito existente — *função declaratória*; outra, que lhe é própria, consistente na aplicação da sanção — *função sancionadora*”

(**in** “Direito Processual Civil”, vol. 3, p. 55).

Assim, a sentença que julgou procedente a reclamação trabalhista reconheceu e declarou o direito do ora recorrido, antes de impor a obrigação de pagar os valores reclamados. Essa declaração retroage seus efeitos à época em que se verificou a existência do direito reclamado.

Com propriedade afirma **Amaral Santos**:

“o efeito meramente declaratório retroage à época em que se formou a relação jurídica, ou em que se verificou a situação jurídica declarada. É, pois,

efeito **ex tunc**. Declarada a existência de um crédito, este se tem por certo desde a data de sua formação”

(obra citada, p. 54).

Portanto, quando o ex-marido da autora foi demitido, as obrigações que lhe eram devidas venceram, e isso ocorreu na constância do casamento. Reconhecido pela Justiça do Trabalho que as verbas buscadas eram devidas, houve uma sentença declaratória, com efeitos **ex tunc**. Tem, pois, a autora, direito à sobrepartilha, eis que os créditos trabalhistas venceram quando recorrente e recorrido eram casados.

O argumento do acórdão recorrido no sentido de que o art. 265 do Código Civil teria sido revogado pela Lei n. 4.121/1961 não merece acolhida. Com efeito, foi o referido diploma legal que introduziu o inciso XIII do art. 263 do aludido Código. Não teria sentido que a citada Lei revogasse preceito por ela própria introduzido.

Em face dessas considerações, acompanho o voto da eminente Ministra Nancy Andrighi para dar provimento ao recurso especial, dela divergindo, contudo, com relação à fixação da verba honorária.

A sentença julgou a ação procedente e condenou o vencido a pagar os honorários advocatícios de 10% sobre o *valor dado à causa* (fl. 165).

Recorreu adesivamente a autora, buscando a elevação da verba honorária para 10% sobre o *valor da condenação, ou da meação*.

Portanto, a sua fixação em R\$ 500,00 (quinhentos reais), constante do voto da ilustre Ministra Nancy, é valor inferior àquele estipulado pela sentença, contra o qual não se insurgiu o recorrido.

Ante o exposto, conheço do recurso e lhe dou parcial provimento para cassar o acórdão recorrido e reconhecer à autora o direito à sobrepartilha pretendida, mantida a sentença, no entanto, quanto aos honorários advocatícios.

RENOVAÇÃO DE JULGAMENTO RETIFICAÇÃO DE VOTO

O Sr. Ministro Castro Filho: Sr. Presidente, no julgamento anterior, recorde-me de haver acompanhado o Sr. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito. Realmente, não há dúvida da existência de uma contradição entre o que está disposto no art. 263, XII, com o que está escrito no art. 271, VI. O art. 271 dispõe que entram na comunhão os frutos civis do trabalho, ou indústria de cada cônjuge, ou de ambos, e o inciso XIII do art. 263 diz serem eles excluídos da comunhão, mesmo da universal. Essa contradição é anotada pela doutrina e não escapou também à observação

do nosso já saudoso **Theotônio Negrão**, na nota 23 ao art. 263, onde diz: “O art. 263-XIII, de redação mais recente que o art. 271-VI, está em contradição com ele. Se o produto do trabalho de cada cônjuge é excluído do regime da comunhão universal, com maioria de razão deveria ser excluído do regime de comunhão parcial”, e faz ainda referência ao art. 269-IV, que diz: “No regime de comunhão limitada ou parcial, excluem-se da comunhão: (...) IV - Os demais bens que se consideram também excluídos da comunhão universal.”

Entretanto, escapou-me, no momento, o art. 265, que dispõe: “A incomunicabilidade dos bens enumerados no art. 263 não se lhes estende aos frutos, quando se percebam ou vençam durante o casamento”. E parece ter sido o caso. Não houve percepção durante o casamento, mas venceram durante o casamento.

Então, mais atento a essa releitura do art. 265, e com a devida vênua ao Sr. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, acompanho a divergência inaugurada pela Sra. Ministra Nancy Andrighi.

