





**RECURSO ESPECIAL Nº 49.137 – SP**

(Registro nº 94.0016117-4)

Relator: Ministro Barros Monteiro  
Recorrentes: Osmar Gomes e outros; JZM Planejamento Imobiliário e Construções Ltda  
Recorridos: Os mesmos  
Advogados: José Perdiz de Jesus e outros e Nelson Fatte Real Amadeo e outro

**EMENTA:** Promessa de venda e compra – Consignação em pagamento e ação de rescisão contratual – Reajustamento das prestações – Obra já concluída – Inaplicação do índice setorial da construção civil – Art. 1º, § 1º, da Lei nº 7.774, de 08.06.89.

Parcelas oferecidas com atualização feita até a data do vencimento e não até o dia da oblação – insuficiência.

– Estando a obra finda, inadmissível apresenta-se a pretensão de reajustar-se as prestações pelo índice setorial da construção civil, por inaplicável à espécie o disposto no art. 1º e § 1º da Lei nº 7.774, de 08.06.89.

– É insuficiente o depósito feito pelo devedor na consignatória que não inclui a correção monetária correspondente ao período compreendido entre a data do vencimento e o dia da efetiva oblação em juízo.

Recursos especiais não conhecidos.

**ACÓRDÃO**

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

Brasília-DF, 17 de dezembro de 1998 (data do julgamento).

Ministro BARROS MONTEIRO, Presidente e Relator.

Publicado no DJ de 12.04.99.

## RELATÓRIO

O SR. MINISTRO BARROS MONTEIRO: Osmar Gomes, Wilson Gomes e respectivas mulheres ajuizaram ação de consignação em pagamento contra “JZM – Planejamento Imobiliário e Construções Ltda”, alegando que celebraram com a ré contratos de promessa de venda e compra relativos a dois apartamentos localizados na cidade de Guarujá, convencionando que as parcelas seriam reajustadas de acordo com a variação das OTNs. Esclareceram que, com a extinção do referido fator de atualização, a ré resolveu unilateralmente alterar o pactuado, pretendendo a aplicação dos índices do “Sinduscon” ao arrepio do estipulado na avença e dos indexadores oficiais, quais sejam, o IPC durante a fase de congelamento e, após, o BTN. Pretenderam a extinção das obrigações relativas à segunda parcela fixa, vencida em 02.08.89, e às parcelas mensais correspondentes aos meses de agosto a setembro de 1989, na conformidade com o critério por último mencionado.

De sua vez, a ré propôs ação de rescisão contratual, cumulada com reintegração de posse e indenização por perdas e danos, visando ao desfazimento dos negócios em virtude da mora em que incorreram os compromissários-compradores.

Reunidos os feitos para julgamento conjunto, o MM. Juiz de Direito julgou procedente a ação consignatória, declarando extintas as obrigações dos autores em relação às parcelas depositadas, e improcedente a ação de rescisão contratual.

Por unanimidade, o Tribunal de Justiça de São Paulo deu parcial provimento à apelação interposta pela promitente-vendedora, para julgar improcedente também a ação de consignação em pagamento, mantida, à maioria de votos, a improcedência da ação de rescisão de contrato. Votou vencido o Desembargador Laerte Nordi, que provia integralmente o apelo.

Rejeitaram-se os embargos de declaração opostos pelos compromissários-compradores.

Com apoio no voto minoritário, “JZM – Planejamento Imobiliário e Construções Ltda” ofereceu embargos infringentes, que foram rejeitados em acórdão assim ementado:

“Contrato – Imóvel construído – Prestações – Índice de custo da construção civil – Substituição – Inadmissibilidade – Cláusula nula – Aplicação analógica do art. 5<sup>a</sup> da Lei n<sup>a</sup> 7.801/89, e arts. 1<sup>a</sup> e 2<sup>a</sup> da Lei n<sup>a</sup> 7.989/89 – Embargos rejeitados.

Tratando-se de imóvel já acabado, é nula a cláusula que prevê o índice de custos da construção civil, como índice substitutivo da OTN, pouco importando a superveniência de leis que permitissem indicador alternativo” (fl. 400).

Rejeitaram-se, em seguida, os declaratórios opostos pela promitente-vendedora.

Contra o acórdão proferido em sede de apelação, os compromissários-compradores manejaram recurso especial com fulcro na alínea a do permissor constitucional, asseverando negativa de vigência dos arts. 955, 959, II, e 976 do Código Civil, sob o fundamento de que o v. acórdão lhes impôs os ônus da mora, a qual somente se caracterizou em relação à recorrida. Defendem daí que solveram o débito pontualmente no vencimento.

Contra o acórdão dos embargos infringentes, a promitente-vendedora manifestou também recurso especial com arrimo nas alíneas a e c do admissivo constitucional, apontando negativa de vigência do art. 1º, § 1º, da Lei nº 7.774, de 08.06.89, além de dissídio pretoriano com arestos do Primeiro Tribunal de Alçada Civil de São Paulo e do Supremo Tribunal Federal. Reportando-se ao princípio da autonomia da vontade, a recorrente sustentou a incidência no caso do índice do “Sinduscon” após a extinção da OTN, tal como previsto nos ajustes firmados. Aduziu que não era permitido aplicar-se, por analogia, o art. 5º da Lei nº 7.801, de 11.07.89. Por fim, salientou que, a despeito de se cuidar de imóveis prontos, a atualização do preço há de corresponder a elevação do custo da construção, porquanto esse será o custo da reposição da mercadoria equivalente no seu estoque.

Contra-arrazoados, ambos os apelos extremos foram admitidos na origem. É o relatório.

## VOTO

O SR. MINISTRO BARROS MONTEIRO (Relator): 1. Na cláusula 4.4 das avenças, os contraentes estipularam que, na hipótese de extinção da OTN, à promitente-vendedora era facultado optar, em substituição, pelo uso do índice setorial de custo da construção civil divulgado pelo “Sinduscon”. Essa disposição contratual foi tida como ilícita e, por conseguinte, como nula pelo egrégio Sodalício estadual, tanto em sede de apelação como em grau de embargos infringentes, diante da circunstância de que se tratava de apartamentos prontos, com a construção inteiramente concluída.

Tal orientação encontra-se em plena harmonia com a jurisprudência hoje já assente nesta Corte Superior. Em ação consignatória proposta também por compromissários-compradores, dotada de vários aspectos similares ao da presente demanda, esta Quarta Turma teve ocasião de proclamar ser indevida a pretensão de aplicar-se o índice setorial de construção civil divulgado pelo “Sinduscon”, desde que já finda a construção do imóvel. Refiro-me ao REsp nº 20.394-0-SP, por mim relatado, em que se destacou o fato de não ser pertinente à espécie o art. 1º da Lei nº 7.774, de 08.06.89, o mesmo agora invocado pela empresa promitente-vendedora. Inúmeras decisões seguiram-se, oriundas de ambas as Turmas que compõem a Segunda Seção deste Tribunal. Ao apreciar o REsp nº 28.322-3-SP, sob a relatoria do eminente Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, este órgão fracionário reiterou o entendimento, registrado na ementa do v. aresto, de conformidade com o qual “tratando-se de financiamento de imóvel por construtora, descabe utilizar a atualização das prestações com base no índice setorial da construção civil – ‘Sinduscon’ – quando já terminada a obra”. No mesmo diapasão: REsp nº 60.076-6-SC, relator Ministro Eduardo Ribeiro; REsp nº 89.323-SP, relator Ministro Costa Leite; REsp nº 54.317-SP, relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar; REsp nº 35.878-SP, relator Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira; e REsp nº 60.879-SP, relator Ministro Waldemar Zveiter.

De sorte que não se pode falar, no caso, em negativa de vigência do art. 1º, § 1º, da Lei nº 7.774, de 08.06.89.

Insurge-se, ainda, a promitente-vendedora (2ª recorrente) contra a adoção do BTN como indexador, visto que – segundo ela – indevida a aplicação na espécie, por analogia, do art. 5º da Lei nº 7.801, de 11.07.89.

Ainda que, no particular, a recorrente não tenha mencionado expressamente essa norma de lei federal como transgredida pelo v. acórdão, tem-se que pelo menos feriu ela a questão jurídica correspondente, ao rebelar-se contra a incidência, por interpretação analógica, do referido preceito legal. Ocorre que, mesmo neste tópico da irresignação, o REsp interposto não colhe. Para manter como indexador na hipótese **sub judice** o BTN, o julgado recorrido reportou-se ao disposto nos arts. 1º e 2º da Lei nº 7.989, de 28.12.89, a respeito dos quais assim se pronunciou:

“A embargante insurge-se contra essa aplicação analógica, mas, ainda que se lhe quisesse dar alguma razão, isto não é possível diante dos próprios termos da Lei nº 7.989, de 28 de dezembro de 1989 que se refere a contratos de alienação e de promessa de venda e compra de imóveis não abrangidos pelo Sistema Financeiro da Habitação (art. 1º e § 2º), como acontece no caso destes autos.

E, ao reportar-se essa Lei ao art. 1<sup>a</sup> da Lei n<sup>o</sup> 7.774, de 8 de junho de 1989, indica que se trata de pactos com cláusula de reajuste pela variação das OTNs, por sinal escolhida pelos litigantes.

Por fim, o reajustamento das prestações, pela já mencionada Lei n<sup>o</sup> 7.989, tinha que ser feito pelo BTN, uma vez que o seu art. 2<sup>a</sup> fixou o critério de conversão em BTNs das obrigações contratualmente indexadas em OTNs, critério que, por analogia, tinha que ser aplicado à espécie” (fls. 404/405).

Frise-se que o v. acórdão invocou, a propósito de referido diploma legal (Lei n<sup>o</sup> 7.989/89), a aplicação meramente analógica para este caso.

Ora, este fundamento expendido pelo decisório hostilizado deixou de ser impugnado de maneira específica pela empresa recursante, dando ensejo assim à incidência do Verbete Sumular n<sup>o</sup> 283 do Excelso Pretório.

Ainda que assim não fosse, vale ressaltar que esta colenda Turma tem admitido o BTN como indexador em espécies semelhantes. Ao apreciar o REsp n<sup>o</sup> 35.878-SP, relator o Sr. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, supra-aludido, determinou-se o emprego do BTN e não o índice setorial da construção civil.

Idêntica diretriz traçou-se no REsp n<sup>o</sup> 20.394-0-SP, por igual já referido acima, quando este Relator teve oportunidade de justificar a adoção do mencionado indexador:

“Vale dizer, após fevereiro de 1989, o indexador a ser empregado no reajustamento das aludidas obrigações era, por força de expressa disposição legal, o BTN. O próprio ‘Sindicato da Indústria da Construção Civil e de Grandes Estruturas no Estado de São Paulo’ em julho de 1989 recomendara aos seus filiados a utilização do BTN como ‘referencial para atualização monetária de qualquer contrato’ (fl. 172).

A colenda Terceira Turma desta Casa, conhecendo de espécie similar a esta chegou a atribuir caráter interpretativo à Lei n<sup>o</sup> 7.989/89 em relação à anterior, Lei n<sup>o</sup> 7.774/89 (AgRg no Ag n<sup>o</sup> 26.241-2-SP, relator Ministro Dias Trindade; REsp n<sup>o</sup> 20.442-4-MG, relator também Ministro Dias Trindade; e REsp n<sup>o</sup> 38.242-4-SP, relator Ministro Waldemar Zveiter).

Conquanto se deva observar que a citada Lei n<sup>o</sup> 7.989, de 28.12.89, não possui efeitos retro-operantes, conforme ela mesma ressaltou em seus arts. 2<sup>a</sup> e 3<sup>a</sup>, claro está que as suas normas interferem diretamente na interpretação e alcance que se deve conferir ao art. 1<sup>a</sup> da Lei n<sup>o</sup> 7.774, de 08.06.89, pois que, como enfatizado, ambos os estatutos legais se inserem

num único e uniforme sistema. Não podem à evidência ser vistos isolados e independentemente”.

De outro lado, o dissenso interpretativo sugerido pela recorrente não logra concretizar-se, seja porque não procedeu ela desde logo à demonstração analítica da divergência, mencionando as circunstâncias que assemelhem ou identifiquem as hipóteses confrontadas (art. 255, § 2º, do RISTJ), seja porque, de qualquer forma, distintas se apresentam as questões enfocadas pelos acórdãos selecionados como paradigmas.

2. A sua vez, o 1º REsp, manifestado pelos compromissários-compradores, não obtém melhor sorte.

A oblação por ele feita foi reputada como insuficiente, desde que os depósitos foram corrigidos até o vencimento de cada parcela e não até o dia da oferta. Nesse ponto, claro está que o **decisum** recorrido não atritou com os artigos de lei federal indicados no apelo extremo.

A exigência formulada pelo v. acórdão não diz com as conseqüências da mora em que teria incorrido a promitente-vendedora. Se a parte não atualizou a prestação devida até o dia do oferecimento, o depósito realmente não pode ser tido como integral. A correção monetária, consoante vem decidindo de há muito esta Corte, não é um **plus**, mas a mera reposição da identidade da moeda corroída pelo fenômeno inflacionário. “Impõe-se ao devedor, na consignatória, ao efetuar o depósito, fazê-lo com inclusão da correção monetária do período compreendido entre a data do vencimento da obrigação e a do efetivo depósito, sob pena de ser julgado improcedente o pedido” (cf. AgRg no Ag nº 48.450-5-SP, relator Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira). De teor similar podem ser citados os seguintes arestos: REsp nº 85.358-SP, relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar; e REsp nº 20.186-3-RJ, relator Ministro Dias Trindade.

3. Do quanto foi exposto, não conheço dos recursos.

É como voto.

---

---

## RECURSO ESPECIAL Nº 63.705 – PR

(Registro nº 95.0017578-9)

Relator: Ministro Cesar Asfor Rocha

Recorrente: Lapsen S/A

Recorrida: Nissei Sangyo Co. Ltda

Interessados: Toaldo e Toaldo Ltda e outro

Advogados: Carlos Roberto Claro, Genésio Tavares e outros

**EMENTA:** Processual Civil – Concordata – Impugnação de crédito resistida – Concordatária vencida – Honorários advocatícios devidos.

Resistindo a concordatária à impugnação de crédito e sendo ela derrotada, são por ela devidos honorários sucumbenciais.

Recurso especial conhecido, mas desprovido.

## ACÓRDÃO

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

Brasília-DF, 3 de dezembro de 1998 (data do julgamento).

Ministro BARROS MONTEIRO, Presidente.

Ministro CESARASFOR ROCHA, Relator.

---

Publicado no DJ de 22.03.99.

## RELATÓRIO

O SR. MINISTRO CESARASFOR ROCHA: Ao negar provimento à apelação agitada pela concordatária, ora recorrente, o r. aresto hostilizado, no que interessa, deu por incidente a correção monetária, nos termos do Enunciado nº 8 da Súmula STJ, e condenou a concordatária ao pagamento de honorários advocatícios.

Recebidos os embargos de esclarecimento apenas para declarar serem devidos os juros contratados, foi interposto o recurso especial em exame com base nas letras **a** e **c** do permissor constitucional por sugerida divergência com o julgado que indica e por alegada violação aos arts. 128 e 460 do Código de Processo Civil, porque o julgamento, quanto à correção monetária, teria sido **extra petita**, e aos arts. 23, parágrafo único, II, e 208, § 2º, da Lei Falimentar, por ter sido a recorrente condenada na verba honorária.

A douta Subprocuradoria Geral da República opinou pelo seu parcial provimento apenas para excluir os honorários.

Recebi o processo, por atribuição, em 1<sup>a</sup> de fevereiro de 1996, e remeti-o para pauta no dia 3 de junho do ano seguinte.

É o relatório.

## VOTO

O SR. MINISTRO CESAR ASFOR ROCHA (Relator): 1. O recurso não pode ser conhecido pela alegada ofensa aos arts. 128 e 460 do Código de Processo Civil, pois as normas neles insertas não mereceram a mais mínima interpretação por parte do acórdão recorrido, não tendo tido a parte o cuidado de opor, contra eventual omissão, os necessários embargos declaratórios.

Aplicação, pois, dos Verbetes n<sup>os</sup> 282 e 356 da Súmula do Pretório Excelso.

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

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

2. Aprecio, agora, a questão referente aos honorários advocatícios, a cujo pagamento a recorrente foi condenada e, quanto a esse tópico, tenho por configurada a dissidência.

Ao discorrer sobre o princípio da sucumbência, **Chiovenda** (in Instituições de Direito Processual, vol. III, p. 285), na remissão feita por **Luiz Carlos de Potilho** (in RF 246/221), observou que “o fundamento dessa condenação é o fato objetivo da derrota, e a justificação desse instituto está em que a atuação da lei não deve representar uma diminuição patrimonial para a parte a cujo favor se efetiva; por ser interesse do Estado que o emprego do processo não se resolva em prejuízo de quem tem razão e por ser, de outro turno, interesse do comércio jurídico que os direitos tenham um valor tanto quanto possível, nítido e constante”.

Essa, certamente, foi a motivação que teve o legislador do Código de Processo Civil vigente quando, no seu art. 20, impôs ao vencido pagar ao vencedor as despesas que antecipou e os *honorários advocatícios*.

Em comentário a tal dispositivo, o mestre **Pontes de Miranda** (in Comentários ao Código de Processo Civil, Tomo I, p. 416) leciona que “hoje não há qualquer especialização de ações para que incida o art. 20. Não importa se a

ação é declaratória, constitutiva positiva ou negativa, condenatória, mandamental ou executiva. Não mais se limita a sanção às ações do ato ilícito absoluto ou relativo. Pressuposto necessário é um só: ter havido perda da causa, pelo autor, ou pelo réu, ou quem quer seja perdente”.

Verifica-se, assim, que, em tese, havendo pretensão resistida e sendo esta solucionada com a decretação da derrota de uma das partes, a que for sucumbente deverá arrostar com o ônus da verba honorária, que é devida ao patrono do contendor vitorioso.

Todavia, quanto ao específico tema ora em análise, a jurisprudência continua inquieta, como igualmente reina divergência, sobre ele, em sede doutrinária. Há convincentes argumentos sustentados por autorizadas vozes que se contrapõem, como sublinha **Yussef Said Cahali** (in *Honorários Advocatícios*, 3ª ed., RT, 1997, pp. 1.223 e segs.), nessa sua obra que é a mais extraordinária sobre o assunto.

O eminente magistrado e professor expõe, como fundamento dos que negam o cabimento da verba honorária nas habilitações de crédito, mesmo quando estas foram impugnadas, a afirmação de que “a generalização do art. 20 (CPC) não desfaz o argumento de que a lei especial da falência só permite a aplicação subsidiária das normas do CPC se ela mesma não contiver norma específica em contrário. O art. 208, § 2º, é norma que contraria a generalização do art. 20 do CPC. E o art. 23, parágrafo único, II, da Lei Falimentar reforça a proibição da condenação da massa em honorária advocatícia despendida pelos credores para tomar parte na falência. Já o art. 77, § 7º, da Lei de Falências expressamente impõe ao vencido das reclamações restitutórias contestadas a condenação nas despesas. Se o legislador falimentar quisesse adotar igual regra para as impugnações de crédito, teria expressamente excepcionado o art. 208, § 2º, que é uma norma do título Das Disposições Gerais como fez o art. 77, § 7º, relativamente às restituições” (*op. cit.*, p. 1.224).

Ao lado disso, o eminente Desembargador **Yussef Said Cahali**, no seu já referido tratado, traz os seguintes argumentos que dão sustentação à tese dos que figuram na coluna dos aplicadores da verba cogitada, a saber:

“(...) a regra processual da sucumbência, de aplicação geral, tem aplicação subsidiária no processo falimentar, o processo de impugnação obedece ao rito normal das causas contenciosas; com a impugnação, surge a contenda a respeito da habilitação do crédito; sem dúvida, a concordata é um processo administrativo, mas, dentro da concordata, no seu bojo, ao se disputar sobre a validade de créditos apresentados, surge a contenda, que cabe ao juiz dirimir; e toda vez que o juiz resolve controvérsia entre partes,

dizendo com quem se acha o direito, está a exercer a sua função jurisdicional, sendo devidos honorários de advogado pelo vencido. De outro lado, o art. 208, § 2º, do Decreto-Lei nº 7.661/45, não se aplica aos processos contenciosos da massa, nestes incluídos os créditos impugnados. E tendo-se em vista que o pedido de restituição de mercadorias, quando impugnado, também assume o caráter contencioso, comportando a verba de honorários a cargo do vencido (art. 77, § 7º, da Lei de Falências), pela mesma razão, com arrimo no mesmo art. 77, § 7º, cabe a imposição da honorária de habilitação impugnado; trata-se aqui de aplicação analógica da lei, pois as despesas judiciais em sentido amplo, relativas à reclamação, compreendem honorários de advogados.” (op. cit., pp. 1.223/1.224).