RENOVAÇÃO DE JULGAMENTO

VOTO

O Sr. Ministro Ari Pargendler: Sr. Presidente, a questão não se resolve em termos de Direito Processual. É, eminentemente, civilística. O art. 263, XIII, diz que são excluídos da comunhão os frutos civis de trabalho ou indústria de cada cônjuge ou de ambos. De modo que, a partir da lei que consagrou o Estatuto da Mulher Casada, de 1962, os frutos civis de trabalho ou indústria de cada cônjuge ou de ambos são reservados, não se comunicam. É o que está no art. 263, XIII.

O art. 265, a meu juízo, não tem nada que ver com o inciso XIII. Observem a literalidade do art. 265: “A incomunicabilidade dos bens enumerados no art. 263 não se lhes estendem aos frutos”, o que significa que o art. 265 se reporta aos bens enumerados no art. 263, mas não se reporta ao inciso XIII, que não trata de bens, mas de frutos, a cujo respeito — essa é a regra principal — os bens estão reservados.

Por isso, estou acompanhando o voto do eminente Ministro-Relator.

RECURSO ESPECIAL N. 443.119 — RJ (2002/0071281-7)

Relatora: Ministra Nancy Andrighi

Recorrente: NVL Software e Multimídia Ltda

Advogados: Marcelo Gandelman e outros
Recorridos: Reinaldo de Paula Machado e outro
Advogada: Nazareth Rita Couto de Rezende

EMENTA

Direito Civil. Recurso especial. Ação de conhecimento sob o rito ordinário. Programa de computador (*software*). Natureza jurídica. Direito autoral (propriedade intelectual). Regime jurídico aplicável. Contrafação e comercialização não autorizada. Indenização. Danos materiais. Fixação do **quantum**. Lei especial (9.610/1998, art. 103). Danos morais. Dissídio jurisprudencial. Não-demonstração.

— O programa de computador (*software*) possui natureza jurídica de direito autoral (obra intelectual), e não de propriedade industrial, sendo-lhe aplicável o regime jurídico atinente às obras literárias.

— Constatada a contrafação e a comercialização não autorizada do *software*, é cabível a indenização por danos materiais conforme dispõe a lei especial, que a fixa em 3.000 exemplares, somados aos que foram apreendidos, se não for possível conhecer a exata dimensão da edição fraudulenta.

— É inadmissível o recurso especial interposto com fulcro na alínea **c** do permissivo constitucional se não restou demonstrado o dissídio jurisprudencial apontado.

— Recurso especial parcialmente provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas constantes dos autos, por unanimidade, conhecer em parte do recurso especial e, nessa parte, dar-lhe provimento. Os Srs. Ministros Castro Filho, Antônio de Pádua Ribeiro e Carlos Alberto Menezes Direito votaram com a Sra. Ministra-Relatora. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Ari Pargendler.

Brasília (DF), 08 de maio de 2003 (data do julgamento).

Ministra Nancy Andrighi, Relatora

RELATÓRIO

Cuida-se de recurso especial em ação de conhecimento sob o rito ordinário interposto por NVL Software e Multimídia Ltda com fundamento no art. 105, inciso III, alíneas **a** e **c** da Constituição Federal.

O ora recorrente propôs ação de conhecimento sob o rito ordinário contra Reinaldo de Paula Machado e outro, tendo por objeto a condenação dos réus ao pagamento de indenização (danos materiais e morais) decorrente de descumprimento de contrato de publicidade de *software*, caracterizado pela produção e comercialização indevida, pelos réus, dos programas de computadores (*softwares*) de propriedade dos autores.

O ilustre Juiz de primeiro grau, ao reconhecer que a produção e a comercialização indevida de *softwares* restaram devidamente provadas, julgou procedente em parte o pedido, para condenar os ora recorridos, com fulcro no art. 159 do CC, ao pagamento de danos materiais, fixados no valor correspondente ao total das receitas obtidas com a venda indevida (fls. 246/249).

O ora recorrente opôs embargos de declaração, acolhidos em parte pelo ilustre Juiz para sanar erro material (fls. 255/256).

Em seqüência, interpôs o ora recorrente recurso de apelação sob os seguintes argumentos: (a) o **quantum** fixado a título de indenização deve obedecer o art. 103, parágrafo único, da Lei n. 9.610/1998, uma vez que o *software*, por força de lei, possui natureza jurídica de direito autoral; e (b) deve ser acrescida à indenização a parcela referente aos danos morais.

O TJRJ (fls. 275/277) negou provimento ao recurso de apelação sob os seguintes fundamentos: (a) dada a controvérsia existente sobre a natureza jurídica do *software*, correta a aplicação do art. 159 do CC para a fixação da indenização por danos materiais; e (b) o dano moral não restou caracterizado, uma vez que a pirataria e a concorrência desleal não são capazes de afetar a imagem da pessoa jurídica.

Sustenta o ora recorrente, em suas razões de recurso especial, que o acórdão recorrido:

I - ao não fixar a indenização por danos materiais nos termos do que dispõe o art. 103, parágrafo único, da Lei n. 9.610/1998, violou esse dispositivo de lei e os arts. 7º, inciso XII da Lei n. 9.610/1998 e 2º, **caput**, da Lei n. 9.609/1998, uma vez que o *software* possui natureza jurídica de direito autoral; e

II - ao não admitir a condenação em danos morais, divergiu de precedentes jurisprudenciais que admitem a reparação da pessoa jurídica por danos morais sofridos.

Não houve contra-razões (fl. 300).

A Presidência do TJRJ admitiu o recurso especial (fls. 301/302).

É o relatório.

VOTO

I - Do **quantum** a ser fixado a título de danos materiais (violação aos arts. 7^o, inciso XII, e 103, parágrafo único, da Lei n. 9.610/1998 e 2^o, **caput**, da Lei n. 9.609/1998)

As questões relativas à natureza jurídica do *software* e aos critérios legais aplicáveis para a definição do **quantum** a ser indenizado restaram devidamente prequestionadas no acórdão recorrido.

O *software*, ou programa de computador,¹ como disciplinado em *Leis específicas* (ns. 9.609/1998 e 9.610/1998), possui natureza jurídica de *direito autoral* (trata-se de 'obra intelectual', adotado o regime jurídico das *obras literárias*²), e não de *direito de propriedade industrial*.

Esse entendimento resulta não apenas da *exegese literal* dos arts. 7^o, inciso XII, da Lei n. 9.610/1998 e 2^o da Lei n. 9.609/1998 e das expressivas contribuições de diversos doutrinadores,³ mas também da interpretação, **a contrario sensu**, do dispositivo da lei de propriedade industrial (Lei n. 9.279/1996, art. 10, inciso V) que afasta a possibilidade jurídica de se requerer a *patente* de programa de computador, por não o considerar seja *invenção*, seja *modelo de utilidade*.

Se o direito de propriedade industrial, como positivado no Brasil, expressamente rechaça proteção ao *software*, não resta outra solução senão a de aceitá-lo enquanto modalidade de *direito de propriedade intelectual (autoral)*, pois do contrário ficaria o seu titular despojado de *qualquer proteção jurídica* a reprimir atos de contrafação.

Incluído, pois, o programa de computador no conceito de *obra intelectual* (Lei n. 9.610/1998, art. 7^o, inciso XII), deve-se considerar, para fins de quantificação

¹ Lei n. 9.609/1998, art. 1^o: "Programa de computador é a expressão de um conjunto organizado de instruções em linguagem natural ou codificada, contida em suporte físico de qualquer natureza, de emprego necessário em máquinas automáticas de tratamento da informação, dispositivos, instrumentos ou equipamentos periféricos, baseados em técnica digital ou análoga, para fazê-los funcionar de modo e para fins determinados".

² Lei n. 9.609/1998, art. 2^o: "O regime de proteção à propriedade intelectual de programas de computador é o conferido às obras literárias pela legislação de direitos autorais e conexos vigentes no País, observado o disposto nesta Lei".

³ Orlando Gomes, Carlos Alberto Bittar e Antônio Chaves, dentre outros, como citado pelo ora recorrente às fls. 285/286.

dos danos materiais produzidos com a sua contrafação, a *lei especial* aplicável à espécie (Lei n. 9.610/1998, art. 103) e não a *regra geral* prevista no art. 159 do CC.

Isto porque o art. 103 prevê os critérios de sancionamento civil para a contrafação de obra *literária, artística ou científica*, e o programa de computador, por força do art. 2º da Lei n. 9.609/1998, está sujeito ao regime jurídico adotado para a *obra literária*.