Postas essas colocações, observo que no processo concordatário, em linha de princípio, não se pode atribuir à massa a responsabilidade pelo pagamento de honorários a advogados, seja dos credores, seja do falido (§ 2º do art. 208 da Lei Falimentar).

Mas é preciso se ter em conta que a **ratio legis** tem base na concepção de que o processo de concordata tem um acentuado conteúdo administrativo pelo que nele pode até nem haver, em sendo regular o seu curso, nenhuma pretensão resistida. Ademais, não se pode perder de vista que em havendo normalidade na sua solução, deve-se sempre preservar a massa de arrostar com novos encargos, ela que já é, por definição, financeiramente tão combatida (na concordata) ou tão deficitária (na falência).

Isso não significa dizer, contudo, que a massa esteja isenta – sempre e em termos absolutos – para suportar o gravame em exame.

Como visto, a mesma Lei Falimentar, no § 7º do seu art. 77, expressamente admite e até impõe ao vencido das reclamações restituições contestadas, a condenação nas despesas.

Será que pelo fato de ter explicitamente excepcionado somente esta hipótese dever-se-ia, só por isso, concluir que em nenhuma outra circunstância seria admissível a condenação de honorários?

Tenho para mim que não.

É que, como acima já afirmei, a norma contida no indicado § 2º do art. 208 da Lei Falimentar dirige-se, apenas, àquelas hipóteses em que a massa não oferece resistência à pretensão formulada por seu credor. Em havendo contenciosidade, a solução desloca-se para o cone de luz do *princípio nuclear* sobre cabimento de honorários, que decorre do só fato de ter havido sucumbência, conforme o disposto no art. 20 do Código de Processo Civil.

Dessarte, instalada uma causa e havendo sucumbência, impõe-se a condenação de honorários.

Da sempre atual colocação de **Francesco Ferrara** (in *Interpretação e Aplicação das Leis*, 2ª ed., Armênio Amado, Editor, Sucessor, Coimbra, 1963, p. 153), colho essa lúcida lição de que “a interpretação não se detém uma vez apurado o sentido das normas: compete-lhe ainda desenvolver o conteúdo das disposições, em todas as direções e relações possíveis. Frequentemente um só preceito de lei encerra em si vários princípios, dos quais apenas um está expresso, enquanto que os outros podem derivar-se por dedução lógica; e além disso a conexão das várias normas faz com que algumas se apresentem como regras e outras como exceções. Ora, o intérprete deve tirar dos princípios todas as conseqüências de que são capazes, embora algumas sejam expressas, enquanto que outras permanecem latentes. Os preceitos jurídicos têm um conteúdo virtual que é função do intérprete extrair e desenvolver. Assim se enriquece e elabora o material jurídico”.

Assim, cotejando-se todos os dispositivos acima mencionados e interpretando-os conjuntamente, a nenhuma outra conclusão se poderá chegar senão a de que é apenas aparente o conflito entre as regras contidas no § 2º do art. 208. da Lei Falimentar, e no art. 20 do Código de Processo Civil.

O princípio que aquela primeira aninha se ajusta ao da sucumbência instituído pela segunda, por isso mesmo que o primeiro só deve ser aplicado até enquanto, no bojo da concordata, não houver resistência e derrota da concordatária em pedido de habilitação ou impugnação de crédito, ou ainda, com maior razão, de restituição de mercadoria formulada por seu credor.

Ao contrário, em sendo resistida a pretensão do credor, e havendo sucumbência da massa ou da concordatária, quer seja nas hipóteses de habilitação ou impugnação de crédito ou, com maior razão, na de restituição de coisas, a solução da questão referente à fixação ou não da verba honorária se deslocará da zona de influência da Lei Falimentar para o raio de incidência da regra geral da sucumbência inserta no art. 20 da Lei Processual.

Dessa sorte, tendo havido, no caso, resistência da concordatária ao pleito da sua credora exposto na impugnação ao seu crédito, e tendo sido aquela vencida, é cabível a verba sucumbencial de honorários advocatícios.

Além de tudo isso, não se pode relevar que não é lógico nem é justo que o vitorioso na contenda, após passar por todos os conhecidos e naturais aborrecimentos, senão vexames, sempre presentes, ínsitos mesmos, em todas as pelepas judiciais, ainda sofra uma diminuição patrimonial, tendo que arrostar com a remuneração do trabalho do seu patrono.

Por fim, condenar o vencido em todas as parcelas da sucumbência é, sem dúvida, a solução mais conveniente, na medida em que, por um lado, refreia a concordatária em se envolver em lides temerárias ou procrastinatórias, sabedora aprioristicamente que a resistência impertinente lhe poderá causar gravames.

Diante de tais pressupostos, conheço do recurso pela divergência, mas para lhe negar provimento.

### VOTO-VISTA

O SR. MINISTRO RUY ROSADO DE AGUIAR: 1. Acompanho o eminente Ministro-Relator quanto ao tema da correção monetária e do alegado julgamento **extra petita**.

2. Porém, quanto aos honorários em impugnação ao crédito habilitado na concordata, lembro precedente desta egrégia Quarta Turma, de que fui relator (REsp nº 34.848-PR, de 16.05.95):

“A questão referente ao cabimento dos honorários advocatícios na habilitação de créditos em falências ou concordatas, ainda que mercedoras de impugnação, tem recebido resposta negativa nesta Corte, como se pode ver do REsp nº 8.832-0-SP, relator o eminente Ministro Barros Monteiro, de cujo voto extraio a seguinte passagem:

‘Tocante à verba honorária, firmou-se o entendimento no sentido de que nas habilitações de crédito em concordata não cabe a condenação em honorários de advogado, visto não se tratar de uma causa no sentido processual, mas de uma verificação contenciosa de créditos em concurso, no procedimento administrativo da concordata’.

No REsp nº 5.906-SP, o eminente Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, depois de ressaltar o descabimento dos honorários na simples habilitação em falência, onde sequer é exigida a participação de advogado (art. 82 da Lei de Falências), reproduz a lição de **Yussef Said Cahali**:

‘Na realidade, o melhor entendimento que se tem dado ao artigo 208, § 2º, da Lei de Falências, o qual dispõe que a massa não pagará custas a advogado dos credores e do falido, é o de que não cabe honorários advocatícios nas habilitações de crédito, mesmo quando impugnadas’ (Honorários Advocatícios, RT, nº 218).

3. Assim, louvando embora a motivação excelentemente deduzida pelo eminente Relator estou em manter a orientação da Turma, conhecendo em parte do recurso, pela alínea **a**, quanto aos honorários, e lhe dou provimento para excluir a verba.

### VOTO-VISTA

O SR. MINISTRO SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA: 1. Apresentou a recorrida impugnação de crédito em concordata, que foi acolhida nas instâncias ordinárias. A recorrente, inconformada, interpôs recurso especial alegando, além de dissídio, violação dos arts. 128 e 460 do Código de Processo Civil, porque o tribunal de origem teria se desviado do pedido recursal ao examinar a questão da incidência da correção monetária, bem como dos arts. 23, parágrafo único, II, e 208 da Lei de Falências, por ser indevida a verba honorária nos incidentes da concordata.

O Ministro Cesar Asfor Rocha, relator, por falta de prequestionamento afastou o conhecimento do recurso quanto ao argumento de ter ocorrido julgamento **extra petita**. No que concerne aos honorários, embora verificada a divergência, negou provimento ao apelo, entendendo que, em se tratando de pretensão resistida – impugnação de crédito com contestação por parte da concordatária – teria que se aplicar o princípio geral de sucumbência do Código de Processo Civil.

O Ministro Ruy Rosado de Aguiar, por sua vez, concordou com o relator quanto à inocorrência da suposta violação dos arts. 128 e 460 da lei instrumental civil, mas discordou no tocante à verba honorária, concluindo, na linha de precedentes da Turma, não ser ela cabível em impugnação de crédito.

2. No pertinente à alegada ofensa aos dispositivos do Código de Processo Civil, acompanho os votos já proferidos. A matéria não sofreu debate no Colegiado de origem, estando ausente, destarte, o requisito do prequestionamento. Impossível, portanto, analisar o tema, consoante dicção do Enunciado nº 282 da Súmula-STF.

3. A respeito da questão remanescente, relativa à verba honorária, o tema apresenta maior complexidade, especialmente em face do princípio da sucumbência agasalhado pelo Código de Processo Civil vigente, lei de igual hierarquia e posterior à Lei de Falências.

Lembra o Ministro Ruy Rosado de Aguiar, em seu voto divergente, que há precedentes desta Turma, um de minha relatoria (REsp nº 5.906-SP) e outro relatado pelo Ministro Barros Monteiro (REsp nº 8.832-0-SP), nos quais esta

Turma deu pela não-incidência dos honorários em se tratando de habilitação de crédito em falência ou concordata. Outra, aliás, não foi a linha adotada no REsp nº 34.848-PR, da relatoria de S. Exa. (DJ de 19.06.95), sendo ainda de aduzir com julgado do Supremo Tribunal Federal no RE nº 87.725-CE (RTJ 86/693), de que foi relator o Ministro Moreira Alves, com esta ementa, por mim trazida em precedente desta Turma:

“Não se tratando de institutos como os embargos de terceiro ou o pedido de restituição, o sistema da lei especial que disciplina a falência é contrário ao regime da sucumbência (arts. 23, parágrafo único, II, e 208, § 2º, do Decreto-Lei nº 7.661/45).”

E é de assinalar-se, outrossim, que não se recomenda a insegurança jurídica gerada pela oscilação de julgados sobre a mesma tese jurídica.

Após considerar todas essas circunstâncias, e refletir sobre a espécie, vejo, no entanto, que melhor se ajusta ao nosso sistema jurídico atual a posição sustentada pelo Ministro-Relator, onde S. Exa., arrimando-se em **Pontes de Miranda** (Comentários, tomo I, p. 416) e notadamente em lição mais atual de **Yussef Said Cahali** (Honorários Advocatícios, RT, 1997, 3ª ed., pp. 1.223 e segs.), defende o entendimento de que, em havendo contenciosidade na habilitação, devida se faz a imposição da verba.

Assim, com a devida **venia** da divergência, acompanho o eminente Relator em seu fundamentado voto e também nego provimento ao recurso.

## VOTO

O SR. MINISTRO BARROS MONTEIRO: Srs. Ministros, rogo vênias ao Sr. Ministro-Relator e ao Sr. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira para perseverar na orientação já traçada por este órgão fracionário, no sentido de que, nas habilitações de crédito de concordata, são indevidos os honorários advocatícios; isto pelo motivo já ressaltado de que não se trata, na habilitação, de uma causa no sentido processual, mas de uma mera verificação contenciosa de créditos em concurso, no procedimento administrativo da concordata, conforme, aliás, já teve até oportunidade de decidir neste sentido a Suprema Corte.

Acompanho, com a devida vênias, o voto do Sr. Ministro Ruy Rosado de Aguiar.

## VOTO DE DESEMPATE

O SR. MINISTRO BUENO DE SOUZA: Sr. Presidente, na assentada de 25 de março último, o eminente Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira bem resumiu, em seu voto-vista, as alternativas aventadas nos debates verificados na primeira sessão, consoante os tópicos que leio, a fim de avivar a memória da espécie:

“Em conclusão, o Sr. Ministro Cesar Asfor Rocha entende que, havendo contenciosidade, seriam devidos honorários porque haveria sucumbência, mesmo nos casos de impugnação e habilitação de crédito.

Aqui, anteriormente, julgamos os acórdãos – pelo menos no precedente que procurei, os quais não falavam tanto no problema da sucumbência, mas em habilitação. Mas, como citei **Yussef Said Cahali**, em edição anterior, onde havia uma referência de que não eram devidos os honorários e, agora, na terceira edição, trazida pelo Sr. Ministro-Relator, ele está defendendo esse ponto de vista na sua conhecida obra, o entendimento do Sr. Ministro Cesar Asfor Rocha está mais coerente com o sistema do código, ou seja, se a parte vem e se habilita, isso, **mutatis mutandis**, nos leva àquele raciocínio em termos de problemas de registro e problemas administrativos, quando ganha contenciosidade, isto é, a simples habilitação administrativa em inventário, em feito judicial, ou um feito de falência, só por isso não gera honorários. Mas, no momento em que surge a impugnação, a contenciosidade, a meu ver, são devidos esses honorários se a parte se muniu de advogado para se defender.

Por isso, reformulando o entendimento que tive anteriormente, curvo-me à orientação trazida pelo Sr. Ministro-Relator neste caso. Repudio nossos precedentes e me fixo nessa orientação.”

2. Assim atualizada a notícia do estado da causa, acrescento que, naquela oportunidade, passou S. Exa. a expor seu entendimento, que perfilha o sufragado, em seu douto voto, pelo eminente Ministro Cesar Asfor Rocha, ao concluir pela pertinência da condenação a honorários decorrentes da sucumbência em habilitação de crédito, uma vez que este fora impugnado, sem êxito, pela concordatária, fato que, em seu douto juízo, justifica a condenação discutida.

3. Os doutos votos dos preclaros Ministros Ruy Rosado de Aguiar e Barros Monteiro perseveraram, contudo, na interpretação que teve o beneplácito do Supremo Tribunal, segundo alega a concordatária recorrente (fls. 200 e ss., 2ª

vol.), na negativa dos honorários, de um modo geral, no processo falimentar, mercê da norma legal específica.

4. Princípio por esclarecer que as alusões a precedentes do Supremo Tribunal constantes das razões de interposição deste recurso especial não procedem, porquanto, na verdade, o v. acórdão de 23.09.77, no RE nº 87.725-CE, Rel. Ministro Moreira Alves (RTJ 84/693) se reporta a pedido de falência que não prosperou porque a devedora, no prazo legal, quitou o débito ajuizado. O entendimento do Excelso Pretório, ao prover o recurso e restabelecer a sentença do primeiro grau, se fixou em que a espécie se assemelha ao caso do mandado de segurança, quanto ao tópico em questão. Eis a ementa do aresto:

“Não se tratando de institutos como os embargos de terceiro o pedido de restituição, o sistema da lei especial que disciplina a falência é contrário ao regime da sucumbência (arts. 23, parágrafo único, II, e 208, § 2º, do Decreto-Lei nº 7.661/45).

Esse entendimento prevalece em face do atual Código de Processo Civil, até porque, com relação a ele, nada foi alterado pela adaptação da Lei de Falência ao novo sistema processual feita pelo art. 5º da Lei nº 6.014/73.”

Assim também ocorre no RE nº 97.106-BA, de que foi Relator, em 15.09.92, o Ministro Cordeiro Guerra (RTJ 103/893, com a mesma ementa).

5. Cabe concluir que a referência à jurisprudência do Supremo Tribunal, recusando honorários em pedido de decreto de falência no qual o requerente resulta sucumbente, não procede, tal como já assinalei ao votar como Relator, em 17.10.89, no REsp nº 355, com a honrosa aprovação desta Quarta Turma, vencido o Sr. Ministro Barros Monteiro. Para integrá-lo às razões deste voto, faço incluir nos autos cópia do referido precedente, que traz ementa deste teor:

“Processo Civil e Comercial.

Pedido de falência. Depósito elisivo.

1. É inquestionável, mormente nos dias atuais, o cabimento da incidência da correção monetária sobre o valor da dívida.

2. A demonstrada solvabilidade do devedor comerciante caracteriza a má utilização de pedido de falência como substitutivo de ação de execução de título extrajudicial.

3. Exclusão da condenação em honorários advocatícios que se im-

põe, eis que a via eleita invoca aplicação do art. 208, § 2º, da Lei Falimentar em seu necessário confronto com o artigo 20 do CPC.

4. Recurso especial conhecido e provido em parte.”

6. Esta orientação jurisprudencial admite, portanto, consoante a espécie, a incidência das normas do Código de Processo Civil sobre sucumbência.

Assim, como no caso em exame, quando se verifica que a declaração de crédito é indevidamente impugnada, impondo-se ao credor o ônus de constituir advogado; quando, afinal, se verifica que a concordatária impugnou infundadamente o crédito legítimo do declarante, valendo-se até de apelação, de embargos de declaração e de recurso especial, impõe-se carregar ao vencido as despesas judiciais e processuais.

7. À luz destes esclarecimentos e das considerações que venho de resumir, posso dispensar-me de maior explicitação das razões de decidir, que se colhem dos doutos votos do eminente Ministro-Relator e do douto Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, com a mais respeitosa vênua, dos ilustres Ministros Ruy Rosado de Aguiar e Barros Monteiro.

Voto, pois, pelo conhecimento do recurso, negando-lhe provimento, contudo.

---

---

## RECURSO ESPECIAL Nº 95.003 – RJ

(Registro nº 96.0028208-0)

Relator: Ministro Cesar Asfor Rocha  
Recorrente: Sindicato dos Administradores do Estado do Rio de Janeiro  
Recorrido: Guaraci Francisco Gonçalves  
Advogados: Paulo Caetano Pinheiro e outros, Paulo Eduardo de Araújo Saboya e outros

**EMENTA:** Processual Civil – Honorários de sucumbência – Ausência de contrato e de pagamento feito pelo constituinte.

Inexistindo contrato e não provando a parte qualquer pagamento feito ao seu advogado, os honorários sucumbenciais a este pertencem.

Recurso não conhecido.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do recurso. Votaram com o relator os Srs. Ministros Ruy Rosado de Aguiar, Sálvio de Figueiredo Teixeira e Barros Monteiro. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Bueno de Souza.

Brasília-DF, 23 de novembro de 1998 (data do julgamento).

Ministro BARROS MONTEIRO, Presidente.

Ministro CESAR ASFOR ROCHA, Relator.

---

Publicado no DJ de 12.04.99.

## RELATÓRIO

O SR. MINISTRO CESAR ASFOR ROCHA: O Sindicato recorrente promoveu uma ação de cobrança contra o advogado recorrido – que lhe prestava serviços autônomos de consultoria jurídica, pelo que vinha sendo remunerado, mensalmente, pelo sistema conhecido por “partido” – para dele haver as importâncias por ele recebidas a título de honorários de sucumbência, que o Sindicato entende que lhe pertenceriam, e não ao advogado.

As instâncias ordinárias julgaram a ação improcedente, tendo o v. aresto hostilizado lançado os seguintes e únicos fundamentos:

“E assim decidem porque inexistia relação de emprego, ou mesmo contrato que dispusesse sobre os honorários que fossem arbitrados pelo juiz, ou resultassem de acordo celebrado, consoante art. 99 e parágrafos, da Lei nº 4.215, de 27.04.63, então vigente (Estatuto da Ordem dos Advogados).

Este processo esteve suspenso, após a AIJ (fls. 173/174), **ex vi** da decisão de fl. 179, confirmada por acórdão desta Câmara, no Agravo de Instrumento nº 844/93, em apenso (fls. 112/113), tendo a Justiça Trabalhista concluído ‘que não há que se falar em vínculo empregatício’ e quanto aos *honorários advocatícios* por se derivar de relação jurídica de natureza civil, faltava-lhe competência para apreciar (fls. 205/206), trânsita em julgado pois o TRT, pela Terceira Turma, não conheceu do RO nº 809/90, por deserto (fls. 209/210).” (fls. 266/267).

Singelamente rejeitados os aclaratórios, adveio o recurso especial em exame com base nas letras a e c do permissor constitucional por sugerida divergência com os julgados referidos e por alegada violação aos arts. 16 da Lei nº 5.584/70 e 99 e seus parágrafos da Lei nº 4.215/63 (antigo Estatuto da OAB), então vigente.

Devidamente respondido, o recurso foi admitido na origem, pelo dissídio.

Após algumas movimentações o processo aportou em meu gabinete em 19 de maio do ano pretérito e indiquei-o para pauta no dia 1ª de outubro do corrente ano de 1998.

É o relatório.