Nos termos do dispositivo mencionado, a indenização por danos materiais, em não sendo possível definir a exata extensão da edição fraudulenta (como ocorre **in casu**), deve ser fixada no valor de 3.000 exemplares, acrescidos dos que foram apreendidos.

II - Da condenação em danos morais (dissídio jurisprudencial)

O TJRJ afastou a condenação em danos morais, ao fundamento de que a mera produção e comercialização fraudulenta do *software* não tem o condão de causar dano à imagem da pessoa jurídica, titular do direito de propriedade do programa de computador.

O ora recorrente, por sua vez, colacionou 4 (quatro) precedentes para a demonstração do dissídio.

O primeiro (E. n. 37 deste STJ) e o segundo (REsp n. 13.575/SP) apenas estatuem que as indenizações a título material e moral são acumuláveis; não se prestam, assim, à caracterização da divergência. O terceiro, oriundo do STF, não foi comprovado.

O quarto, por fim, também não se presta à demonstração do dissídio, porque limita-se a reconhecer a reparabilidade da pessoa jurídica por dano moral sofrido, enquanto que o acórdão recorrido não o afastou por esse fundamento, mas porque a conduta ilícita praticada **in casu** não teve o condão de causar qualquer dano a título moral.

Ausente, em consequência, os requisitos específicos de admissibilidade do recurso especial fundado na alínea **c** do permissivo constitucional.

Forte em tais razões, *dou parcial provimento* ao recurso especial para fixar a indenização por danos materiais no valor de 3.000 exemplares, acrescidos dos (exemplares) que foram apreendidos, se houver.

Em razão da sucumbência recíproca na ação de conhecimento, condeno as partes ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, estes fixados em 15% (quinze por cento) sobre o valor da condenação, que serão reciprocamente distribuídos, na proporção de 80% (oitenta por cento) para o autor, ora recorrente, e

de 20% (vinte por cento) para os réus, ora recorridos, devidamente compensados, conforme entendimento firmado pela Corte Especial no julgamento do Recurso Especial n. 290.141/RS, Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, julgado em 21.11.2001.

RECURSO ESPECIAL N. 459.880 — SP (2002/0102838-2)

Relator: Ministro Carlos Alberto Menezes Direito
Recorrente: Unimed Franca Sociedade Cooperativa
de Serviços Médicos e Hospitalares
Advogado: Marlo Russo
Recorrida: Maria do Rosário Neves
Advogado: José Antônio Lomonaco

EMENTA

Plano de saúde. Antecipação de tutela. Limites do pedido.

1. A antecipação de tutela não pode ir além do pedido feito pela autora, no caso, a internação até seu total restabelecimento. Em tal expressão está agasalhado o tratamento médico necessário.
2. Recurso especial não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do recurso especial. Os Srs. Ministros Nancy Andrighi, Castro Filho, Antônio de Pádua Ribeiro e Ari Pargendler votaram com o Sr. Ministro-Relator.

Brasília (DF), 19 de agosto de 2003 (data do julgamento).

Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, Relator

Publicado no DJ de 13.10.2003

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito: Unimed Franca Sociedade Cooperativa de Serviços Médicos e Hospitalares interpõe recurso especial, com funda-

mento na alínea **a** do permissivo constitucional, contra acórdão da Oitava Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, assim ementado:

“Agravado de instrumento — Ação ordinária de indenização por danos morais e obrigação de fazer — Decisão que concedeu a antecipação da tutela, determinando que a ré providenciasse integral custeio do tratamento médico necessário e devido à autora, até determinação em contrário do Juízo — Agravante alega ser nula a r. decisão agravada, porque proferida **extra petita** — A tutela antecipada não está fora do pedido — O fato de o procedimento ser coberto pelo SUS não retira a obrigação contratual da agravante — Contrato elaborado em 1993, lei nova não pode retroagir — Recurso não provido.” (Fl. 111)

Sustenta a recorrente a violação do artigo 273, § 2º, do Código de Processo Civil, por ser irreversível o provimento antecipado, na medida em que o procedimento cirúrgico em questão é de custo elevado e a própria recorrida alega não ter recursos sequer para as despesas processuais, impossibilitando um possível reembolso.

Aduz negativa de vigência do artigo 460 do Código de Processo Civil, haja vista que o acórdão confirmou decisão **ultra et extra petita** pois “a autora pede a tutela antecipada para *autorizar a internação segundo o contrato*. A decisão, contudo, determinou que a recorrente custeasse do tratamento médico *até determinação em contrário*” (fl. 120).

Alega, ainda, a recorrente que o contrato firmado com a recorrida, apesar de elaborado em 1993, encontra-se em total conformidade com a Lei n. 9.656/1998 e que é lícita a previsão de eventos cobertos e de eventos excluídos no mesmo.

Contra-arrazoado (fls. 132 a 134), o recurso especial (fls. 116 a 124) foi admitido.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito: A recorrente interpôs agravo de instrumento de decisão prolatada em ação ordinária movida pela recorrida, deferindo a antecipação de tutela. Alega que a autora, internada no Hospital do Coração de Franca, prestador de serviços ao SUS e aos convênios particulares, não recebeu autorização para a intervenção cirúrgica, “porque a cobertura de seu contrato de prestação de serviços médicos e hospitalares não abrange esse tipo de procedimento” (fl. 04); que a autora foi transferida para o atendimento segundo os padrões de qualidade do SUS; que foi concedida a antecipação de tutela para deter-

minar que a ré pagasse as despesas decorrentes do tratamento médico necessário e devidas em favor da autora; que a integridade física e a vida da autora não estão em perigo nem correm riscos por conta da recusa de pagamento das despesas não cobertas pelo contrato.

O Tribunal de Justiça de São Paulo negou provimento ao agravo. Afastou a alegação de ser a decisão **ultra petita** ao fundamento de que a “tutela antecipada não está fora do pedido, porque o MM. Juiz concedeu o **maximus** dentro do **minus** que seria a internação, dentro do princípio **jura novit curia**” (fl. 113).

Para o acórdão recorrido, “em se tratando de problema econômico é sempre reversível e o fato de o procedimento ser coberto pelo SUS não retira a obrigação contratual da agravante” (fl. 113), assinalando que o contrato foi elaborado em 1993 e a lei nova não pode retroagir.

Por fim, entendeu o Tribunal local que a “paridade entre o preço do plano e a cobertura é matéria de mérito e deverá ser resolvida na ocasião própria” (fl. 113).

A questão do limite da tutela antecipada, na minha avaliação, foi bem posta pelo acórdão recorrido. O primeiro ponto é aquele relativo à extensão da tutela deferida. O que se alega no especial é que o pedido foi para o deferimento da internação segundo o contrato e que o concedido foi para que a ré “providencie o integral custeio do tratamento médico necessário e devido em favor da autora, até determinação em contrário deste Juízo” (fls. 119/120).

O que se lê do pedido é que seja autorizada “a internação da autora segundo os *padrões de qualidade Unimed*, prosseguindo-se internada no Hospital do Coração até seu total restabelecimento, *cominando-se* multa de R\$1.000,00 (hum mil reais) por dia de descumprimento” (fl. 21).

Ora, o pedido como formulado não deixa de fora o que foi deferido na tutela antecipada porque não seria possível, sob pena de grave incongruência, compreender a internação até o total restabelecimento sem que isso incluía o tratamento necessário para a cura da doença que provocou a hospitalização. Não há, portanto, nenhuma extensão indevida na antecipação da tutela deferida.

A questão da irreversibilidade, tal como posta no especial, isto é, a carência de recursos da autora, não foi examinada pelo acórdão recorrido.

Em conclusão, eu não conheço do especial.

RECURSO ESPECIAL N. 468.271 — GO (2002/0109537-7)

Relator: Ministro Antônio de Pádua Ribeiro

Recorrente: Ministério Público do Estado de Goiás

Recorrida: Brígida Ferreira de Jesus

Advogado: Geraldo Cândido Rezende

EMENTA

Processual Civil. Princípio da fungibilidade recursal. Inaplicabilidade. Erro grosseiro. Disposições testamentárias.

I - Não tem aplicabilidade o princípio da fungibilidade recursal quando o recorrente comete erro grosseiro. Há erro grosseiro se não existe dúvida objetiva, ou seja, dúvida atual na doutrina ou na jurisprudência acerca do recurso cabível (REsp n. 154.764/MG).