### VOTO

O SR. MINISTRO CESARASFOR ROCHA (Relator): 1. O recurso não pode ser conhecido pela alegada ofensa ao art. 16 da Lei nº 5.584/70, por falta de prequestionamento.

Observe, ademais, que nem valeria o argumento de que os declaratórios opostos teriam viabilizado o conhecimento do recurso, nesse ponto, pois somente quando acolhidos é que se tem por suprida a alegada omissão do acórdão embargado.

Se o órgão julgador nela persistir, ao rejeitar os aclaratórios, deve a parte veicular no recurso especial ofensa às regras processuais pertinentes e não insistir na violação aos preceitos legais relativos ao mérito da causa, sem que sobre eles haja o órgão julgador emitido juízo explícito.

“Subsistindo a falta, malgrado o pedido de declaração”, anota o eminente Ministro Eduardo Ribeiro, “poderá ser eventualmente reconhecida a infração do disposto no artigo 535 do CPC, mas prequestionamento, quanto ao tema não tratado, continuou a não existir.” (AgRg no Ag nº 62.048-4-RJ, DJ de 08.05.95).

Nesse sentido o decidido no Ag nº 136.378-9 (AgRg)-SP da egrégia Segunda Turma do colendo Supremo Tribunal Federal, de que foi Relator o eminente Ministro Marco Aurélio, e o REsp nº 95.454-GO, desta egrégia Quarta Turma, de minha relatoria, este tendo sido assim sumariado, naquilo que para a hipótese há de útil:

“Processual Civil. Recurso especial. Ausência de prequestionamento. Embargos declaratórios rejeitados. Não conhecimento.

Impossível o acesso ao recurso especial, por falta de prequestiona-

mento, quando os temas nele insertos não foram, como na hipótese, objeto de debate na Corte de origem.

O requisito do questionamento só se acha suprido, em havendo omissão no aresto da apelação, se o órgão julgador, ao decidir os aclaratórios, tiver efetivamente enfrentado as questões nele veiculadas, suprimindo a omissão apontada, sob pena de, se ofensa à lei federal houver, ser aos arts. 458, II, e 535 do Código de Processo Civil, o que não se veiculou na espécie.

Recurso especial não conhecido.

2. Cuido agora de analisar a divergência sugerida, concluindo por inexistente.

Constou da sentença:

“Trouxe o sindicato como causa de pedir o fato de o réu, na qualidade de advogado, ter retido para si, verba honorária fixada em sentença trabalhista, em decorrência de acordo por ele intermediado, o que estaria em desacordo com norma legal, a qual determina que a verba honorária deve reverter para o sindicato, daí seu dever de devolver as referidas quantias.

A defesa, por seu turno, rebate os argumentos do autor aduzindo que, não integrava o corpo jurídico do sindicato, sendo que sua remuneração tinha uma parte fixa, bem assim que nos acordos que representou judicialmente o sindicato, este se encontrava na condição de substituto processual, não se inserindo no conceito de ‘assistência judiciária’, e por conseguinte, fora do âmbito da Lei nº 5.584/70.” (fl. 217).

Na hipótese, a discussão instalada decorreu de iniciativa do recorrente em cobrar do seu advogado, honorários de sucumbência, que este próprio havia recebido da parte adversa, em ação de que fora exitoso no seu patrocínio.

Registre-se que não havia relação de emprego entre a recorrente e o seu advogado, ora recorrido, nem este havia recebido qualquer importância para defendê-la (o r. aresto não tratou disso), nem havia contrato escrito disciplinando como o advogado seria remunerado pelo patrocínio na causa cogitada.

As decisões colacionadas não têm esses contornos fáticos.

No REsp nº 2.165-RS, relatado pelo eminente Ministro Bueno de Souza, e no Agravo de Instrumento nº 373.159-6, relatado pelo Desembargador Ale-

xandre Germano, discutiu-se sobre a legitimidade do advogado para executar os honorários de sucumbência.

Portanto, a lide instalada foi entre o advogado e a parte contra quem trabalhou.

No REsp nº 1.973-SP, relatado pelo eminente Ministro Eduardo Ribeiro, discutia-se se o advogado, que já recebia honorários mensais do seu constituinte e tendo ainda direito, como honorários de êxito, ao percentual correspondente a cinco por cento do que fosse efetivamente recebido pelo cliente, faria ou não jus a receber integralmente os honorários de sucumbência. Decidiu-se que o advogado “poderá fazer jus a alguma parte, após os necessários ajustes” (fl. 318).

Assentou-se, ademais, que “não pode haver dúvida, por um lado, de que a condenação do vencido destina-se, em princípio, a ressarcir o vencedor. Os honorários que pagou a seu advogado serão repostos pela condenação da parte contrária. Por outro, não se destinam a enriquecê-lo, não visam a dar-lhe mais do que despendeu, de tal modo que o resultado do processo pudesse representar proveito maior que o reconhecimento de seu direito”.

E mais: posto “que os honorários destinam-se a reembolsar a parte, o advogado não terá direito a cobrar os que resultem de condenação, quando já os houver recebido de seu constituinte, salvo, naturalmente, convenção em contrário. Ser-lhe-á lícito, entretanto, proceder à execução, em seu próprio nome, com base no art. 99, § 1º, da Lei nº 4.215/63, se por qualquer motivo não lhe houverem sido pagos. Poderá, ainda, executar a sentença, na medida em que a condenação em honorários exceder o que recebeu do cliente” (*loc. cit.*).

Por fim, o decidido pela Segunda Turma do TRT da 4ª Região, no Recurso Ordinário nº 5.654/88, da relatoria do Juiz José Luiz Ferreira Prunes, que teve por base o disposto no art. 16 da Lei nº 5.584/70, que não foi tratado no aresto recorrido.

Distintas, assim, as bases fáticas dos arestos confrontados.

Por isso que pelo dissídio o recurso não pode ser conhecido.

3. Aprecio, agora, a alegada violação ao art. 99 e seus parágrafos da Lei nº 4.215/63 (antigo Estatuto da OAB).

Já grifei que, no caso em tablado, a discussão instalada decorreu de iniciativa do recorrente em cobrar do seu advogado honorários de sucumbência que este próprio havia recebido da parte adversa, em ação de que fora exitoso no seu patrocínio.

Observei mais que não havia relação de emprego entre a recorrente e o seu

advogado, ora recorrido, nem este havia recebido qualquer importância para defendê-la (o r. aresto não tratou disso), nem havia contrato escrito disciplinando como o advogado seria remunerado pelo patrocínio na causa cogitada.

Essas são as premissas fáticas do caso em exame.

4. Ao discorrer sobre o princípio da sucumbência **Chiovenda** (in Instituições de Direito Processual, vol. III, p. 285), na remissão feita por **Luiz Carlos de Pótilho** (in RF 246/221), observou que “o fundamento dessa condenação é o fato objetivo da derrota, e a justificação desse instituto está em que a atuação da lei não deve representar uma diminuição patrimonial para a parte a cujo favor se efetiva; por ser interesse do Estado que o emprego do processo não se resolva em prejuízo de quem tem razão e por ser, de outro turno, interesse do comércio jurídico que os direitos tenham um valor tanto quanto possível, nítido e constante”.

Essa, certamente, foi a motivação que teve o legislador do Código de Processo Civil vigente quando, no seu art. 20, impôs ao vencido pagar ao vencedor as despesas que antecipou e os *honorários advocatícios*.

Vê-se, destarte, que a condenação do vencido se destina, em princípio, a ressarcir o vencedor. Os honorários que pagou a seu advogado serão repostos pela condenação da parte contrária.

Contudo, não se prestam a enriquecê-lo, não visam a dar-lhe mais do que despendeu, de tal modo que o resultado do processo pudesse representar proveito maior que o reconhecimento de seu direito.

Assim, quando muito o que se poderá dizer é que o advogado só não terá direito a ficar com os honorários resultantes de condenação apenas se já os houver recebido de seu constituinte, salvo, naturalmente, convenção em contrário.

Com efeito, à falta de estipulação em contrário, assim como não é justo que a parte não seja ressarcida, pelo vencido, do **quantum** que pagou ao seu patrono, igualmente não o é que ela perceba mais do que aquilo que já pagara.

Dessa sorte, quando inexistir contrato, como no caso, mais correto é que se tenha por destino os honorários sucumbenciais ao advogado, assegurando-se à parte o direito de ressarcir-se do valor já pago.

5. Na hipótese, todavia, o r. acórdão hostilizado não fez nenhum registro no sentido de que o recorrente tenha pago alguma importância ao recorrido, a título de honorários referentes à causa cogitada.

Sendo assim, correta a destinação dos honorários ao advogado recorrido.

Diante de tais pressupostos, não conheço do recurso.

## VOTO

O SR. MINISTRO SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA: Também acompanho o Sr. Ministro-Relator especialmente em face da nova legislação que rege a matéria.

## VOTO

O SR. MINISTRO BARROS MONTEIRO: Srs. Ministros, também acompanho o Sr. Ministro-Relator, adotando ainda as observações feitas pelo Sr. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira.

---

---

**RECURSO ESPECIAL Nº 102.819 – RJ**

(Registro nº 96.0048359-0)

Relator: Ministro Barros Monteiro  
Recorrente: Maria José Felipe Santiago  
Advogada: Maria Nice Leite de Miranda (defensora)  
Recorrido: Alverônio Mariano  
Advogados: Marly Mary Gonçalves da Silva e outro

**EMENTA:** Alimentos – União estável rompida anteriormente ao advento da Lei nº 8.971, de 29.12.94.

A união duradoura entre homem e mulher, com o propósito de estabelecer uma vida em comum, pode determinar a obrigação de prestar alimentos ao companheiro necessitado, uma vez que o dever de solidariedade não decorre exclusivamente do casamento, mas também da realidade do laço familiar. Precedente da Quarta Turma.

Recurso especial conhecido e provido, a fim de que, afastada a extinção do processo sem conhecimento do mérito, a causa prossiga em seus ulteriores termos de direito.

## ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer do

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

Brasília-DF, 23 de novembro de 1998 (data do julgamento).

Ministro BARROS MONTEIRO, Presidente e Relator.

---

Publicado no DJ de 12.04.99.

## RELATÓRIO

O SR. MINISTRO BARROS MONTEIRO: Perante a 14ª Vara de Família da Comarca do Rio de Janeiro, Maria José Felipe Santiago propôs ação de alimentos contra seu ex-companheiro, Alverônio Mariano.

O MM. Juiz de Direito, considerando que o pedido era juridicamente impossível, indeferiu a inicial, extinguindo o processo sem julgamento do mérito (art. 267, VI, do CPC).

O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro negou provimento ao apelo da autora, observando o disposto no art. 268 do CPC. Eis a ementa do acórdão:

“Alimentos.

Antes da entrada em vigor da Lei nº 8.791/94, a qualidade para reclamar-se alimentos originava-se do casamento ou do vínculo do parentesco e, assim, a concubina não possuía legitimidade **ad causam** para deduzir em Juízo a referida pretensão.

Prolatada a sentença que indeferiu a petição inicial da ação proposta pela companheira anteriormente à entrada em vigor da lei nova, não pode esta última ser levada em consideração quando do julgamento da apelação, sob pena de ferir-se o princípio da estabilidade da demanda. Inaplicam-se, por outro lado, as regras processuais do artigo 303, I, que se refere a **facultas agendi** e não a direito no sentido objetivo, e do artigo 462, que se relaciona a fato e não a norma jurídica.” (fl. 54).

Inconformada, a autora manifestou recurso especial com arrimo nas alíneas **a** e **c** do permissivo constitucional, apontando afronta aos arts. 2ª da Lei nº 5.478/68 e 462 do CPC, além de dissídio pretoriano. Afirmou que seu direito a alimentos nasceu com a Constituição Federal de 1988. De todo modo, disse que, quando do julgamento da apelação, em 13 de junho de 1995, já estava em

vigor a Lei nº 8.971/94 – diploma que regulamenta o direito dos companheiros a alimentos e à sucessão e que, em face do disposto no art. 462 do CPC, deveria ter sido aplicado imediatamente a espécie. Asseverou, ainda, que o art. 462 do CPC não se dirige apenas ao juiz de primeiro grau e que tem incidência desde que não haja modificação do pedido ou da causa de pedir – requisito atendido no caso em questão.

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

O parecer do Ministério Público Federal é pelo conhecimento e provimento do recurso especial.

É o relatório.

### VOTO

O SR. MINISTRO BARROS MONTEIRO (Relator): A união estável entre o homem e a mulher foi reconhecida, para efeito de proteção do Estado, como entidade familiar (Constituição Federal, art. 226, § 3º). Há que se considerar, porém, que determinadas normas pertinentes à relação familiar, a despeito de se dirigirem também aos cônjuges, são, antes de tudo, informadas pela solidariedade que advém da convivência familiar. É o que se dá exemplificativamente, como lembra o Prof. **Gustavo Tepedino**, com a legislação relativa à previdência social e à legislação infortunistica, “marcada pelo dever do Estado em se sub-rogar como artífice de conforto familiar”, assim como também com o direito de a companheira prosseguir no contrato de locação, “que tem em mira a garantia da moradia do locatário no seu núcleo familiar, pouco importando a forma de constituição de sua família” (Novas Formas de Entidades Familiares: Efeitos do Casamento e da Família não Fundada no Matrimônio, in *Temas de Direito Civil*, p. 341, Ed. Renovar, 1998).

Com respeito à pensão alimentícia, o ilustre jurista lembra que não se trata de um efeito próprio do casamento para concluir em seguida que: “o dever de alimentos, nascendo com o casamento, é informado pela solidariedade mútua que se estabelece na vida em comum, não sendo lícito excluir, por isso mesmo, da união estável, a possibilidade de gerar tais efeitos, uma vez demonstrada a solidariedade e o respeito inculpidos na vida dos companheiros ao longo dos anos. O dever de alimentos surge como uma substituição à mútua assistência, devida compulsoriamente no casamento e verificada espontaneamente na entidade familiar de fato. Não se justifica, por tais fundamentos, a negativa à estipulação de pensão alimentícia ao companheiro que dela necessita, após a separação, desde que verificados os pressupostos legais pertinentes” (ob. cit., pp. 342/343).

Essa orientação, aliás, já predominara neste órgão fracionário do tribunal quando do julgamento do REsp nº 36.040-RJ, de que foi relator o eminente Ministro Ruy Rosado de Aguiar. Naquela ocasião, S. Exa., o Sr. Ministro-Relator deixara acentuado, com a adesão de seus pares, que “união estável é geradora de direitos e obrigações, como a jurisprudência já reconhecia antes da promulgação da Constituição de 1988, – que veio apenas referendar sentimento da nação, – e que depois se consolidou com o texto da Carta e com a edição das Leis nºs 8.971/94 e 9.278/96. A união duradoura entre homem e mulher, com o propósito de estabelecer uma vida em comum, consolidada pelo tempo e pelo nascimento de filhos, como acontece no caso dos autos, pode determinar a obrigação de alimentar o companheiro necessitado, pois esse dever de solidariedade decorre do laço familiar e não exclusivamente do casamento”.

Eis por que, restringindo o v. acórdão o direito à prestação alimentícia ao cônjuge ou ao parente, contrariou ele o disposto no art. 2º da Lei nº 5.478, de 25.07.68, que permite o ajuizamento da ação de alimentos não só quando evidenciada a prova de parentesco, mas também a prova “da obrigação alimentar do devedor”. É deste último aspecto que se cuida na espécie em exame.

Ao afinal, tem-se que apenas não logra aperfeiçoar-se o dissídio interpretativo, uma vez que, a par de não haver satisfeito os requisitos mínimos para a configuração da divergência (arts. 541, parágrafo único, do CPC, e 255, § 2º, do RISTJ – um dos paradigmas oferecidos e representado pela reprodução de um voto simplesmente), a invocação da regra inscrita no art. 462 do CPC é irrelevante para o deslinde da controvérsia, conforme resulta da motivação supra-expandida.

Do quanto foi exposto, conheço do recurso pela alínea **a** do permissor constitucional e dou-lhe provimento, a fim de que, afastada a extinção do processo, a ação prossiga em seus ulteriores termos de direito.

É o meu voto.

---

---

## RECURSO ESPECIAL Nº 111.476 – MG

(Registro nº 96.0067132-0)

Relator: Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira  
Recorrentes: Wanda Gontijo de Siqueira e outros  
Advogados: Maria Tereza Moreira Cançado Pontes e outros

Recorrido: Luiz Carlos Alves Ferreira

Advogados: Aristóteles Dutra de Araújo Atheniense e outros

**EMENTA:** Direito de Família – Civil – Alimentos – Ex-cônjuge – Exoneração – Namoro após a separação consensual – Dever de fidelidade precedente – Recurso provido.

I – Não autoriza exoneração da obrigação de prestar alimentos à ex-mulher o só fato desta namorar terceiro após a separação.

II – A separação judicial põe termo ao dever de fidelidade recíproca. As relações sexuais eventualmente mantidas com terceiros após a dissolução da sociedade conjugal, desde que não se comprove desregramento de conduta, não têm o condão de ensejar a exoneração da obrigação alimentar, dado que não estão os ex-cônjuges impedidos de estabelecer novas relações e buscar, em novos parceiros, afinidades e sentimentos capazes de possibilitar-lhes um futuro convívio afetivo e feliz.

III – Em linha de princípio, a exoneração de prestação alimentar, estipulada quando da separação consensual, somente se mostra possível em uma das seguintes situações: a) convolação de novas núpcias ou estabelecimento de relação concubinária pelo ex-cônjuge pensionado, não se caracterizando como tal o simples envolvimento afetivo, mesmo abrangendo relações sexuais; b) adoção de comportamento indigno; c) alteração das condições econômicas dos ex-cônjuges em relação às existentes ao tempo da dissolução da sociedade conjugal.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, prosseguindo no julgamento, acordam os Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por maioria, conhecer do recurso e lhe dar provimento, vencido o Ministro Cesar Asfor Rocha. Votaram com o Relator os Ministros Ruy Rosado de Aguiar e Bueno de Souza.

Brasília-DF, 25 de março de 1999 (data do julgamento).

Ministro BARROS MONTEIRO, Presidente.

Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, Relator.

## RELATÓRIO

O SR. MINISTRO SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA: Cuida-se de ação proposta por ex-marido buscando exonerar-se do pagamento de pensão alimentícia à sua ex-mulher e a redução da devida aos filhos do casal, em número de 5 (cinco), a que ficou obrigado por ocasião da separação consensual do casal, no valor de 18,50 (dezoito vírgula cinqüenta) salários mínimos mensais, sendo 9,842 salários mínimos para a ex-mulher e 8,658 para os filhos (1,7316 para cada).

O autor fundamentou o seu pedido nos seguintes fatos, a saber: a) diminuição de sua capacidade laborativa, por doença; b) inconveniência da manutenção da pensão em salários mínimos, porque seus rendimentos auferidos no serviço público não estão vinculados ao salário mínimo; c) ter a ex-mulher economia própria, melhor do que quando era casada; d) por estar ela mantendo relacionamento com outro homem.

O Juiz, acolhendo apenas o quarto fundamento, julgou parcialmente procedente o pedido para exonerar o autor do pagamento da pensão à sua ex-esposa, mantendo-a, por outro lado, em relação aos filhos, assim se posicionando no que diz respeito aos terceiro e quarto fundamentos do pedido inicial:

“Quanto à situação financeira de Wanda, da prova exigida no artigo 401 do Código Civil c.c. 333, I, do CPC, não se desincumbiu o autor, já que o pequeno comércio de Wanda Gontijo de Siqueira continua pequeno (embora com objeto diferente), ou seja, da mesma forma do acórdão de 10 de outubro de 1991, cuja cópia se encontra às fls. 59/68.

Quanto à terceira tese expendida pelo autor, isto é, a existência de um companheiro na vida de Wanda, mais uma vez me reporto à opinião do Promotor de Justiça pois se os cônjuges têm ampla liberdade de vida após a separação e o divórcio, têm também que assumir os ônus decorrentes desta liberdade. No caso destes autos, e sopesando o depoimento pessoal de Wanda Gontijo de Siqueira, temos que sendo Wanda e Ary Beth pessoas adultas e experientes, não se queira dizer que o relacionamento amoroso entre eles – ainda que não **more uxorio**, em seu tradicional conceito de mesmo teto, etc. – seja de mero namoro (aí sim, incabível a exoneração, conforme já entendimento de segmento doutrinário e jurisprudencial).

Neste particular, louve-se a sinceridade de Wanda que em alto e bom tom disse em audiência que namorava Ary Beth há dois anos; que Ary frequenta a casa de Wanda (esclarecendo que Ary também é separado) e,

após um pequeno lapso em depoimento em audiência, retificou esclarecendo que foi com Ary Beth em Campos do Jordão.

Está mais do que provada a relação moderna concubinária entre Wanda e Ary. Entender-se o contrário, seria a mais pura ingenuidade! Apenas, pelo que dos autos consta, optaram por viver em casas separadas. Talvez Ary Beth queira morar com a mãe para melhor cuidar dela, talvez, repito. Wanda, igualmente, por questões pessoais, prefere receber Ary Beth em sua residência sem que ele transfira seu domicílio para lá. Mas a seriedade e a constância do envolvimento restou sim demonstrado”.

Interposta apelação pelos réus, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais negou-lhe provimento, referendando a sentença sob a seguinte fundamentação, colhida do voto-condutor do acórdão:

“Se o casal está, judicialmente, separado, inexistente o dever de fidelidade recíproca. Os cônjuges estão livres para adotar o estilo de vida, de acordo com suas conveniências.

É indiscutível que se o novo estilo de vida for incompatível com a assistência alimentar do ex-marido, este poderá exonerar-se do encargo assumido no ajuste da separação.

Não compete ao varão exigir da ex-esposa uma fidelidade integral, como se ainda estivesse na constância do matrimônio.

Todavia, ‘não se tem admitido a exigência de alimentos pela mulher que, após a separação, passa a levar vida totalmente livre e dissoluta, porquanto se entende que não é justo impor ao ex-marido o vexamoso ônus de custear as aventuras imorais da ex-esposa’ (cf. **Humberto Theodoro Júnior**, Direito de Família, vol. 1, p. 457).

Ora, o conjunto probatório dos elementos de convicção evidencia sério comprometimento da apelante com outro homem após a separação, e já há mais de dois anos, em face de um estreito e afetuoso namoro, com visitas à residência da varoa, inclusive com viagens juntos.

É da jurisprudência tranqüila que ‘não pode o homem ser compelido a prestar alimentos à sua ex-esposa se comprovado que, após a separação, uniu-se ela a outro homem, ainda que transitoriamente. Tal procedimento exonera definitivamente o ex-marido da obrigação alimentar...’ (RT 566/93)”.

Inconformada, apenas a ex-mulher manifestou recurso especial, no qual alega dissenso interpretativo com julgados dos Tribunais de Justiça de São Paulo e do Rio Grande do Sul. Sustenta, em suma, que, com a dissolução da sociedade conjugal, cessa para ambos os cônjuges o dever de fidelidade, não sendo ilícitas as relações sexuais de qualquer deles com terceira pessoa, impondo-se reconhecer ser insuficiente para justificar a exoneração do alimentante o mero fato de a alimentada ter relacionamento com outro homem, após a separação judicial.

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

O Ministério Público Federal opina pelo não conhecimento do recurso, arrimando-se no Enunciado nº 7 da Súmula-STJ.

É o relatório.

### VOTO

O SR. MINISTRO SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA (Relator):

1. Tenho como caracterizado o dissídio pretoriano, assim como concluiu o prévio juízo de admissibilidade, nestes termos, a dispensar maiores acréscimos:

“Afirma” (a recorrente) “instalada a divergência interpretativa entre tribunais no que tange ao tema objeto de decisão, pois nos acórdãos trazidos a confronto ficou consignado que, extinto o casamento, extinguem-se os deveres de coabitação e de fidelidade recíproca, não o de assistência mútua, em virtude do que o só fato de o cônjuge credor de alimentos reatar sua vida afetiva, não desonera o devedor da obrigação de prestá-los, pois a condição para a desoneração é que o credor deles não mais necessite ou que o devedor não possa provê-los, afora os casos de comportamento aberrante. Tendo o Colegiado decidido de forma contrária – finaliza – divergiu da jurisprudência dominante, dando ensejo à interposição do apelo manejado.

.....

Não cuidam estes autos de caso de comportamento atípico de cônjuge credor de alimentos, hipótese de que também não cuidam os arestos tidos como divergentes. Em todos os casos analisados, houve pedido de exoneração de pensão por parte do cônjuge devedor, por haver o credor se amancebado, sem que se fizesse prova de sua desnecessidade em relação aos alimentos.

Entendeu a Turma julgadora pela desoneração do cônjuge-varão dos

alimentos que prestava à ex-mulher por evidenciar-se ‘sério comprometimento da apelante com outro homem após a separação, e já há mais de dois anos, em face de um estreito e afetuoso namoro, com visitas à residência da varoa, inclusive com viagens juntos’.

Em situação semelhante, entendeu o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (Embargos Infringentes nº 5992017649) que castidade de mulher separada não é ‘requisito, pressuposto, condição, nem elemento legal do direito a alimentos, estatuído em sentença ou convenção’. No mesmo sentido, manifestou-se o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Embargos Infringentes nº 146.588-1-3-1), decisões trazidas aos autos pela recorrente.”

Em suma, enquanto os acórdãos paradigmas concluíram que o simples fato da ex-mulher possuir relacionamento amoroso com terceiro, após a separação, não se apresenta como motivo suficiente a ensejar a exoneração da pensão, uma vez não demonstrada a desnecessidade dessa pensão, o julgado impugnado entendeu diversamente, ao assentar que o fato de a recorrente estar namorando há mais de dois anos outro homem, ainda que não seja sob o mesmo teto, seria causa suficiente a permitir a exoneração do ex-marido do pagamento da pensão.

2. Conhecendo do recurso, passo ao exame do seu mérito.

Segundo jurisprudência que cada vez mais se firma, a separação judicial põe termo ao dever de fidelidade recíproca. As relações sexuais mantidas com terceiras pessoas, após a dissolução da sociedade conjugal, não configuram ilícito e, desde que se não comprove desregramento de conduta, capaz de caracterizar vida devassa e dissoluta, não têm o condão de ensejar a exoneração da obrigação de alimentar.

**In casu**, as instâncias ordinárias, apenas pelo fato de a ex-mulher estar namorando outro homem, concedeu ao ex-marido a exoneração definitiva pleiteada. Adotou como motivação entendimentos jurisprudencial e doutrinário no sentido de que “o varão não pode ser compelido a prestar alimentos a sua ex-mulher se comprovar que após a separação andou ela a se aventurar ou meteu-se em concubinato, ainda que episódico ou transitório”.

Adstrito o âmbito da controvérsia a esse limite – se o fato da ex-mulher possuir relacionamento com outro homem após a separação, se mostra suficiente a gerar a extinção do dever de prestar alimentos – entendo não poder prevalecer a orientação sufragada pelo v. acórdão recorrido. O debate, no momento em que se examina o especial, é de assinalar-se, restringe-se às conseqüências jurídicas dessa situação. Não se prende ele, com efeito, ao reexame de matéria

fática, ao contrário do que sustentam o recorrido e o Ministério Público Federal, mas à qualificação jurídica dos fatos.

Operada a separação judicial, desaparece, como mencionado, o dever de fidelidade. Os ex-cônjuges passam a gozar de liberdade para reconstruir suas vidas amorosas, buscando ligações afetivas com terceiras pessoas, até porque o relacionamento, desde que observados determinados limites impostos pela convivência social, é da natureza humana, normal no ser humano, homem ou mulher, e não um fenômeno proibido e merecedor da repulsa da lei e da sociedade.

Não estão impedidos os ex-cônjuges de estabelecer namoros ou relacionamentos mais íntimos colimando conhecer outros parceiros com os quais tenham afinidades capazes de possibilitar um futuro convívio comum e feliz.

Enquanto não se verificar o comportamento desregrado ou o convívio pela convalidação de novas núpcias ou pelo efetivo concubinato, não se mostra possível, com base apenas na comprovação da ocorrência de mero relacionamento amoroso do ex-cônjuge, deferir-se a extinção da obrigação alimentar. O simples namoro com outra pessoa, que, enquanto vigente o matrimônio, mesmo quando eventual, constitui infidelidade, não consubstancia, se já dissolvida a sociedade conjugal, qualquer irregularidade. E, porque não envolve mútua assistência, não enseja a desobrigação do ex-cônjuge alimentante. Neste sentido, decidiu esta Quarta Turma, como se vê do REsp nº 21.697-SP (RSTJ 54/164), de minha relatoria, com esta ementa:

“Direito de Família. Civil. Alimentos. Ex-cônjuge. Exoneração. Filho concebido após a separação consensual. Dever de fidelidade. Recurso provido.

I – Não autoriza exoneração da obrigação de prestar alimentos à ex-mulher o só fato de esta haver concebido filho fruto de relação sexual mantida com terceiro após a separação.

II – A separação judicial põe termo ao dever de fidelidade recíproca. As relações sexuais eventualmente mantidas com terceiros após a dissolução da sociedade conjugal, desde que não se comprove desregramento de conduta, não têm o condão de ensejar a exoneração da obrigação alimentar, dado que não estão os ex-cônjuges impedidos de estabelecer novas relações e buscar, em novos parceiros, afinidades e sentimentos capazes de possibilitar-lhes um futuro convívio afetivo e feliz.

III – Em linha de princípio, a exoneração de prestação alimentar estipulada quando da separação consensual somente se mostra possível em uma das seguintes situações: a) convalidação de novas núpcias ou estabele-

cimento de relação concubinária pelo ex-cônjuge pensionado; b) adoção de comportamento indigno; c) alteração das condições econômicas dos ex-cônjuges em relação às existentes ao tempo da dissolução da sociedade conjugal.

IV – Inaplicável à espécie, porque não se trata no caso de fixação de pensão alimentícia, o entendimento que se vem firmando no sentido de que, hodiernamente, dada a equiparação profissional entre mulheres e homens, ambos disputando em condições de igualdade o mercado de trabalho, não se mostram devidos, nas separações sem culpa, alimentos aos ex-cônjuges, salvo se comprovada a incapacidade laborativa de um deles”.

Não fosse assim, aduza-se, a mulher divorciada/separada, uma vez pensionada por necessidade, ficaria desestimulada, ou quase impossibilitada, de buscar a sua felicidade pessoal em novo(s) relacionamento(s).

É certo que, se a pensionada, ou pensionado, passa, após a separação, a adotar comportamento leviano, igualmente não mais faz jus aos alimentos. Nessa hipótese, porém, por comportamento indigno. Esse, no entanto, não é o caso dos autos, nos quais não consta qualquer consideração a tal respeito.

Na espécie, por outro lado, como assentou a sentença, não houve alteração das condições existentes (Código Civil, art. 401). E nem se pediu a redução da pensão em relação à recorrente, mas tão-somente a exoneração.

Em suma, tão-somente pelo fundamento adotado, tenho, com respeitosa **venia**, que não se justifica a supressão da responsabilidade alimentar.

3. Em face do exposto, *conheço* do recurso e ao mesmo *dou provimento* para julgar improcedente o pedido de exoneração, condenando o autor nas custas processuais e nos honorários advocatícios, que, com base no § 4º, do art. 20, CPC, fixo em R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), valor a ser corrigido a partir da data deste julgamento.

## VOTO

O SR. MINISTRO BARROS MONTEIRO: Acompanho o Sr. Ministro-Relator, entendendo também que não se trata aqui de reexame de matéria de fato, mas sim de qualificação jurídica dos fatos expostos pelas instâncias ordinárias, mormente, pelo acórdão recorrido.

No tocante à questão de fundo, na linha dos precedentes mencionados por S. Exa., inclusive desta Turma, uma vez dissolvida a sociedade conjugal, não

ocorre mais o dever de fidelidade, tal como anotado no voto do Sr. Ministro-Relator.

Conheço do recurso e dou-lhe provimento.

### VOTO

O SR. MINISTRO CESAR ASFOR ROCHA: Sr. Presidente, na verdade, eu deveria pedir vista dos autos para elaborar um voto mais substancial sobre o tema.

Contudo verifico que a posição da Turma já está definida sendo irrelevante o meu voto para alterar o resultado do julgamento por isso mesmo que, para não retardar sua conclusão, profiro logo o meu voto.

Assim, ousou divergir de V. Exas. porque o acórdão recorrido sugere muito mais a existência de uma relação concubinária do que um simples namoro passageiro, de que pudesse decorrer relações físicas mais íntimas entre a recorrida (alimentada) e o seu namorado.

O que se verifica no acórdão é que os dois mantêm uma relação concubinária, ainda que se possa dizer que não vivendo sob o mesmo teto.

A desconstituição desses fatos, **data venia**, importaria no reexame de prova para afastar a constatação a que chegaram as instâncias ordinárias quanto à existência de uma relação concubinária.

Ora, a ocorrência desse estado de concubinato faz cessar o direito do ex-cônjuge de receber alimentos de seu antigo marido.

As normas jurídicas, e também as regras da moral, não recomendam que se imponha ao ex-cônjuge que preste alimentos ao outro que já mantenha uma relação concubinária com uma terceira pessoa.

Por isso, com o maior respeito, ousou discordar dos eminentes Ministros que me antecederam.

### VOTO-VISTA

O SR. MINISTRO RUY ROSADO DE AGUIAR: Peço vênias para acompanhar o eminente Ministro-Relator.

Se do namoro da mulher decorrer a perda do direito ao recebimento da pensão alimentar do ex-marido, estará sendo-lhe imposto o dever de fidelidade após a separação. Sendo a mulher separanda quem normalmente necessita do

auxílio-alimentar, a restrição estabelecerá desigualdade na posição jurídica dos ex-cônjuges, o que não se admite no sistema.

Tratarei de outro modo o caso em que a mulher desviar os recursos recebidos do marido, deles já não mais necessitar, ou passar a manter convivência estável com outro homem.

Com o Ministro-Relator.

É o voto.

---

---

## RECURSO ESPECIAL Nº 119.343 – GO

(Registro nº 97.0010154-1)

Relator p/ Acórdão: Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira  
Relator Original: Ministro Ruy Rosado de Aguiar  
Recorrente: Agrobanco Banco Comercial S/A (em liquidação)  
Advogado: Valdir de Araújo César  
Recorridos: Curso de Línguas Ltda e outro  
Advogados: Moisés Santana Neto e outro

**EMENTA:** Processual Civil – Rescisória – Sentença/acórdão de mérito – Pressuposto – Apelação provida para rejeitar os embargos do devedor por intempestividade – Inadmissibilidade da rescisória – CPC, art. 485 – Recurso especial provido.

I – Pelo sistema jurídico brasileiro, a ação rescisória é uma das vias de impugnação das decisões (sentença ou acórdão) transitadas em julgado.

II – A admissibilidade da ação rescisória, em nosso sistema, pressupõe, além de outros requisitos, como o enquadramento em uma das hipóteses elencadas na lei, a ocorrência da **res iudicata** (coisa julgada material), a saber, que a decisão judicial com trânsito em julgado tenha apreciado e decidido o **meritum causae**.

III – Acórdão que tem por intempestivos embargos de devedor não se expõe ao reexame pela via excepcional da ação rescisória.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por maioria, vencido o Ministro-Relator, conhecer do recurso e dar-lhe provimento. Votaram com o Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira os Ministros Barros Monteiro e Cesar Asfor Rocha. Ausente, justificadamente, o Ministro Bueno de Souza.

Brasília-DF, 22 outubro de 1997 (data do julgamento).

Ministro BARROS MONTEIRO, Presidente.

Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, Relator p/ Acórdão.

---

Publicado no DJ de 28.06.99.

## RELATÓRIO

O SR. MINISTRO RUY ROSADO DE AGUIAR: Curso de Línguas Ltda e Jove Francisco Chagas propuseram ação rescisória de acórdão que rejeitara embargos de devedor por sua intempestividade.

As egrégias Câmaras Cíveis Reunidas do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, por votação majoritária, julgaram os autores carecedores da ação, em acórdão assim ementado:

“Rescisória. Não cabimento. A ação rescisória não se presta para vulnerar acórdão que decidiu a demanda sem julgamento de mérito, ainda que, em primeiro grau, tenha havido pronunciamento judicial definitivo.

Carência da ação decretada.” (fl. 198)

Opostos embargos infringentes, as egrégias Câmaras Cíveis Reunidas do TJ-GO, por maioria, acolheram os embargos. Eis a ementa do v. aresto:

“Embargos infringentes. Ação rescisória. Cabimento.

Embora não tenha adentrado no mérito da causa, o acórdão rescindendo ao julgar os embargos à execução intempestivos, conquanto considerados procedentes na primeira instância, acabou por envolver a questão de mérito, eis que ao considerar intempestivos os embargos à execução, reformou explicitamente a questão de mérito. O acórdão rescindendo ao declarar os

embargos intempestivos cassou aquela sentença não sendo este (acórdão) rescindível via ação anulatória, como ocorre nas sentenças apenas homologatórias. Comportável é ação rescisória. Recurso conhecido e provido majoritariamente, pelas Câmaras Cíveis Reunidas.” (fl. 248)

Inconformado, o réu Agrobanco Banco Comercial S/A (em liquidação) interpôs recurso especial por ambas as alíneas, alegando afronta ao art. 485 do CPC e dissídio jurisprudencial. Sustenta “que o v. acórdão rescindendo não apreciou o mérito da causa, pois, tratando-se de processo de execução, a rejeição aos embargos do devedor, por intempestivos, não modifica a essência do título executivo extrajudicial que a instrui, posto que, segundo a sistemática do ordenamento processual civil vigente, subsiste por si só (inteligência dos arts. 583 e 585). E isto é certo porque o título executivo extrajudicial tem força de sentença. E como o v. acórdão rescindendo examinou, não a matéria de mérito exposta no recurso apelatório (fls. 53/65), mas apenas e tão-somente os pressupostos da inicial dos embargos do devedor, tendo, por isso aplicado as disposições do art. 739, I, do Código de Processo Civil ao fundamento do art. 41 do Decreto-Lei nº 413/69, não julgou, evidentemente, o mérito da causa.” Comprova dissenso com julgado do TFR in Ação Rescisória nº 930-SP e Ação Rescisória nº 1.167/DF do egrégio STF.

Com as contra-razões, o tribunal de origem admitiu o recurso especial, subindo os autos a este egrégio STJ.

É o relatório.

## VOTO

O SR. MINISTRO RUY ROSADO DE AGUIAR (Relator): Sempre que a sentença enfrentar o **meritum causae**, nas várias hipóteses do art. 269 do CPC, estará presente o pressuposto da ação rescisória, assim como estabelecido no art. 485, CPC.

A sentença que deixa de julgar o mérito porque a petição, na propositura da ação ou na interposição de recurso, veio a destempo, não pode se constituir em decisão intocável dentro do sistema jurídico, porquanto é possível resulte de evidente erro de fato, como seguidamente acontece. Não podendo ser desconstituída por nenhuma outra via, tenho como inarredável admitir-se a ação rescisória da sentença que, fundada na intempestividade, impediu ao juiz de examinar o mérito da causa.

Admito que a simples leitura do texto legal não conduz à solução propos-

ta, pois que a sentença que julga intempestivos os embargos ou não conhece de recurso ofertado fora do prazo evidentemente que não é de mérito. Porém, ela atinge o direito da parte do mesmo modo e com a mesma força de uma sentença de mérito, e até de forma mais grave, pois lhe recusa o exame do seu alegado direito e, normalmente, o faz perecer para sempre. Do ponto de vista da realidade dos fatos, qual a diferença da situação do embargante que alega a inexistência da dívida executada ou o seu pagamento, tendo a sua ação rejeitada por intempestiva, daquela outra, em que a defesa veio a ser examinada e julgada improcedente? Assim também, do recorrente, cuja petição é julgada intempestiva? Se tal decisão é tomada com base em certidão errada ou falsa, ou se decorre de simples equívoco na contagem dos dias, o efeito sobre o direito material da parte é o mesmo que decorreria de decisão de mérito, com a agravante de que, nesse caso, sequer a sua defesa chegou a ser examinada. Não há nenhuma razão lógica para erigir a sentença de intempestividade em imutável, e os casos que a experiência forense mostram todos os dias justificam a necessidade de que se admita o desfazimento de tal julgamento. Inexistindo outra via mais apropriada, que seja pela rescisória.