II - A decisão que declara nulo testamento feito em relação à recorrida e torna válidas as disposições testamentárias em relação ao **de cujus** encerra definitivamente o processo, sendo cabível o recurso de apelação, e não o de agravo de instrumento.

III - Recurso especial não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do recurso especial. Os Srs. Ministros Carlos Alberto Menezes Direito e Nancy Andrichi votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Humberto Gomes de Barros e Castro Filho.

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

Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, Presidente e Relator

Publicado no DJ de 26.04.2004

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro: O Ministério Público do Estado de Goiás interpôs recurso especial pela letra **a** do permissivo constitucional contra acórdão assim ementado:

“Pedido de registro e cumprimento de testamento público. Deferimento. Agravo. Impropriedade recursal. Erro crasso. Não-conhecimento.

I - A decisão que defere pedido de registro e cumprimento de testamento, obviamente, põe termo ao processo, **ipso facto** desafia recurso de apelação e não agravo de instrumento. II - O erro crasso na interposição de um recurso pelo outro leva ao não-conhecimento do mesmo conforme entendimento pacífico deste Tribunal. Agravo não conhecido” (fls. 86/87).

Alegou o recorrente negativa de vigência ao disposto no art. 535, II, e 244, do CPC.

Entende que, no caso, “se erro há, não é ele crasso, mas perfeitamente escusável, razão por que não poderia ser negado o princípio da fungibilidade” (fl. 120).

Cita doutrina e jurisprudência que entende corroborar sua tese.

O recurso subiu a esta Corte por força de provimento a agravo de instrumento.

A douta Subprocuradoria Geral da República opina pelo não-conhecimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro (Relator): Preliminarmente, não há infringência ao disposto no art. 535, II, do CPC, uma vez que o acórdão recorrido apreciou a questão da fungibilidade recursal ao afirmar que houve erro grosseiro na interposição do agravo de instrumento, quando recurso cabível seria o de apelação. Inexistiu, portanto, omissão do julgado.

A ora recorrida requereu o registro e cumprimento das disposições testamentárias deixadas por seu falecido marido. Ouvido, o Ministério Público estadual ofereceu contestação. A MM^a. Juíza de primeiro grau acolheu o pedido. Interpôs, então, o *Parquet* estadual, agravo de instrumento, não conhecido, nos seguintes termos:

“Ora, a meu sentir, trata-se de sentença definitiva a decisão atacada, pois, com a determinação nela contida, de registro e cumprimento das disposições de última vontade do falecido, houve exaurimento do procedimento, colocando fim ao processo com, inclusive, o julgamento do mérito, já que o pedido inicial fora acolhido. Nestas circunstâncias, é cediço que a decisão atacada desafia apelação e não agravo de instrumento...” (Fl. 91).

Conforme se verifica do documento de fls. 30/36, a MM^a. Juíza de Direito da Comarca de Varjão — GO declarou nulo o testamento feito em relação à recorrida

e tornou válidas as disposições testamentárias no concernente ao **de cujus**, marido da autora.

Com essa decisão, como salientado pelo ilustrado Subprocurador-Geral da República, “a MM^a. Juíza monocrática, ao decidir pela nulidade do testamento somente com relação à ora recorrida, validando as disposições testamentárias em relação ao falecido e mandando registrá-las, arquivá-las e cumpri-las, proferiu sentença encerrando definitivamente o processo” (fl. 144).

Assim, a interposição de agravo regimental no lugar de apelação constitui indubitavelmente erro grosseiro, de molde a inviabilizar a aplicação do princípio da fungibilidade recursal, como já decidiu a Corte Especial deste Tribunal em acórdão assim ementado:

“Processual Civil. Embargos de divergência. Atualização de cálculo da liquidação. Apelação. Descabimento. Súmula n. 118/STJ.

Inaplicável o princípio da fungibilidade por evidente erro grosseiro.

Divergência não configurada.

Negado provimento”

(AgRg no EREsp n. 167.123/SC, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, DJ de 10.05.1999).

Quando do julgamento do REsp n. 154.764/MG, a colenda Segunda Turma desta Corte decidiu:

“(…)

O princípio da fungibilidade só tem aplicação quando o recorrente não comete erro grosseiro. Para que o equívoco na interposição de recurso seja escusável é necessário que haja dúvida objetiva, ou seja, divergência atual na doutrina ou na jurisprudência acerca do recurso cabível. Se, ao contrário, não existe dissonância ou já está ultrapassado o dissenso entre os comentaristas e os tribunais sobre o recurso adequado, não há que se invocar o princípio da fungibilidade recursal. Precedentes do STJ: REsp n. 117.429/MG e REsp n. 126.734/SP”

(Rel. Min. Adhemar Maciel, DJ de 25.09.2000).

Não se tratando, pois, de erro escusável, não há como se aplicar o princípio da fungibilidade recursal.

Ante o exposto, não conheço do recurso.

RECURSO ESPECIAL N. 578.344 — BA (2003/0147653-4)

Relator: Ministro Antônio de Pádua Ribeiro
Recorrente: MPE Montagens e Projetos Especiais S/A
Advogados: Taísa Santos Filho e outros
Recorrida: RTC Construções Ltda
Advogados: Lara de Moraes Rocha Soares e outro

EMENTA

Exceção de incompetência. Suspensão do processo.

I - No caso de exceção de incompetência, a suspensão do feito ocorre até a sua rejeição pelo juiz de primeiro grau, porquanto o agravo da decisão que a indeferir só é recebido no efeito devolutivo.

II - Recurso especial conhecido mas desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer do recurso especial, mas lhe negar provimento. Os Srs. Ministros Carlos Alberto Menezes Direito e Nancy Andrichi votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Humberto Gomes de Barros e Castro Filho.

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

Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, Presidente e Relator

Publicado no DJ de 12.04.2004

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro: MPE Montagens e Projetos Especiais S/A interpôs recurso especial pelas letras **a** e **c** do permissivo constitucional, contra acórdão assim ementado:

“Agravo de instrumento — A rejeição de exceção de incompetência faz cessar a suspensão do processo — O agravo de instrumento interposto desta decisão não tem efeito suspensivo — Improvimento do agravo” (fl. 49).

Alega a recorrente negativa de vigência ao disposto nos arts. 265, I, e 306, do CPC, além de divergência jurisprudencial.

Admitido o apelo, subiram os autos.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro (Relator): A ora recorrente apresentou exceção de incompetência na ação de execução movida pela recorrida, pretendendo que fosse declarado competente o foro da Comarca do Rio de Janeiro.

Não acolhida a exceção e sendo dado prosseguimento à ação executiva, requereu que perdurasse a suspensão do processo até o julgamento do agravo de instrumento interposto contra aquela decisão.

Não acolhido o pedido, agravou de instrumento, tendo o Tribunal **a quo** desprovido o apelo conforme se viu da ementa transcrita no relatório.

Salientou a Relatora do acórdão recorrido:

“Considera-se, pois, que a interposição do agravo de instrumento da decisão que não acolheu a exceção de incompetência, não teve o condão de manter o processo suspenso, tendo em vista que esta suspensão desapareceu com o julgamento da exceção pelo **a quo** e, ainda, por não ter aquele recurso efeito suspensivo” (fl. 51).

Esse entendimento já foi acolhido por esta egrégia Turma no julgamento do AgRg na MC n. 4.040/SP do qual fui Relator, cuja ementa se encontra assim redigida:

“Agravo regimental. Incidente de uniformização. Medida cautelar.

I - Inexiste razão para ser suscitado incidente de uniformização quando, além de os acórdãos tratarem de matéria diversa, o Relator da decisão tida como divergente não mais integra o Tribunal.

II - No caso de exceção de incompetência, a suspensão do feito ocorre até a sua rejeição pelo juiz de primeiro grau, porquanto o agravo da decisão que a indeferir só é recebido no efeito devolutivo. O mesmo acontece na hipótese de exceção de suspeição, ou seja, a suspensão do processo ocorre até o seu julgamento pelo Tribunal, pois, do acórdão que a rejeita, o recurso especial cabível, também, só é recebido no efeito devolutivo.

III - Almejando o agravante efeito suspensivo a recurso especial que, **prima facie**, sequer merecerá conhecimento, é incabível a concessão da medida cautelar.

IV - Incidente de uniformização incabível.

V - Agravo regimental desprovido” (DJ de 25.03.2002).