Os precedentes neste tribunal são em sentidos diversos:

“Processual Civil. Ação rescisória. Apelação. Intempestividade. Não comprovadas as alegações da autora de que o recurso interposto era tempestivo. Julga-se improcedente a presente rescisória.” (AR nº 189-RJ, Primeira Seção, rel. eminente Ministro Geraldo Sobral, DJ de 26.03.90)

“Processual. Ação rescisória. Cabimento. Acórdão que não aprecia o mérito.

Incabível a rescisória de acórdão que se limita a apreciar a tempestividade dos embargos, sem examinar o mérito da demanda. Carência da ação” (AR nº 36-RS, Primeira Seção, rel. o eminente Ministro Garcia Vieira, DJ de 04.09.89)

“Processual Civil. Ação rescisória.

O egrégio TRF, em vários precedentes, firmou o entendimento de ser incabível a rescisória contra sentença que não apreciar e decidir o mérito.

Carência da ação.” (AR nº 16-BA, Primeira Seção, rel. o eminente Ministro Garcia Vieira, DJ de 04.09.89)

“Ação rescisória. Erro de fato. Prazo recursal. Suspensão. Greve.

Demonstrado que houve erro na contagem do prazo recursal, suspenso por força de portarias expedidas em razão da greve dos servidores, procede a ação rescisória fundada no art. 485, IX, do CPC.

Ação julgada procedente, com rejuízo do recurso especial.

Conhecido e provido para afastar a preliminar de intempestividade (art. 184 do CPC).” (AR nº 466-RJ, Segunda Seção, de minha relatoria, DJ de 06.05.96)

“Ação rescisória. Erro de fato.

I – Comprovada a tempestividade do recurso por certidão, cujo conteúdo foi admitido pelo réu, caracteriza-se o erro de fato, autorizando a rescisão do julgado.

II – Procedência do pedido.” (AR nº 12-SP, Primeira Seção, rel. o eminente Ministro José de Jesus Filho, DJ de 22.10.90)

Posto isso, com a devida vênia, admito a divergência jurisprudencial, mas estou em não reconhecer a alegada violação à lei e me filio à corrente exposta no r. acórdão recorrido, pelo que nego provimento ao recurso.

É o voto.

## VOTO-VENCIDO

O SR. MINISTRO SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA: Vou pedir vênia ao Sr. Ministro-Relator para de S. Exa. divergir.

No sistema brasileiro, como se sabe, a ação rescisória se põe como uma das vias à impugnação das decisões judiciais transitadas em julgado.

Todavia, via excepcional que é, só é admissível nos casos expressamente elencados em lei (CPC, arts. 485 e 1.030) e desde que presentes determinados pressupostos, dentre os quais a impugnação dirigir-se contra sentença (**rectius**, ou acórdão) definitiva, ou seja, de mérito (do verbo definir).

**In casu**, consoante expõe o eminente Relator, dirige-se ela contra acórdão que rejeitou embargos do devedor tendo-os por intempestivos. Logo, como se vê, o acórdão do Tribunal de Justiça de Goiás, no âmbito da apelação, não enfrentou o mérito daqueles embargos.

Não obstante seja admissível a rescisória contra sentença ou acórdão que julgou o mérito de embargos à execução, dada a natureza incidental e de cognição

desses embargos, certo é que, na espécie, o acórdão em momento algum apreciou e julgou o mérito, carecendo a rescisória, em consequência, de pressuposto essencial à sua admissibilidade.

**Barbosa Moreira**, em seus Comentários ao CPC, no nº 69 (Forense, 7ª ed., pp. 112/113), professa a respeito:

“São rescindíveis os acórdãos que julgarem o mérito de causas da competência originária dos tribunais (inclusive, reitere-se, ações rescisórias) ou obrigatoriamente sujeitas ao duplo grau de jurisdição e os acórdãos proferidos em recursos atinentes ao mérito de outras causas, desde que, conhecendo-se do recurso, se haja reformado ou ‘confirmado’ – isto é, substituído por outra de teor diferente ou igual – a decisão de grau inferior (**aliter**, na hipótese de mera anulação). Se não se conheceu do recurso – ressalvada a possibilidade de haver o órgão **ad quem** dito imprpropriamente que dele não conhecia, quando na verdade lhe estava negando provimento –, não se apreciou o mérito (nem do recurso, nem da causa), portanto o acórdão não pode ser atacado pela rescisória.”

Em face do exposto, conheço do recurso e o provejo, com inversão dos ônus da sucumbência.

## VOTO

O SR. MINISTRO BARROS MONTEIRO: Srs. Ministros, vou rogar vênua ao eminente Ministro-Relator para conhecer do recurso e dar-lhe provimento, acompanhando o voto do eminente Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira. É que no caso a decisão se limitara a rejeitar os embargos por intempestividade. Logo, esse decisório não feriu o mérito da causa, tal como exige o art. 485, **caput**, do Código de Processo Civil. O mérito teria sido apreciado se os embargos tivessem sido julgados procedentes ou improcedentes; aí sim caberia, eventualmente, ação rescisória.

Lembro, a propósito, um precedente deste órgão fracionário, que admitiu o emprego de ação de conhecimento para atacar a validade do título executivo extrajudicial, nas condições acima enunciadas. Refiro-me ao AgRg no Ag nº 8.089-SP, relator o Sr. Ministro Athos Carneiro, cuja ementa se acha assim lançada:

“Processo de execução. Preclusão **pro judicato**. Coisa julgada material inexistente.

Inocorre preclusão, e portanto a validade e eficácia do título executivo extrajudicial podem ser objeto de posterior ação de conhecimento, quando na execução não forem opostos embargos do devedor, e igualmente quando tais embargos, embora opostos, não foram recebidos ou apreciados em seu mérito. Inexistência de coisa julgada material, e da imutabilidade dela decorrente.

Agravo regimental rejeitado.”

### VOTO

O SR. MINISTRO CESAR ASFOR ROCHA: Sr. Presidente, tenho por extremamente plausível a tese exposta pelo eminente Ministro-Relator e tive ímpetos de, num primeiro momento, acostar-me ao ponto de vista de S. Exa., mas, refletindo melhor sobre considerações posteriormente postas, verifico que não se deve dar exagerada largueza à interpretação sobre o cabimento da ação rescisória. É que já são tantos os recursos de que a parte dispõe, recursos regulares para enfrentar as decisões que lhe são antagônicas que, dar à rescisória a feição pretendida pelo eminente Ministro-Relator, não obstante a motivação de se fazer justiça, ínsita no pronunciamento de S. Exa., importaria em procrastinar mais ainda o andamento do feito.

Por essas considerações, peço vênua ao eminente Ministro Ruy Rosado de Aguiar e acompanho os votos proferidos pelos eminentes Ministros Sálvio de Figueiredo Teixeira e Barros Monteiro.

---

## RECURSO ESPECIAL Nº 124.621 – SP

(Registro nº 97.0019838-3)

Relator: Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira  
Recorrente: Ministério Público do Estado de São Paulo  
Recorridos: Sidnei Francisco de Almeida Calvo e cônjuge  
Advogados: Maria de Lourdes Baffi Carramillo e outro  
Interessada: Marta Isabel Schimidt Ferreira

**EMENTA:** Direito Civil – Pátrio poder – Destituição – Pais biológicos condenados criminalmente – Carência de recursos – Irrelevância – Hipó-

teses específicas – Art. 395 do Código Civil c.c. art. 22 do Estatuto – Interesses do menor – Prevalência – Orientação da Turma – Precedentes – Enunciado nº 7 da Súmula-STJ – Recurso desacolhido.

I – As hipóteses de destituição do pátrio poder estão previstas nos arts. 395, CC, e 22 do Estatuto da Criança e do Adolescente, exaustivas, a não permitirem interpretação extensiva. Em outras palavras, a destituição desse poder-dever é medida excepcional, sendo permitida apenas nos casos expressamente previstos em lei.

II – Nos termos do artigo 23 do referido Estatuto, “a falta ou a carência de recursos materiais não constitui motivo suficiente para a perda ou a suspensão do pátrio poder”. E a destituição, como efeito da condenação criminal, nos termos do art. 92, II, Código Penal, só é automática quando se tratar de crime doloso, sujeito à pena de reclusão, cometido contra filho.

III – Por outro lado, na linha de precedente desta Corte, “a legislação que dispõe sobre a proteção à criança e ao adolescente proclama enfaticamente a especial atenção que se deve dar aos seus direitos e interesses e a hermenêutica valorativa e teleológica na sua exegese”.

IV – Assim, “apesar de a condenação criminal, por si só, não constituir fundamento para a destituição do pátrio poder, nem a falta de recursos materiais constituir motivo suficiente para essa consequência grave, o certo é que o conjunto dessas circunstâncias, somadas ao vínculo de afetividade formado com a família substituta, impossibilita que se modifique o **status familiae**, no superior interesse da criança”.

V – As instâncias ordinárias, ao concluírem que seria o caso de destituição do pátrio poder, basearam-se exclusivamente nas circunstâncias fáticas da causa, razão pela qual o recurso especial não comporta análise, a teor do Enunciado nº 7 da Súmula-STJ.

## ACÓRDÃO

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

Brasília-DF, 13 de abril de 1999 (data do julgamento).

Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR, Presidente.

Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, Relator.

---

Publicado no DJ de 28.06.99.

## RELATÓRIO

O SR. MINISTRO SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA: Os recorridos promoveram ação de destituição de pátrio poder contra os pais biológicos do menor registrado com o nome de Michael Alves Ferreira, nascido em 15.01.92, alegando, em síntese, que os réus estariam cumprindo pena por crimes de furto e roubo qualificado desde 1989 e o menor, nascido na própria penitenciária, é o quinto filho do casal. Salientam que, após o nascimento, nenhum familiar demonstrou interesse pela criança, razão pela qual ela foi entregue aos autores em guarda provisória, para futura adoção. Por fim, aduzem que os demais filhos dos réus estão distribuídos entre os familiares dos réus.

Apenas a mãe contestou o pedido, sustentando que não concordava com a adoção e que seus familiares não retiraram a criança da Febem, após o seu nascimento, apenas por falta de condições, aduzindo que, durante o cumprimento da pena, o menor ficaria sob a guarda de sua irmã.

A sentença julgou procedente o pedido para, além de destituir o pátrio poder dos réus, deferir a adoção do menor ao casal autor, determinando, em consequência, a retificação do registro de nascimento da criança, passando o menor a se chamar Nathan dos Santos Calvo.

À apelação da mãe biológica, o Tribunal de Justiça de São Paulo, sob a relatoria do Desembargador Yussef Said Cahali, negou provimento, consoante esta fundamentação:

“Apesar de a condenação criminal, por si só, não constituir fundamento para a destituição do pátrio poder, nem a falta de recursos materiais constituir motivo suficiente para essa consequência grave, o certo é que o conjunto dessas circunstâncias, somadas ao vínculo de afetividade formado com a família substituta, impossibilita que se modifique o **status familiae**, no superior interesse da criança.”

Rejeitados seus declaratórios, o Ministério Público de São Paulo interpôs recurso especial sustentando violação do artigo 24 da Lei nº 8.069/90 (Estatuto

da Criança e do Adolescente), alegando que houve decretação da perda do pátrio poder arrimada em motivo não arrolado em lei.

Com as contra-razões, foi o recurso inadmitido, ensejando agravo, que restou provido em razão da relevância do tema.

Determinada vista em 19.05.97, retornaram os autos conclusos em 11.01.99, com parecer do Ministério Público Federal pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

## VOTO

O SR. MINISTRO SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA (Relator):

1. Centra-se a controvérsia em decidir a respeito da violação do artigo 24 do Estatuto da Criança e do Adolescente, assim redigido:

“Art. 24. A perda e a suspensão do pátrio poder serão decretadas judicialmente, em procedimento contraditório, nos casos previstos na legislação civil, bem na hipótese de descumprimento injustificado dos deveres e obrigações a que alude o art. 22.”

Alega o recorrente que, nos termos desse dispositivo e por ser medida excepcional, a destituição do pátrio poder só pode ocorrer nas hipóteses expressamente previstas em lei, quais sejam: castigo imoderado do filho, abandono do filho, prática de atos contrários à moral e aos bons costumes e descumprimento injustificado dos deveres de sustento, guarda e educação dos filhos menores (arts. 395 do Código Civil c.c. 22 do Estatuto), acrescentando que no caso dos autos nenhum desses requisitos estava presente.

2. Em recente julgado (REsp nº 158.920-SP, j. 23.03.99), tive oportunidade de afirmar, na qualidade de relator, que as hipóteses de destituição de pátrio poder são exaustivas e não permitem interpretação extensiva.

Além disso, nos termos do artigo 23 do Estatuto, “a falta ou a carência de recursos materiais não constitui motivo suficiente para a perda ou a suspensão do pátrio poder”, sendo certo, ademais, que a perda do pátrio poder, como efeito da condenação criminal, só é automática quando se tratar de crime doloso, sujeito à pena de reclusão, cometido contra filho (art. 92, II, Código Penal).

Diante de tais considerações, não haveria qualquer motivo, em tese, para a destituição do pátrio poder dos pais biológicos de Michael, apenas por estarem eles condenados criminalmente por roubo e por não possuírem, nem seus respectivos familiares, condições financeiras para a criação de mais uma criança.

3. Por outro lado, naquele mesmo julgamento, ficou assentado ser da jurisprudência assente, inclusive desta Corte, que, em se tratando de interesse de menores, é de convir-se pela relativização dos aspectos jurídicos, sobretudo em face da prevalência dos interesses do menor, como determina a legislação vigente (ECA, art. 6<sup>a</sup>, LICC, art. 5<sup>a</sup>) e já proclamava o art. 5<sup>a</sup> do Código de Menores de 1979. Neste sentido, o RMS nº 1.898-SP (DJ 17.04.95), de minha relatoria, com esta ementa, no que interessa:

“II – A legislação que dispõe sobre a proteção à criança e ao adolescente proclama enfaticamente a especial atenção que se deve dar aos seus direitos e interesses e à hermenêutica valorativa e teleológica na sua exegese.”

Idêntica preocupação teve esta Turma, ao examinar caso de adoção internacional (REsp nº 196.406-SP, j. 09.03.99), como se vê do voto do Ministro Ruy Rosado de Aguiar:

“Contudo, o caso tem uma particularidade. É que o indeferimento do pedido de suspensão da guarda permitiu que a criança permanecesse com o casal Hall desde 17 de dezembro de 1996, há mais de dois anos, portanto, tendo sido nesse entretempo proferida a sentença de adoção. Nada recomenda a mudança desse estado de coisas, com profundos reflexos sobre a criança.

A função deste Tribunal é a de fazer a interpretação da lei federal, e aqui se põe uma boa oportunidade para definir o entendimento da regra que está no art. 31 do ECA. Contudo, tal decisão – que tenho seja a melhor do ponto de vista do ordenamento jurídico – implicará substancial modificação da vida da criança de cuja adoção se trata, sem que para isso exista outro argumento que não o de ordem meramente legal. É bem possível que o precedente poderia servir para o julgamento de outros casos, mas provavelmente acarretará ao menor Vinícius um mal que ele não fez por merecer.”

Na espécie dos autos, a prevalência dos interesses do menor foi determinante para a destituição do pátrio poder dos réus. A propósito, colho do voto do eminente Desembargador Yussef Cahali, respeitado doutrinador no campo do Direito de Família, os seguintes fundamentos:

“No caso concreto, aos apelados foi deferida a guarda de Michael

Alves Ferreira, quando este contava cinco meses de idade, pois, até então, esteve abrigado em instituição, sendo que ele mesmo não teve nenhum contato com a mãe. Esta lhe é pessoa estranha.

Reclama a recorrente a guarda do filho em favor de seus parentes. Todos, igualmente, estranhos à criança, que conta atualmente com três anos de idade.

A colocação em família substituta, como é cediço, deve ser medida excepcional, observando-se sempre o grau de parentesco, de sorte a impedir o completo desfazimento dos vínculos familiares. No entanto, no caso dos autos, esses vínculos não foram criados com a família consanguínea, mas estabeleceu-se uma relação de afinidade e afetividade com os cônjuges adotantes (art. 28, § 2º, do ECA).

Atualmente a criança está com três anos de idade, e acostumada e integrada ao ambiente em que vive. Nessas circunstâncias, a volta tardia para um lar que não conhece, seria totalmente prejudicial para a sua formação emocional e intelectual, com prejuízos certamente irreparáveis.

Impossível, portanto desfazer os vínculos afetivos sem largo e irreparável prejuízo à formação da criança.

Na espécie, o único interesse que deverá prevalecer é o de Michael, sendo necessário, para que se alcance tal desiderato, sua permanência com a família substituta que o adotou e à qual se integrou plenamente.

Nesse sentido anterior decisão desta colenda Câmara Especial, no julgamento da Apelação Cível nº 12.724.0/7, com supedâneo em acórdão do colendo Supremo Tribunal Federal, relatado pelo Ministro Moreira Alves (in RT, vol. 586/234) no sentido de que 'o menor, de regra, deve ser mantido onde está, desde que aí se encontre bem. A troca de meio ambiente deve ser evitada o quanto possível, para não causar prejuízo à criança'.

Também já se decidiu neste egrégio Tribunal de Justiça que 'embora respeitabilíssimo o direito dos pais de ter os filhos em sua companhia, quando este se chocar com o interesse dos menores devem estes ser mantidos no ambiente em que se acham integrados' (cf. RT, vol. 575/134).

Por outro lado, apregoa o estudo social que os parentes da genitora encontram-se em parcas condições financeiras. A tia, que ficaria com a guarda da criança, é solteira; o filho foi criado em companhia dos avós, que possuem renda mensal de um salário mínimo para seis pessoas.

A família reside em três cômodos, sendo um banheiro, e o mobiliário doméstico encontra-se em péssimas condições de uso e conservação (fls. 52/53).

Não reúnem, portanto, os parentes maternos, condições adequadas à formação do menor, ao contrário da situação dos ora apelados, em cujo ambiente já está completamente integrado. Além do que, a família da genitora não demonstra preocupação com o próprio aprimoramento intelectual, possuindo todos pouca instrução (dois são analfabetos).”

Da mesma forma, outrossim, assentou o parecer do Ministério Público Federal, da lavra do Dr. Moacir Guimarães Moraes Filho:

“Tanto a doutrina como a jurisprudência atual têm se sedimentado no sentido de que a legislação que rege o pátrio poder recebeu consideráveis alterações em face do advento do Estatuto da Criança e do Adolescente, onde deve-se prestigiar sobremaneira os interesses do menor, até mesmo, em superioridade aos interesses dos genitores, que se mostram amiúde egoísticos.

Ora nos parece que o entendimento esposado pelo v. acórdão guereado se mostra bem razoável, em face de inúmeros elementos carreados aos autos.

Em primeiro lugar, observa-se que o menor se encontra, desde os seus cinco meses de idade, sob a guarda dos recorridos. Hoje, aquele é uma criança de mais de seis anos de idade. Por conseguinte, uma troca abrupta de família neste momento, poderia causar transtornos psicossociais ao menor de difícil reparação, eis que se encontra junto a uma família que tem lhe devotado, ao que indica os autos, os cuidados e dignidade necessários.

Outro aspecto forte que deve ser levado em consideração pela egrégia Quarta Turma do colendo STJ, é o fato de que os genitores do menor são condenados por crimes pesados contra o patrimônio. Será difícil de ser olvidada, na hipótese do menor voltar ao seio de sua família originária, a pecha de ser filho de ‘bandidos’ ou ‘criminosos’, como nossa sociedade estigmatiza com tanta freqüência aqueles que foram um dia presidiários. Outro aspecto deprimente noticiado nos autos, é que a mãe do menor, Marta Isabel Schmidt Ferreira, teria dito que a finalidade de ter restado grávida do menor tinha o fito de fazer-se livre da penitenciária do Município de Americana onde estava encarcerada, além de tê-lo gerado no próprio presídio.

Outro ponto a ser frisado é que a genitora do menor tão-somente apresentou recurso de apelação contra a r. sentença que lhe destituía o

pátrio poder, não interpondo depois qualquer outro apelo, se configurando a presunção de que aquiescera com a situação. O pai do menor nem ao menos aviou qualquer recurso contra a r. decisão de primeiro grau.

Como se depreende pelo parecer técnico de fl. 58 exarado pela psicóloga Neuza Maria Valério de Paulo G. Carneiro, esta atesta que o menor está sendo extremamente bem cuidado pelos recorridos, que lhe prestam atenção e dedicação, inclusive com boas condições de higiene e vestido adequadamente, sendo indubitáveis as superiores condições sócio-econômicas da família substituta.

Outra circunstância a ser frisada é de que o Ministério Público paulista requer, caso seu recurso especial seja provido, que o menor seja colocado, mediante guarda ou tutela, sob os cuidados dos parentes de sua genitora. Para dúvida se os parentes biológicos do menor terão de fato, boa vontade em cuidar do menor, que está sendo colocado no seio de uma família, não por desejo ou vontade, mas tão-somente por uma decisão judicial.”

É em face desses superiores interesses da criança que, no caso, não se recomenda simplesmente restabelecer o **status quo ante**, notadamente porque, como se viu, as informações dos autos demonstram o bem-estar da criança na companhia do casal recorrido.

4. Finalmente, é de aduzir-se que as instâncias ordinárias, ao concluírem que seria o caso de destituição do pátrio poder, se basearam exclusivamente nas circunstâncias fáticas da causa, que não comportam nova análise nesta Corte, a teor do Enunciado nº 7 de sua Súmula.

5. Pelo exposto, *não conheço* do recurso.

---

## RECURSO ESPECIAL Nº 134.814 – RS

(Registro nº 97.0038784-4)

Relator: Ministro Cesar Asfor Rocha  
Recorrentes: José Fausto Carletti e cônjuge  
Recorrida: Neolita Maria Missio  
Advogados: João Bianchi Neto e Márcia Zuffo

**EMENTA:** Processual Civil – Ação reivindicatória – Um condômino contra o outro – Cabimento, pelas peculiaridades da espécie.

O cabimento ou não da ação reivindicatória de um condômino contra o outro não pode resultar de dogma inflexível, mas será dependente do exame das circunstâncias de cada caso.

Hipótese em que se registrou que a parte da área reivindicada já está determinada e que os réus não possuem dúvidas quanto à área pretendida; que o limite a ser fixado exige apenas o traçado de uma linha divisória; e que a posse dos réus é injusta, tudo conduzindo para se ter, pelas peculiaridades da espécie; por admissível a ação reivindicatória proposta.

Recurso não conhecido.

### ACÓRDÃO

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

Brasília-DF, 29 de outubro de 1998 (data do julgamento).

Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR, Presidente.

Ministro CESAR ASFOR ROCHA, Relator.

---

Publicado no DJ de 12.04.99.

### RELATÓRIO

O SR. MINISTRO CESAR ASFOR ROCHA: Recolho do v. aresto hostilizado os seguintes excertos:

“Trata-se de ação reivindicatória cumulada com divisão e demarcação, ajuizada por Neolita Maria Missio contra Fausto José Carletti e Ilé Carmen Carletti. Narrou a autora a condição de proprietária de uma fração de terras com área de 294.975,00 m<sup>2</sup>, em um todo maior, em condomínio com os réus. A área de propriedade da autora encontra-se na posse dos réus que, regularmente notificados, não se manifestaram. Requereu a procedência da ação para condenar os réus na restituição do

imóvel, com todos os frutos e rendimentos, bem como determinar a divisão e demarcação do imóvel. Juntou documentos (fls. 7/10).

Os réus contestaram (fls. 22/33) argüindo preliminares de nulidade do processo, prescrição, falta de individualização do imóvel e impossibilidade jurídica do pedido. No mérito, alegaram a permuta, de forma verbal, por área de 315.000m<sup>2</sup> e a litigância de má-fé por parte da autora. Ocupam o imóvel em questão desde a data da aquisição, da mesma forma que a autora ocupa a área permutada, sem pagamento de arrendamento por qualquer das partes. Caso não tenha mais interesse na permuta, deve a autora buscar a rescisão, quando, então, passará a ser injusta a posse exercida pelos contestantes. Referem benfeitorias realizadas e pleiteiam direito de retenção. Impugnam a pretensão referente aos frutos e rendimentos, em razão da utilização da área permutada, pela autora. Entendem que a demarcação é impertinente, pelo conhecimento das divisas. Requereram a expedição de ofícios a fim de comprovarem a produção da autora sobre o imóvel permutado, o reconhecimento da prescrição aquisitiva e a improcedência da ação. Juntaram documentos (fls. 34/45).” (fls. 160/161).

A ação foi julgada parcialmente procedente, em primeira instância, apenas “para determinar a restituição da área de 294.975,00 m<sup>2</sup>”, “e após esta decisão estar coberta pelo manto da coisa julgada, em não sendo acordada entre as partes a divisão amigável do imóvel, a requerente poderá postular judicialmente essa divisão” (fl. 115).

Mantida pelo egrégio tribunal **a quo**, os réus ingressaram com o recurso especial em exame com base nas letras **a** e **c** do permissor constitucional por sugerida divergência com o julgado que indica, relatado pelo então Desembargador Raphael de Barros Monteiro Filho, o hoje eminente Ministro Barros Monteiro, e por alegada violação ao inciso II do art. 623 do Código Civil, tudo porque a autora/recorrida seria carecedora da ação reivindicatória proposta por não ser possível a reivindicação de parte de um imóvel em condomínio por um condômino contra o outro, pois o condômino não pode reivindicar senão de terceiros.

Devidamente respondido, o recurso foi admitido na origem tendo a douta Subprocuradoria Geral da República opinado pelo seu conhecimento e provimento.

O processo retornou ao meu gabinete em 26 de março do corrente ano de 1998 e indiquei-o para pauta no dia 21 de setembro.

É o relatório.

## VOTO

O SR. MINISTRO CESARASFOR ROCHA (Relator): 1. A questão cinge-se em saber sobre ser ou não admissível ação reivindicatória proposta por condômino contra condômino.

Ao negar provimento, por decisão monocrática, ao Agravo de Instrumento nº 4.699/RS, em 10.09.90, o eminente Ministro Athos Carneiro entendeu que sim, pelos motivos a seguir alinhados:

“Aliás a doutrina mais recente, inclusive do mestre Pontes de Miranda, é pelo cabimento, bastando lembrar as hipóteses que não são tão raras, em que um condômino nega frontalmente a outro condômino a compossessão no imóvel objeto do condomínio. E que remédio jurídico restaria a este condômino, a quem se nega absolutamente a compossessão a que teria ele direito? Apenas a ação divisória, com todos os ônus e tempo demandados por este tipo de ação? E se o imóvel for indivisível, por ser de área inferior ao módulo? Tenho para mim que ao condômino é sempre resguardada – salvante a hipótese de indivisibilidade – a ação divisória, mas além desta ele dispõe da ação reivindicatória, exatamente sobre o bem todos aqueles direitos que a lei lhe assegura na qualidade de condômino.”

Já no julgamento do REsp nº 30.802-5-PR (DJ de 27.06.94), esta Quarta Turma, conduzida pelo eminente Ministro Ruy Rosado de Aguiar, decidiu, com a concordância dos eminentes Ministros Fontes de Alencar, Sálvio de Figueiredo Teixeira, Barros Monteiro e Torreão Braz, dar pela impossibilidade de ser aforada referida ação de um condômino contra o outro, a saber:

“A comunhão que resulta da multiplicidade de títulos de domínio sobre uma área, atribuindo-o a diversos proprietários sobre frações ideais, de localização imprecisa, impede o exercício da ação reivindicatória de um condômino contra o outro, seja porque não há, em princípio, injustiça na posse, como consta do v. acórdão citado como paradigma, seja porque inexiste ainda a definição da área que toca a cada um, pois ‘não se pode reivindicar parte ideal de um imóvel e muito menos reivindicá-lo de um condômino’, como já decidiu o egrégio Supremo Tribunal Federal (RTJ 26/201; no mesmo sentido de inadmissibilidade de ação reivindicatória contra condômino: RTJ 31/403; 112/1.289).”

Esses são os únicos registros que encontrei, no âmbito deste Superior Tribunal de Justiça, sobre o tema ora em debate.

Confesso que encontrei convincentes argumentos para filiar-me tanto a uma quanto a outra das correntes acima expostas.

Refletindo sobre o tema, concluí que o cabimento ou não de mencionada ação não pode resultar de dogma inflexível, mas será dependente do exame das circunstâncias de cada caso.

2. Na hipótese em tablado, da douda sentença que julgou parcialmente procedente a lide, e foi mantida pelo r. aresto hostilizado, recolho a seguinte passagem que teve por “dispensáveis” os pedidos de divisão e de demarcação:

“Ora, na hipótese em apreço, a requerente reivindica a metade da área total, ou seja, reivindica os 294.975,00m<sup>2</sup> que lhe couberam por herança. Assim, o limite a ser fixado trata-se apenas de uma linha divisória. Ademais, a parte da área que cabe à requerente já está determinada, ou seja, corresponde à metragem antes referida. Outrossim, analisando as alegações das partes, constata-se que não existem dúvidas quanto à porção que está sendo reivindicada, já que os requeridos inclusive chegam a mencionar benfeitorias por eles efetuadas sobre a área.

Desta forma, pode-se ter como dispensáveis os pedidos de divisão ou demarcação da área.” (fl. 110).

E essas outras que deram por *inválida* a permuta do terreno ora cogitado por um outro, que os réus/recorrente afirmaram ter celebrado com a ré/recorrida, e pela posse injusta:

“Neste contexto, ressalto que a ‘permuta’ (os réus/recorrentes afirmaram que tinham permutado a área/fração ideal da autora/recorrida por uma outra que era deles) ser ou não mais vantajosa para a requerente, nenhuma modificação ocasiona quanto à conclusão pela invalidade da ‘permuta’ efetuada.

.....

Em sendo assim não tendo sido observada a solenidade que a permuta relativa a bens imóveis exigia, bem como pelo fato de os requeridos não possuírem justo título, cumpre concluir pela injustiça da detenção do imóvel.” (fl. 112).

Transcrevo mais esses trechos consignando que a área reivindicada é identificável:

“Em que pese a jurisprudência exigir que a área a ser reivindicada seja individualizada, **in casu**, entendo que essa jurisprudência não se aplica. Ocorre que a exigência da individualização é feita para que não restem dúvidas quanto à área reivindicada. Ora, na hipótese, os requeridos não possuem dúvidas quanto à área pretendida. Para essa conclusão basta verificar suas alegações.

Com efeito, a individualização da área é suficiente para o caso em exame, ou seja, a requerente reivindica a fração de terras de 294.975,00m<sup>2</sup>, dentro de um todo maior de 589.950,00m<sup>2</sup>, portanto, reivindica a metade da área. Ademais, quanto às confrontações não existem dúvidas. Assim, qual outra individualização pretendiam os requeridos se eles mesmos sequer possuem dúvidas quanto à área reivindicada?”

.....  
“Sobre a alegação de que a reivindicatória é inadmissível entre condôminos, a jurisprudência mencionada pelos requeridos não pode ser aplicada na hipótese em apreço. Apesar de a área ser divisível, a requerente não reivindica a área utilizada pelos requeridos como condôminos, mas sim reivindica a área que lhe coube por herança, área essa que está sendo utilizada pelos requeridos em decorrência da ‘permuta’ já mencionada.” (fl. 113).

3. De tudo quanto foi transcrito, verifica-se que, conquanto tenha a autora/recorrida uma fração de terras de cultura com a área de 294.975,00m<sup>2</sup>, dentro de um todo maior de 589.950,00m<sup>2</sup>, o certo é que, de fato, na causa em debate, “a parte da área que cabe à requerente já está determinada, ou seja, corresponde à metragem antes referida” (sentença/fl. 110). Ademais, “o limite a ser fixado trata-se apenas de uma linha divisória” (**loc. cit.**).

4. Essas circunstâncias não estão presentes no r. aresto colacionado pelos recorrentes da lavra do então Desembargador Raphael de Barros Monteiro Filho, o hoje eminente Ministro Barros Monteiro.

Pelo menos, da parte transcrita, não constam essas peculiaridades. Ao contrário, lá está dito que “não é possível, portanto, reivindicar-se área indeterminada” (fl. 173).

Por isso, pela divergência o recurso não pode ser conhecido, também porque o outro **decisum** foi indicado apenas pela ementa (fl. 172).

É que, para se conhecer do recurso especial pela letra c do permissor

constitucional, a teor do disposto no parágrafo único do art. 541 do Código de Processo Civil e no § 2<sup>a</sup> do art. 255 do RISTJ, é imprescindível, por lógico, que os acórdãos ostentadores de díspares conclusões hajam sido proferidos em idênticas hipóteses, o que não se demonstrou na espécie.

5. Por outro lado, as referidas peculiaridades também não estavam presentes na questão decidida no aludido REsp nº 30.802-5-PR, relatado pelo eminente Ministro Ruy Rosado de Aguiar.

Assim, não me causa nenhum desconforto, em face dos contornos definidos aqui pelas instâncias ordinárias, entender ser cabível a ação reivindicatória promovida pela recorrida contra os recorrentes, pois os quadros fáticos retratados nas duas hipóteses colacionadas guardam distinções bem delineadas com a dos autos.

6. Como anteriormente observei, o cabimento ou não da ação reivindicatória de um condômino com o outro não pode resultar de dogma inflexível, mas será dependente do exame das circunstâncias de cada caso.

Aqui, como dito, registrou-se que (a) “a parte da área que cabe à requerente já está determinada” (fl. 110); (b) “o limite a ser fixado trata-se apenas de uma linha divisória” (fl. 110); (c) “analisando as alegações das partes, constata-se que não existem dúvidas quanto à porção que está sendo reivindicada, já que os requeridos inclusive chegaram a mencionar” (fl. 110); (d) “os requeridos não possuem dúvidas quanto à área pretendida” (fl. 113); (e) “cumpre concluir pela injustiça da detenção do imóvel” (fl. 112), tudo conduzindo para se ter por admissível a ação reivindicatória proposta.

7. Diante de tais pressupostos, não vislumbro nenhuma ofensa ao art. 623, II, do Código Civil, motivo pelo qual do recurso não conheço.

#### VOTO-VOGAL

O SR. MINISTRO RUY ROSADO DE AGUIAR: Srs. Ministros, estou acompanhando o eminente relator, considerado que a área está determinada, e a existência de condomínio não é motivo impediante do exercício da reivindicatória.

#### VOTO

O SR. MINISTRO SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA: Também acompanho o Sr. Ministro-Relator.

**RECURSO ESPECIAL Nº 146.511 – MG**

(Registro nº 97.0061305-4)

Relator: Ministro Barros Monteiro  
Recorrente: Banco Banorte S/A  
Recorrido: Cesar Finotti Neto  
Advogados: José Edson Natário Alfaix e outros e Roberto Matos de Brito e outros

**EMENTA:** Ação monitória – Contrato de abertura de crédito – Viabilidade do remédio eleito – Ausência de interesse do autor por dispor ele da execução – Preliminar afastada.

– Pairando dúvida acerca da caracterização do contrato de abertura de crédito (cheque especial) como título executivo extrajudicial, inclusive no seio da jurisprudência, é facultado ao credor o emprego da ação monitória.

Recurso especial conhecido e provido para afastar o decreto de carência.

**ACÓRDÃO**

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

Brasília-DF, 23 de novembro de 1998 (data do julgamento).

Ministro BARROS MONTEIRO, Presidente e Relator.

---

Publicado no DJ de 12.04.99.

**RELATÓRIO**

O SR. MINISTRO BARROS MONTEIRO: Cuida-se de ação monitória proposta pelo “Banco Banorte S/A” contra Cesar Finotti Neto, visando ao recebimento da importância de R\$ 13.228,04 (treze mil duzentos e vinte e oito reais e quatro centavos), correspondente ao saldo devedor apurado em conta corrente

advinda de “Contrato de Abertura de Crédito Rotativo em Conta Corrente – Chequepag”.

O MM. Juiz de Direito julgou improcedentes os embargos opostos pelo réu e converteu o mandado inicial de pagamento em título executivo judicial. O Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais, à unanimidade, deu provimento ao apelo do réu para julgar extinto o processo, sem conhecimento do mérito, por ausência de interesse processual. Eis a ementa do acórdão:

“Processo Civil – Ação monitória – Prova escrita – Título executivo extrajudicial – Inexistência de interesse processual para ajuizar ação monitória.

I – A ação monitória possui como requisito essencial o documento escrito. Se este já possui a eficácia de título executivo, não é possível o procedimento monitório, carecendo o autor de interesse processual.

II – O contrato de abertura de crédito assinado por duas testemunhas e acompanhado do extrato de movimentação da conta e da planilha de débito é título executivo líquido, certo e exigível, perfeitamente, adequado aos requisitos constantes no art. 585, II, do CPC.

III – Recurso a que se dá provimento (fl. 89).”

Inconformada, a instituição financeira manifestou o presente recurso especial com fulcro nas alíneas **a** e **c** do permissivo constitucional, apontando violação dos arts. 3<sup>o</sup>, 1.102a e 585, II, do CPC, além de dissídio jurisprudencial com arestos desta Corte. Sustentou, em síntese, que, diante da divergência jurisprudencial acerca da caracterização do contrato de cheque especial como título, optou pela ação monitória.

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

É o relatório.

## VOTO

O SR. MINISTRO BARROS MONTEIRO (Relator): 1. Ao contrário do que assevera o recorrido, satisfaz-se no caso o requisito do prequestionamento, pois a questão jurídica alusiva à falta de interesse processual constitui o cerne da controvérsia dirimida pelo v. acórdão.

2. Inegável o interesse do autor em propor a ação monitória.

Respeitável corrente jurisprudencial recusa ao contrato de abertura de crédito a categoria de título executivo extrajudicial, ainda que acompanhado do

extrato de movimentação da conta corrente. A divergência manifestou-se até mesmo no seio deste Tribunal, conforme deixam patente os diversos arestos trazidos à colação no recurso especial interposto.

Nessas condições, era permitido à instituição financeira recorrente optar pela ação monitória para não correr o risco de deparar-se com a construção pretoriana que nega àquele contrato a qualidade de título executivo extrajudicial. Ao depois, sabe-se que nem sempre o banco está em condições de apresentar um completo demonstrativo contábil, de modo a evidenciar de modo cabal e pleno a evolução do débito exigido. Continua presente aí o risco de ver indeferido o processo de execução.

Prematuro, portanto, afirmar-se não possuir o autor da ação monitória o interesse processual nessas hipóteses. Tal como tive oportunidade de observar na apreciação do Agravo de Instrumento nº 189.016-GO, não se pode obrigar o credor a utilizar a execução quando ele próprio tem dúvidas acerca da liquidez e certeza da dívida.

A ação monitória aí constitui o procedimento adequado para o resguardo de seus interesses, como ocorre, aliás, na espécie em exame.

Considero que o acórdão recorrido, desatendendo aos princípios da economia processual, celeridade e instrumentalidade das formas, vulnerou os arts. 3º e 1.102a do Código de Processo Civil. Apenas não vejo aperfeiçoado o dissídio de julgados, uma vez que os arestos paradigmas dizem respeito à idoneidade do contrato de abertura de crédito para arrimar a execução e não propriamente com a tese esposada pelo acórdão recorrido.

3. Ante o exposto, conheço do recurso pela alínea **a** do admissor constitucional e dou-lhe provimento, a fim de que, afastada a extinção do processo, o egrégio tribunal aprecie as demais questões, como for de direito.

É o meu voto.

---

## **RECURSO ESPECIAL Nº 155.493 – SP**

(Registro nº 97.0082415-2)

Relator: Ministro Ruy Rosado de Aguiar  
Recorrente: Ignácio Rezende  
Advogados: José Domingos da Silva e outro  
Recorrido: José Fernando Reis dos Santos  
Advogados: Elizabeth Santos de Oliveira e outro

**EMENTA:** Investigação de paternidade – Anulação de registro – Decadência.

No regime legal em vigor, inexistente prazo para que o filho reconhecido promova ação de anulação do registro e de investigação de paternidade contra terceiro. Embora alcançada a maioridade na vigência da lei anterior, o prazo decadencial ainda não fluíra quando da nova lei, pelo que a ação poderia ser proposta quatro anos após a maioridade.

Aplicação da Lei nº 8.069/90.

### ACÓRDÃO

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

Brasília-DF, 16 de março de 1999 (data do julgamento).

Ministro BARROS MONTEIRO, Presidente.

Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR, Relator.

---

Publicado no DJ de 10.05.99.