Na ocasião, assim afirmei:

“É certo que o art. 306 do Código de Processo Civil determina que ‘recebida a exceção, o processo ficará suspenso (art. 265, III), até que seja definitivamente julgado’. Contudo, a doutrina e a jurisprudência têm entendido que essa suspensão ocorre até o julgamento da exceção no primeiro grau de jurisdição, uma vez que o recurso dali cabível não terá efeito suspensivo.

No voto que proferi no antigo Tribunal Federal de Recursos, julgando exceção de incompetência, que é também outra forma de exceção prevista no mesmo dispositivo que dispõe sobre a suspensão, assim me pronunciei:

‘A suspensão do processo, em razão da manifestação de exceção de incompetência, ocorre até o julgamento da referida exceção no primeiro grau de jurisdição, pois o recurso cabível do aludido julgamento não tem efeito suspensivo. Nesse sentido, a doutrina invocada pelo agravante, que, a meu ver, expressa a melhor orientação sobre o assunto. A propósito, convém transcrever (fls. 03/05):

‘Diz o festejado **Arruda Alvim** em seu ‘Manual de Direito Processual’ (vol. 1/55):

‘O julgamento ficará suspenso só até o julgamento da exceção no primeiro grau de jurisdição, pois o recurso cabível dessa decisão (agravo de instrumento) não tem, nesse caso, efeito suspensivo’.

Já **Frederico Marques** (‘Manual de Direito Processual Civil’, 2ª vol., 85/86, 1974, ed. Saraiva) ensina que:

‘O julgamento definitivo dar-se-á com a decisão de primeiro grau, contra a qual cabe recurso de agravo de instrumento, que não tem efeito suspensivo.

(...)

Note-se que o texto fala em julgamento definitivo (isto é: que define a controvérsia suscitada) e não em julgamento final. E como o agravo de instrumento não tem efeito suspensivo, a definição dada à controvérsia, no ato jurisdicional que decide a questão, começa desde logo a produzir seus efeitos, ou para que de imediato se remetam os autos ao Juízo competente, ou para que permaneçam no Juízo em que a ação foi proposta. Em um ou outro juízo, no entanto, o processo será reiniciado, pondo-se fim à suspensão. Do contrário, sem regra especial nesse sentido, o agravo de instrumento acabaria, **in casu**, tendo efeito suspensivo ao arripio do artigo 497 do CPC’.

Sérgio Sahione Fadel ('Código de Processo Civil Comentado', t. 11/159, ed. 1974), encarta na mesma tese:

'O julgamento definitivo da exceção é o julgamento pelo juiz singular, ou pelo Tribunal, se for o caso de exceção arguível ou processável perante órgão colegiado; não se requer nem o julgamento final pelo Tribunal, nem o trânsito em julgado da decisão, para que a causa principal tenha andamento, porque o agravo de instrumento, que é o recurso cabível da decisão que a julga, não tem efeito suspensivo'.

Também **Alcides de Mendonça Lima** ('A Nova Sistemática das Exceções, R. Processo 5/74', ed. Revista dos Tribunais, — 1977, p. 74, n. 35) segue a mesma linha de raciocínio:

'O recurso contra a decisão que julga a exceção ou contra a qual o juiz, de ofício, se declare incompetente (relativa ou absolutamente n. 17/21) é o agravo de instrumento (art. 522). Como o mesmo não tem efeito suspensivo, a paralisação do feito, motivada pela exceção, cessa, podendo prosseguir normalmente'.

Trilhando o mesmo caminho já exposto pelos doutrinadores acima, **J. J. Calmon de Passos** ('Comentários ao Código de Processo Civil', 3ª ed., vol. III/397, ed. Forense) nos diz que:

'Recebida a exceção de incompetência, suspeição ou impedimento, o processo ficará suspenso, suspensão que se estende do recebimento até o julgamento definitivo da exceção. Esse termo 'julgamento definitivo' reclama esclarecimento. Entende-se como tal o julgamento oferecido pelo juiz, na exceção de incompetência, porquanto o recurso interponível não tem efeito suspensivo, devendo o processo retomar seu curso'

(Ag n. 53.658/SP DJ de 19.11.1987)".

Ante o exposto, conheço do recurso, em razão do dissídio jurisprudencial, mas lhe nego provimento.