### RELATÓRIO

O SR. MINISTRO RUY ROSADO DE AGUIAR: José Fernando Reis dos Santos promoveu, em 06.04.94, ação de anulação de registro de nascimento c.c. investigação de paternidade contra Ignácio Rezende e herdeiros de Geraldo Eugênio dos Santos, sob a alegação de que sua mãe, Edna Pereira dos Reis, manteve relacionamento amoroso com Ignácio Rezende, então casado com outra mulher, dele resultando o nascimento do autor, em 03.07.66. Edna casou-se com Geraldo Eugênio dos Santos em 07.05.66, e este, quando do registro de nascimento lavrado em 06.07.66, reconheceu o demandante como filho.

O réu contestou argüindo, em preliminar, a carência de ação em face da prescrição para a propositura da demanda (arts. 178, § 9º, inc. VI, e 362, ambos do CC) e também inépcia da inicial por defeito de representação. No mérito, defendeu a improcedência da ação.

Depois da audiência de conciliação, o magistrado proferiu sentença jul-

gando extinto o processo, sem julgamento de mérito (art. 267, inc. VI, do CPC), ao argumento de que “o autor é carecedor das ações por ele intentadas – quanto à impugnação do reconhecimento voluntário da paternidade por haver prescrição do direito de ação e perante a pretensão investigatória por falta de possibilidade jurídica do pedido, pois o autor já foi reconhecido como filho de Geraldo Eugênio dos Santos.”

À apelação do autor, a egrégia Décima Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, por votação unânime, deu provimento, consoante voto do Presidente e Relator, eminente Desembargador Márcio Marcondes Machado, **verbis**:

“... Estabelece o art. 178, § 9º, inciso VI, do CC:

‘Art. 178. Prescreve:

.....  
§ 9º Em quatro anos:  
.....

VI – a ação do filho natural para impugnar o reconhecimento: contado o prazo do dia em que atingir a maioridade ou se emancipar.’ (sem o destaque no original).

Aduz o art. 348 do mesmo diploma:

‘Art. 348. Ninguém pode vindicar estado contrário ao que resulta do registro de nascimento, salvo provando erro ou falsidade do registro.’

É o que o autor se propôs a fazer. Entendeu, no entanto, a digna Juíza em acolher a prescrição argüida por Ignácio Rezende (fl. 32), a quem o autor, ora apelante, imputa a paternidade verdadeira.

Ora, o art. 178, § 9º, inciso VI, do CC fala em ação de filho natural e, como se sabe, pela doutrina, filho natural é aquele nascido de pessoas que não tinham impedimento para, entre si, contraírem matrimônio. A inicial diz que o pai verdadeiro, ou seja, Ignácio Rezende, que está qualificado como viúvo na contestação, era casado com outra mulher à época em que foi concebido. O pai que constou do registro como sendo do autor era solteiro e veio a contrair casamento com a mãe do demandante cerca de dois meses antes do nascimento do apelante (fls. 10 e 44).

A prescrição pode ser alegada, preceitua o art. 162 do CC, em qualquer instância, pela parte a quem aproveita. Assim, somente ao falecido Geraldo Eugênio dos Santos, que consta do registro de nascimento como

pai do recorrente (fls. 10 e 21) aproveitaria a argüição de prescrição e tal fato foi muito bem apreendido pelo ilustre Promotor de Justiça da comarca em sua manifestação de fls. 67 e 68.

Como, por outro lado, está em trecho de voto do Ministro Costa Leite, transcrito pela Procuradoria Geral de Justiça (fl. 99):

‘Nada obsta que se prove a falsidade do registro no âmbito da ação investigatória de paternidade, a teor da parte final do art. 348 do CC. O cancelamento do registro, em tais circunstâncias, será consectário lógico e jurídico da eventual procedência do pedido de investigação, não se fazendo mister, pois, cumulação expressa.’ (REsp nº 40.690-0-SP, Terceira Turma, Rel. Ministro Costa Leite, j. 21.02.95, in RT 724/263).

Impõe-se, dessa forma, reconhecer como imprescritível a ação de reconhecimento de filiação, podendo o filho, enquanto vivo, reclamar a investigação porque, como preleciona Washington de Barros Monteiro, a **status familiae** implica uma coincidência de direitos e deveres, que impede possa alguém liberar-se dos deveres, despojando-se dos direitos. Além do mais, trata-se de relação **extra commercium** (Direito de Família, p. 269, 32ª ed., Saraiva). Em tal sentido a Súmula nº 149 do Supremo Tribunal Federal.

Havendo necessidade da produção de provas, os autos deverão retornar à r. vara de origem, a fim de que o processo prossiga como de direito.

Dispositivo

Posto isso, pelo meu voto, dou provimento ao recurso como acima explicitado.” (fls. 109/112)

O réu, inconformado, ingressou com recurso especial pela alínea **a**, ao fundamento de afronta aos arts. 178, § 9º, inc. VI, e 362, ambos do Código Civil. Sustento, em síntese, “que a alegação de prescrição aproveita ao recorrente, porque a falta de impugnação do reconhecimento, pelo recorrido, de sua paternidade em relação a Geraldo Eugênio dos Santos determinou a extinção de seu direito.” Requer, afinal, provido o recurso especial, seja decretada a anulação do v. aresto recorrido a fim de que seja reconhecida e declarada a prescrição do direito de ação do autor.

Sem contra-razões (certidão, fl. 129).

O douto Ministério Público do Estado de São Paulo opinou pelo provimento do recurso. (fls. 131/132).

Admitido na origem, subiram os autos a este STJ.

O Ministério Público Federal opinou pelo improvimento do apelo especial. É o relatório.

### VOTO

O SR. MINISTRO RUY ROSADO DE AGUIAR (Relator): 1. O tema relacionado com o prazo extintivo do direito de o filho reconhecido promover a ação de anulação do registro de nascimento, cumulada com a de investigação da paternidade atribuída a terceiro, já foi mais de uma vez examinado nesta Quarta Turma, estabelecendo-se que:

a) “No regime anterior à Constituição de 1988 e à Lei nº 8.069/90, o filho que não impugnasse, no prazo de quatro anos, o reconhecimento da paternidade, – legitimado que fora quando do casamento de sua mãe, – não poderia promover ação de investigação de paternidade contra outrem” (REsp nº 83.685-MG, de minha relatoria);

b) porém, um novo regime foi implantado: “Em face do Estatuto da Criança e do Adolescente, tem-se por revogados os arts. 178, § 9º, VI, e 362, do Código Civil, que fixavam em quatro anos o prazo de ação de impugnação ao reconhecimento, contados da maioridade ou da emancipação” (REsp nº 79.640-RS, rel. eminente Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira);

c) por isso, duas são as situações possíveis: 1 – ou o prazo extintivo fluiu por inteiro antes da vigência da nova lei, e descabe reabri-lo, estando eliminada a possibilidade da impugnação (“Aplica-se, no entanto, o prazo decadencial, se o direito do filho de impugnar o reconhecimento já estava extinto quando do surgimento da nova legislação”, REsp nº 79.640-RS; no mesmo sentido, REsp nº 38.856-RS); 2 – ou o prazo decadencial já se iniciara antes, mas não se completara, ou ainda não se iniciara, hipóteses em que incide a nova lei, que não contempla prazo decadencial para ações dessa natureza e não faz diferença entre os filhos, permitindo a partir daí as iniciativas judiciais de quem ainda não tivera extinto o seu direito.

2. No caso dos autos, essa última situação é a que se reproduz: o autor da ação nasceu em 03.07.66 e atingiu a maioridade em 03.07.87, quando se iniciou a contagem do prazo de quatro anos previsto na legislação então vigente. Porém, antes de se completar o tempo, entrou em vigor a nova legislação (Lei nº 8.069/90), revogando as normas que limitavam no tempo o exercício do direito de promover a ação. Por essa razão, inexistente como reconhecer violação aos dispositivos legais citados pelo recorrente (arts. 178, § 9º, VI, e 362 do Código Civil), pois não mais aplicáveis à espécie.

Transcrevo a fundamentação expendida no REsp nº 83.685-MG, para o caso em que o prazo já fluíra por inteiro, mas cujos fundamentos ainda servem para explicar o posicionamento aqui adotado:

“1. O Superior Tribunal de Justiça já em três oportunidades manifestou-se, através das duas Turmas da egrégia Segunda Seção, a respeito da prescritibilidade da ação de impugnação ao reconhecimento de filho menor, sempre exigindo a propositura da ação no prazo de quatro anos, a contar da maioridade do perfilhado:

‘A ação de reconhecimento para impugnar o reconhecimento filial é prescritível, **ex vi** do disposto nos artigos 178, § 9º, inciso VI, e 362 do Código Civil, exceção legal ao princípio da imprescritibilidade das ações pertinentes ao estado das pessoas.’ (REsp nº 1.380-RJ, Terceira Turma, rel. eminente Ministro Gueiros Leite)

‘A norma do artigo 178, § 9º, VI, do Código Civil implicou exceção ao princípio da imprescritibilidade das ações relativas ao estado das pessoas.’ (REsp nº 19.244-PR, Quarta Turma, rel. eminente Ministro Athos Carneiro)

‘O reconhecimento voluntário da paternidade, realizado quando ainda menor o perfilhado, somente pode ser por este impugnado dentro dos quatro anos que se seguirem à sua maioridade ou emancipação. Mesmo a impugnação fundada na inveracidade da declaração do perfilhante (falso ideológico) se sujeita ao referido prazo decadencial, cujo transcurso **in albis** – sem manifestação de insurgência de qualquer espécie – conduz à inviabilidade de desconstituição do ato de reconhecimento, tornando definitiva a relação de parentesco entre reconhecente e reconhecido. A investigatória de paternidade, em tais circunstâncias, proposta quando já expirado o quadriênio legal, é de ser havida por inadmissível, cumprindo ao juiz declarar o autor carecedor da ação por impossibilidade jurídica do pedido.’ (REsp nº 38.856-RS, Quarta Turma, rel. eminente Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira)

2. É preciso convir, porém, que a ação de impugnação à legitimação, ou ação de contestação de reconhecimento, na forma do artigo 362 do Código Civil, que é uma ação do filho contra o pai reconhecente, tem por

objetivo unicamente afastar o reconhecimento de filiação e a situação jurídica que daí decorre, para desconstituí-la, sem pretender com isso criar uma nova relação: 'Para a impugnação, basta que a pessoa perfilhada não queira a posição de filho natural do perfilhante e assim o declare' (**Carvalho Santos**, CCB Interpretado, V/473).

De outra parte, é inequívoco ser uma das características do estado das pessoas a imprescritibilidade das ações que lhe concernem:

'Se o estado é imprescritível, imprescritível obviamente será o direito de ação visando a declará-lo, pois que a ação de reconhecimento compulsório é uma ação declaratória. A todo tempo o filho, qualquer filho, tem direito de reivindicar **in judicio** o **status** que lhe compete. E, então, ao filho ilegítimo assiste sempre o direito de intentar contra o pai, ou os herdeiros deste, ação com o objetivo de declarar o seu **status** de filho ilegítimo.' (**Caio Mário**, Reconhecimento de Paternidade e seus Efeitos, p. 99)

**Arnaldo Rizzardo** (Direito de Família, II/662), examinando especificamente o caso do menor perfilhado que impugna a paternidade, sustenta que: 'É imprescritível a ação. Muitos procuram fazer incidir o prazo prescricional de quatro anos, previsto no artigo 178, § 9<sup>a</sup>, inc. V, letra **b**, do Código Civil. Todavia, a questão envolve o estado da pessoa. Assim como a investigação da paternidade é imprescritível, da mesma forma o é a negatória da paternidade, podendo ser promovida durante toda a existência.'

3. Em decisão recente, esta egrégia Quarta Turma, no REsp nº 2.353-SP, em acórdão de lavra do eminente Ministro Torreão Braz, admitiu que:

'Embora registradas como filhas legítimas do marido da sua mãe, era lícito às autoras promoverem ação visando ao reconhecimento de outra paternidade (ilegítima), desde que cumulada a investigatória com a ação declaratória incidental de nulidade dos registros de nascimento. As duas ações, outorgadas pelos artigos 348 e 363 do Código Civil, são imprescritíveis porque dizem com o **status familiae** das pessoas. Contrariedade aos artigos 178, § 9<sup>a</sup>, inciso VI, e 348 do Código Civil. Dissídio interpretativo comprovado. Recurso conhecido e provido.'

Ora, se aos filhos registrados como legítimos é admitida a imprescritibilidade da ação de impugnação, igualmente se há de entender para os

filhos legitimados, uma vez que a nova legislação não admite discriminação:

‘Os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.’ (art. 20 da Lei nº 8.069/90 – Estatuto da Criança e do Adolescente)

De acordo com esse novo sistema, assim como se estende ao filho legítimo o direito de propor ação investigatória de paternidade contra seu suposto pai (‘No caso de filhos legítimos, a hipótese não constitui óbice à propositura da ação investigatória, desde que cumulada com a ação de nulidade do registro de nascimento, esta com um caráter evidentemente prejudicial’, como asseverou o eminente Ministro Barros Monteiro, no julgamento do REsp nº 2.353-SP, acima citado), assim também se há de permitir a mesma providência ao filho legitimado, que não pode ser tratado diferentemente.

4. Na espécie dos autos, porém, tenho dificuldade para dar provimento ao recurso.

De acordo com a jurisprudência pacificada nas duas Turmas da egrégia Segunda Seção, como se viu, na vigência do regime anterior, prevalecia a regra que impunha ao perflhado o prazo de quatro anos para impugnar o reconhecimento. A presente ação versa sobre fatos que aconteceram antes de 1988 e de 1990, pois o prazo decadencial de quatro anos se extinguiu em 21 de junho de 1988. Portanto, o direito do autor já estaria extinto quando sobreveio a nova legislação, não renascendo daí.

Observo que a ação não foi cumulada com a anulatória do registro de nascimento. Esse obstáculo, de natureza processual, estaria em superar, considerando que o cancelamento do registro seria mero efeito da sentença de precedência da ação de investigação, não havendo necessidade de citar o autor da legitimação, já falecido. Contudo, a primeira questão me parece intransponível.

5. Posto isso, conheço do recurso, pela divergência com a Súmula nº 149-STF, mas lhe nego provimento, de acordo com os precedentes desta Quarta Turma, que aplicava a regra do artigo 632, com a interpretação já referida, às situações constituídas anteriormente ao novo regime.

É o voto.”

Posto isso, não conheço do recurso interposto apenas pela alínea **a**, pois ofensa à lei não existiu.

É o voto.

---

---

## RECURSO ESPECIAL Nº 157.685 – DF

(Registro nº 97.0087273-4)

Relator: Ministro Cesar Asfor Rocha  
Recorrentes: Antônio Diniz de Azambuja e cônjuge  
Recorrido: Banco Francês e Brasileiro S/A  
Advogados: Mila Umbelina Lobo e Lívia Maria Gomes e outros

**EMENTA:** Processual Civil – Agravo de instrumento – Art. 526, CPC.

O tribunal não pode, de ofício, negar conhecimento ao agravo pela abstinência do agravante em apresentar a sua cópia no juízo de primeiro grau, sem que a parte agravada, no ponto, tenha alegado qualquer prejuízo.

Recurso conhecido e provido.

### ACÓRDÃO

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

Brasília-DF, 19 de novembro de 1998 (data do julgamento).

Ministro BARROS MONTEIRO, Presidente.

Ministro CESARASFOR ROCHA, Relator.

---

Publicado no DJ de 26.04.99.

## RELATÓRIO

O SR. MINISTRO CESAR ASFOR ROCHA: Afirmando o não-cumprimento do artigo 526 do Código de Processo Civil, pela falta do agravante em juntar nos autos principais a cópia do agravo, a egrégia Quarta Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios não conheceu do agravo de instrumento.

Daí o recurso especial, com fundamento na alínea a do permissivo constitucional, sustentando o recorrente violação aos artigos 154 e 526 do Código de Processo Civil pela inexistência de qualquer dispositivo legal que determinasse no caso a aplicação da pena de deserção, sendo que, embora descumprido o prazo de três dias, teria havido decisão do juízo de primeiro grau mantendo o decisório agravado antes do julgamento do agravo pelo Tribunal de Justiça, alcançado, portanto, o intuito da norma.

Respondido, o recurso foi admitido na origem.

Os autos foram recebidos no meu gabinete aos 20 dias do mês de janeiro de 1998 e remetidos para pauta no dia 22 de outubro do mesmo ano.

É o relatório.

## VOTO

O SR. MINISTRO CESAR ASFOR ROCHA (Relator): 1. A questão é conhecida desta egrégia Quarta Turma que já decidiu, pelo menos por duas vezes, na linha do entendimento proclamado pelo eminente Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, que “a não-observância do disposto no art. 526 do Código de Processo Civil leva à ausência de pressuposto de admissibilidade recursal, impondo o não-conhecimento do recurso.” (REsps nºs 148.770-SP, DJ de 20.04.98 e 168.769-RJ, DJ de 05.10.98).

Votei acompanhando o relator, reservando-me, todavia, para maiores reflexões, agora oportunizadas.

2. A nova sistemática do agravo de instrumento, introduzida pela Lei nº 9.139/95, tem sido exaltada, e com razão, pela celeridade que procurou imprimir ao andamento desse recurso e por ter simplificado o seu processamento.

Assim, a alteração processual ocorrida modificou fundamentalmente o seu procedimento na medida em que estabeleceu que o agravo fosse entregue diretamente no tribunal **ad quem**, criando-se, destarte, o que **Galeno Lacerda**, em parecer de sua lavra, considerou como sendo “uma situação singular sem

precedentes e desconhecida, ou seja, a possibilidade de exercício simultâneo da jurisdição sobre as mesmas questões, em ambos os graus”.

Isso porque, depois de interposto o agravo, o seu relator, como é óbvio, passará a conduzi-lo, segundo o disposto no art. 527 do Código de Processo Civil, mas ao mesmo tempo o juiz continua com o poder de reformar a decisão atacada (art. 529), fato que obrigará o relator, em segundo grau, a considerar prejudicado o agravo.

3. Para que o juiz possa exercer o juízo de retratação necessário é que, antes de mais nada, tenha ele conhecimento da existência do agravo. E isso se dá ou porque o agravante requereu a juntada aos autos do processo de cópia do agravo e do comprovante de sua interposição, assim como a relação dos documentos que instruíram o recurso (art. 526), ou porque o relator resolveu exercer a faculdade de pedir-lhe informações (art. 527, I).

4. Doutrina e jurisprudência, por vozes autorizadas, têm dissentido quanto aos efeitos da abstinência do agravante em não ter requerido, no prazo de três dias, a juntada aos autos do processo de cópia do agravo e do comprovante de sua interposição, uns entendendo que importa na própria deserção do recurso, pela ausência de cumprimento de um de seus pressupostos, outros considerando que essa falta apenas se volta contra os interesses do próprio agravante de já não possibilitar, de logo, ao juiz do processo, exercitar o juízo de retratação, e nada mais.

5. Sigo a trilha traçada pelos defensores da segunda tese, lembrados pelo parecerista.

**Sérgio Sahione Fadel**, a tal respeito, leciona:

“Não cominando expressamente a lei qualquer sanção para a hipótese de não cumprimento, por parte do agravante, de regra do art. 526, não se pode considerar, nesse caso, deserto o recurso, ao contrário do que sustenta **Carreira Alvim** (Novo Agravo, cit., p. 103). A norma punitiva, exatamente por esse seu caráter, deverá estar expressa na lei não podendo ser construída por ilação exegetica. A não-juntada aos autos, no prazo, de cópia da petição do agravo apenas impedirá que o magistrado exerça o juízo de retratação, e isso por motivos óbvios.”

Na mesma linha, **Cândido Rangel Dinamarco**:

“A primeira e mais intuitiva finalidade com que foi ditada essa norma é a de propiciar ao juiz o *juízo de retratação*, que é do interesse do

próprio agravante. Por isso, o retardamento ou omissão no cumprimento de tal preceito não será fatal a este, nem obstará ao conhecimento do agravo interposto.

A ciência ao agravado não se dá por esse caminho, mas por intimação a partir do próprio instrumento do agravo, determinada pelo relator e não pelo juiz **a quo**. Este não tem qualquer influência no julgamento do agravo de instrumento, salvo a que puder exercer mediante informações que eventualmente prestar.”

6. Em verdade, quando o art. 526 do Código de Processo Civil estabeleceu que o agravante deveria providenciar a juntada aos autos do processo de cópia do agravo e do comprovante de sua interposição, nada mais fez que conferir um ônus processual ao agravante; que, uma vez não atendido, conduz à consequência desfavorável ao agravante de já não poder provocar o juízo de retratação. Nada mais.

Pois como observa **José Carlos Teixeira Giorgis**, em trabalho intitulado *Notas sobre o Agravo*, também referido por **Galeno Lacerda**, “como ônus é encargo, há faculdade para o seu cumprimento, arrostando o seu titular um prejuízo ao descumprimento, o que não acontece com o dever, que tem implícita sanção pela inobservância.

Nessa linha de raciocínio, nenhuma penalidade processual sofrerá o agravante pelo descumprimento do preceito, por tratar-se de ônus que não prevê retribuição, podendo arriscar, isto sim, algum prejuízo, pois sua inação impedirá o exercício de retratação, que o beneficiaria com a revogação da interlocutória atacada.

Insista-se que a essência do dispositivo é propiciar o juízo de retratação, que exaustivamente se tem posto como índole do agravo”.

Essa conclusão afina-se com a lição de **Carnelutti**, exposta em sua *Teoria General del Derecho*, traduzida para o espanhol e publicada em Madri em 1941, também trazida por **Galeno Lacerda**, a saber:

“Enquanto a obrigação é subordinação de um interesse do obrigado a um interesse alheio, o ônus é subordinação de um interesse daquele que o suporta a um (outro) interesse próprio. (p. 190).”

Daí ter o mestre gaúcho, aplicando esse ensinamento à questão em exame, dito:

“Em outras palavras, o ônus ou encargo representa não uma obrigação, não um dever, mas a situação jurídica resultante de um *direito* não exercido, omissão que acarreta uma perda, um prejuízo, a seu titular. Os direitos processuais, em regra, possuem essa natureza. A ação, a resposta, a prova, os recursos não são deveres aos litigantes, mas *direitos*, isto é, ônus, os quais, não exercidos, lhes causam prejuízos e perdas.

No caso em exame, a lei nova determinou ao agravante que juntasse, ao processo em primeiro grau, cópias da petição de recurso e dos documentos por ele protocolados em segundo grau. A lei não erigiu esse ato em condição essencial para o conhecimento do recurso. Essa conclusão foi alardeada por autores pouco versados a respeito da natureza do ônus. Se acaso o agravante não pratica o ato, somente ele sofre a consequência da omissão, pela eventual impossibilidade de o juiz, desinformado, não poder praticar a retratação inerente ao recurso, e que haveria de beneficiar o omissor. Só isto, e nada mais. Quaisquer conjecturas de outra ordem não passam de fantasias, incompatíveis com a seriedade e o caráter instrumental do processo.”

7. Com base nesses pressupostos, tenho também que a falta do pedido de juntada aos autos do processo de cópia do agravo e do comprovante de sua interposição, não importa na deserção do recurso.

8. Nesse mesmo sentido, estão os REsp's nºs 162.235-RS, relator eminente Ministro Fernando Gonçalves, DJ de 04.05.98; 125.681-RJ, relator eminente Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, DJ de 13.04.98; 162.261-RS, relator eminente Ministro Ari Pargendler, DJ de 04.05.98; 127.469-PR, relator eminente Ministro Humberto Gomes de Barros, DJ de 21.09.98; 167.117-SC, relator eminente Ministro José Arnaldo da Fonseca, DJ de 24.08.98; 167.115-SC, relator eminente Ministro Felix Fischer, DJ de 03.08.98; 155.673-SP, relator eminente Ministro GarciaVieira, DJ de 20.04.98.

9. Nada obstante, consigno que a questão está ainda para ser solucionada pela Corte Especial sob a relatoria do eminente Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, razão pela qual seria de permanecer sobrestado o julgamento deste recurso especial.

Todavia, verifico que, no caso em desate, há ainda uma particularidade, não presente na hipótese sob exame da Corte Especial, e que remonta em favor do recorrente/agravante.

É que não houve qualquer alegação da parte agravada no sentido do descumprimento da norma ou do seu prejuízo com a falta apontada.

O egrégio tribunal de origem não conheceu do agravo de instrumento de ofício, o que não lhe era permitido.

Essa verificação, por si só, se faz suficiente para reformar o v. acórdão guerreado.

10. Em vista disso, conheço do recurso e lhe dou provimento, determinando que o tribunal de origem prossiga no exame do agravo como entender de direito.

---

---

## RECURSO ESPECIAL Nº 158.051 – RJ

(Registro nº 97.0087886-4)

Relator: Ministro Barros Monteiro  
Recorrentes: União e Ramon Rodriguez Crespo e outros  
Recorridos: Boris Jaime Lerner e outro  
Advogados: Wellington Moreira Pimentel e outros e Laudo de Almeida Camargo e outro  
Sustentação Oral: Wellington Moreira Pimentel (pelos segundos recorrentes) e Laudo de Almeida Camargo (pelos recorridos)

**EMENTA:** Responsabilidade civil – Naufrágio da embarcação *Bateau Mouche IV* – Ilegitimidade de parte passiva **ad causam** – Sócios – Teoria da “desconsideração da personalidade jurídica” – Danos materiais – Pensionamento decorrente do falecimento de menor que não trabalhava.

1. Argüições de ilegitimidade de parte passiva e imputações recíprocas dos réus acerca da responsabilidade pelo trágico evento. Em sede de recurso especial não é dado rediscutir as bases empíricas da lide definidas pelas instâncias ordinárias. Incidência da Súmula nº 7-STJ.

2. Acolhimento da teoria da “desconsideração da personalidade jurídica”. O juiz pode julgar ineficaz a personificação societária, sempre que for usada com abuso de direito, para fraudar a lei ou prejudicar terceiros.

3. Reconhecido que a vítima menor com seis anos de idade não exercia atividade laborativa e que a sua família possui razoáveis recursos financeiros, os autores – pai e irmã – não fazem jus ao pensionamento decorrente de danos materiais, mas tão-somente, nesse ponto, aos danos morais fixados.

Recurso especial interposto por Ramon Rodriguez Crespo e outros não conhecido; recurso da União conhecido, em parte, e provido.

## ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, preliminarmente, por maioria, declarar-se competente para julgar o feito, vencido o Sr. Ministro Cesar Asfor Rocha; no mérito, por unanimidade, conhecer em parte do recurso da União e, nessa parte, dar-lhe provimento; não conhecer do recurso de Ramon Rodriguez Crespo e outros, na forma do relatório e notas taquigráficas precedentes que integram o presente julgado. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Cesar Asfor Rocha, Ruy Rosado de Aguiar e Sálvio de Figueiredo Teixeira.

Brasília-DF, 22 de setembro de 1998 (data do julgamento).

Ministro BARROS MONTEIRO, Presidente e Relator.

---

Publicado no DJ de 12.04.99.

## RELATÓRIO

O SR. MINISTRO BARROS MONTEIRO: Boris Jaime Lerner e Karina Lerner ajuizaram ação de indenização de danos morais e materiais decorrentes dos falecimentos de Irene Cardonsky Lerner e Eduardo Lerner (esposa e filho do primeiro autor e mãe e irmão da segunda autora) contra *Bateau Mouche* Rio Turismo Ltda” e sócios (Ramon Rodriguez Crespo, Gerardo Morgade Senra, Avelino Fernandez Rivera, Pedro Gonzalez Mendez, Álvaro Pereira da Costa, Faustino Puertas Vidal, José Ramiro Gandara Fernandez, Juan Carlos Rodriguez Rodriguez e Carlos Gambino Morgade), “Cavalo Marinho Comestíveis Ltda” e sócios (Ramon Rodriguez Crespo, Gerardo Morgade Senra, Avelino Fernandez Rivera, Pedro Gonzalez Mendez, Álvaro Pereira da Costa, Faustino Puertas Vidal, José Ramiro Gandara Fernandez e Juan Carlos Rodriguez Rodriguez), “Itatiaia Agência de Viagens e Turismo Ltda” e sócios (Francisco Garcia Riveiro e Miriam Cid de Garcia) e “União Federal”. Requereram a condenação solidária das pessoas jurídicas rés e, subsidiariamente, de seus sócios ao pagamento das seguintes verbas: “Em favor de Boris Jaime Lerner: a) reembolso das despesas funerárias e luto, incluindo as sepulturas de Irene Cardonsky Lerner e Eduardo Lerner; b) verba indenizatória, na forma de pensão mensal (acrescida do 13º salário) – seja como funcionária (médica) do INPS, seja como sócio-quotista da Clínica de Alergia e Imunopatologia Evandro Prado S/C Ltda, seja como autônoma –, equivalente aos rendimentos que Irene Cardonsky Lerner iria auferir, direta e indiretamente, a partir do sinistro (31.12.88), pelo prazo de 40 (qua-

renta) anos – provável sobrevida –, ou no valor que vier a ser arbitrado na sentença ou apurado em processo de liquidação; ou constituição de um capital garantidor das prestações vincendas, a teor do disposto nos arts. 20, §§ 2<sup>a</sup> e 5<sup>a</sup>, e 602 do Código de Processo Civil, devendo os suplicados arcarem com o pagamento de qualquer tributo ou emolumento incidentes na aquisição dos títulos necessários a tal fim; c) imediato pagamento das pensões vencidas, sendo certo que as vincendas deverão estar sujeitas aos eventuais incrementos; d) verba indenizatória, na forma de pensão mensal (acrescida do 13<sup>a</sup> salário), equivalente aos rendimentos que Eduardo Lerner auferiria ao longo de sua vida adulta, a partir do sinistro (31.12.88), pelo prazo de 52 (cinquenta e dois) anos – provável sobrevida –, ou no valor que vier a ser arbitrado em sentença ou apurado em processo de liquidação; ou constituição de um capital garantidor das prestações vincendas, a teor do disposto nos arts. 20, §§ 2<sup>a</sup> e 5<sup>a</sup>, e 602 do Código de Processo Civil, devendo os suplicados arcarem com o pagamento de qualquer tributo ou emolumento incidentes na aquisição dos títulos necessários a tal fim; e) verba para desagravo e reparação dos danos morais que sofreu como náufrago e em decorrência do falecimento de Irene Cardonsky Lerner (esposa) e Eduardo Lerner (filho), a serem arbitrados em sentença ou apurados em processo de liquidação.

Em favor de Karina Lerner: a) verba indenizatória, na forma de pensão mensal (acrescida do 13<sup>a</sup> salário) – seja como funcionária (médica) do INPS, seja como sócio-quotista da Clínica de Alergia e Imunopatologia Evandro Prado S/C Ltda, seja como autônoma –, equivalente aos rendimentos que Irene Cardonsky Lerner iria auferir, direta e indiretamente, a partir do sinistro (31.12.88), pelo prazo de 40 (quarenta) anos – provável sobrevida –, ou no valor que vier a ser arbitrado na sentença ou apurado em processo de liquidação; ou constituição de um capital garantidor das prestações vincendas, a teor do disposto nos arts. 20, §§ 2<sup>a</sup> e 5<sup>a</sup>, e 602 do Código de Processo Civil, devendo os suplicados arcarem com o pagamento de qualquer tributo ou emolumento incidentes na aquisição dos títulos necessários a tal fim; b) imediato pagamento das pensões vencidas, sendo certo que as vincendas deverão estar sujeitas aos eventuais incrementos; c) verba para desagravo e reparação dos danos morais que sofreu em decorrência do falecimento de Irene Cardonsky Lerner (mãe) e Eduardo Lerner (irmão), a ser arbitrado em sentença ou apurado em processo de liquidação.

Em favor de ambos os suplicantes: a) gastos adicionais provocados pelo sinistro do *Bateau Mouche* IV na família dos suplicantes: – tratamentos psiquiátrico e psicológico, de prolongado tempo, para Boris Jaime Lerner; – tratamento psicológico, de prolongado tempo, para Karina Lerner; – novas despesas contratuais, advindas de imperiosa necessidade psicoterápica de mudança do antigo lar desfeito, da Rua Barão de Lucena n<sup>o</sup> 135, apto. 1.702 para a Rua Eduardo Guinle n<sup>o</sup> 20, apto.

805 (condomínios, impostos, taxas, etc. – doc. 28); b) revisão quinquenal de todos os valores objeto da sentença condenatória ou da sentença que julgar a liquidação, de modo a sempre manter-se o poder aquisitivo da moeda nos vencimentos das prestações, ou no caso de haver mudança do padrão monetário nacional; c) correção monetária incidente sobre a totalidade dos valores acima pleiteados, contada desde a data do sinistro, ou seja, de 31.12.88, pelo índice de variação do INPC de janeiro de 1989 e dos Bônus do Tesouro Nacional nos meses subseqüentes; ou, no caso de sua extinção, outro que reflita a perda do poder aquisitivo da moeda, tudo com base na Súmula nº 562 do Supremo Tribunal Federal; d) juros de mora, nos termos dos artigos 962 e 1.549 do Código Civil; e) custas e despesas processuais, mais honorários advocatícios no montante de 20% (vinte por cento) incidente sobre o valor global da condenação (art. 20, § 5ª, do Código de Processo Civil)” (fls. 21/25).

O MM. Juiz Federal deferiu o pedido de denunciação da lide à “Cia. Paulista de Seguros” e determinou a citação do “Instituto de Resseguros do Brasil – IRB”.

Ao final, o Magistrado julgou procedentes os pedidos para “condenar, solidariamente, a União Federal, *Bateau Mouche* Rio Turismo Ltda, Itatiaia Agência de Viagens e Turismo Ltda e Cavalos Marinho Comestíveis Ltda e subsidiariamente a Ramon Rodriguez Crespo, Geraldo Morgade Senra, Avelino Fernandez Rivera, Pedro Gonzalez Mendez, Álvaro Pereira da Costa, Faustino Puertas Vidal, José Ramiro Gandara Fernandez, Juan Carlos Rodriguez Rodriguez, Carlos Gambino Morgade, Francisco Garcia Riveiro e Miriam Cid de Garcia, no ressarcimento dos danos materiais e morais descritos e discriminados na inicial, com todos os seus acessórios, inclusive e principalmente, correção monetária e juros, estes sobre todas as quantias já devidamente corrigidas e desde a data do fato, além de custas, despesas processuais e honorários advocatícios de 20% (vinte por cento) sobre o valor total da condenação, tudo como exatamente requerido às fls. 22/25, valores esses que serão objeto de fixação e apuração em liquidação por arbitramento.” Julgou, ainda, improcedente o pedido da denunciação, “condenando a ré *Bateau Mouche* Rio Turismo Ltda”, como denunciante, ao pagamento das custas das denunciações e honorários advocatícios de Cr\$ 200.000,00 (duzentos mil cruzeiros) para cada um dos denunciados.”

O Tribunal Regional Federal da 2ª Região, por maioria de votos, julgou prejudicada a remessa oficial, que se considerou interposta, e deu parcial provimento aos apelos dos réus “a) para reduzir a 15% (quinze por cento), os honorários de advogados, mantida a mesma base de cálculo; b) para limitar a data em

que Eduardo Lerner completaria 25 (vinte e cinco) anos, como termo final de vigência de indenização do dano material, resultante do seu óbito”. Restou vencido, em parte, o Juiz Celso Gabriel de Rezende Passos, que negava provimento a todos os recursos e à remessa necessária. Eis a ementa do acórdão:

“Civil: Reparação de danos (material e moral), em decorrência do naufrágio do *Bateau Mouche*.

I – Responsabilidade solidária das rés pelo trágico evento.

II – A UF responde, nos termos do art. 37, § 6º, da CF, pois seus prepostos foram, inclusive, condenados criminalmente – fls. 588/675 do Processo nº 92.02.09198-6.

III – As empresas agiram com indisfarçável culpa, o que determina o seu dever de indenizar.

IV – Aos sócios aplica-se, **in casu**, o princípio da *disregard doctrine*, à luz do CC, art. 160, I, a **contrario sensu**, além do art. 10 do Decreto nº 3.708/19, c.c. arts. 28, 2º e 3º, da Lei nº 8.078/90 (CDC), atento, inclusive, à previsão contida no art. 462 do CPC, justificando-se, pois, que os seus patrimônios particulares também respondam pela reparação dos prejuízos. Doutrina e jurisprudência.

V – Quanto à cumulatividade da reparação material e moral, aplica-se a Súmula nº 37 do egrégio STJ.

VI – Não há que se falar em coisa julgada penal a influir na esfera cível, porque as absolvições dos acusados, ocorreram com espeque no inciso III do art. 386 do CPP, vale dizer, por não constituir o fato infração penal, o que afasta a aplicação do seu art. 65, incidindo, outrossim, o 66 e o 67, em sua inteligência.

VII – Quanto à reparação devida em virtude do falecimento do menor, tal o será, conforme precedentes do egrégio STJ, até a data em que ele completaria 25 (vinte e cinco) anos.

VIII – Os honorários advocatícios ficam reduzidos a 15% (quinze por cento), do valor da condenação.

IX – Provimento parcial dos recursos, na forma do voto-condutor, mantendo-se, quanto ao mais, a r. sentença. Prejudicada a remessa oficial.” (fls. 2.256/2.257).

Rejeitados os embargos declaratórios, a “União Federal” e Ramon Rodriguez Crespo, Gerardo Morgade Senra, Avelino Fernandez Rivera, Pedro

Gonzalez Mendez, Álvaro Pereira da Costa, Faustino Puertas Vidal, José Ramiro Gandara Fernandez, Juan Carlos Rodriguez Rodriguez, Carlos Gambino Morgade e “Cavalo Marinho Comestíveis Ltda” manifestaram recursos especiais.

A “União Federal” arrimou seu apelo nas alíneas **a** e **c** do permissor constitucional, apontando afronta aos arts. 5º, II, e 37, § 6º, da Constituição Federal, 286 e 333 do CPC e 159, 1.537 e 1.572 do CC, além de divergência jurisprudencial. Por primeiro, asseverando que a titularidade da ação pertence às sucessões abertas dos finados, sustentou que os autores não têm legitimidade **ad causam**. Outrossim, disse ser parte ilegítima passiva **ad causam**, visto que não restou provada a prática de ato omissivo ou comissivo que vinculasse, ao menos superficialmente, o comportamento de seus agentes ao naufrágio do *Bateau Mouche* IV. Nesse ponto, alegando que inexistiu conduta ilícita por parte de seus agentes – os quais vistoriaram a embarcação em conformidade com as normas legais vigentes –, bem como que a obrigação de vistoriar embarcações não impõe a autoridade vistoriadora a obrigação de acompanhar as respectivas atividades comerciais e técnicas de seus proprietários e tripulantes, defendeu a inaplicabilidade à espécie da teoria da responsabilidade objetiva prevista na Carta da República e a impossibilidade da decretação, por absoluta ausência de provas, da responsabilidade subjetiva estabelecida pelo art. 15 do CC. De outro lado, afirmou ser indevida no caso a indenização por danos morais, além de a mesma ser inacumulável com a indenização pertinente aos danos patrimoniais. Por fim, no tocante às demais reivindicações dos autores, sustentou: a) a ocorrência de **bis in idem** em relação ao pedido de pagamento de pensão mensal decorrente da morte de Irene Lerner, pois, através do INSS, já pensiona os autores; b) a impossibilidade do deferimento da pensão pelo falecimento do menor Eduardo Lerner à vista da boa situação financeira dos autores; c) a ausência de elementos concretos capazes de quantificar uma eventual indenização pela morte do menor; d) a proibição, pelo CTN, da transferência da responsabilidade tributária; e) a impossibilidade do deferimento do pedido de pagamento das despesas efetuadas com mudança de endereço, visto que tal mudança decorreu da livre manifestação de vontade dos autores; f) a impossibilidade do deferimento do pedido de pagamento dos tratamentos psiquiátricos à falta da demonstração de sua necessidade, de sua relação causal com o acidente e do período de sua duração; g) a impossibilidade do deferimento do 13º salário devido à ausência de qualquer previsão legal; h) a incidência da correção monetária na forma da lei; e i) a ocorrência de **bis in idem** quanto ao pedido de pagamento das despesas de enterro e luto devido ao INSS dispor de auxílios específicos.

Ramon Rodriguez Crespo e outros fundamentaram seu recurso na alínea **a** do admissivo constitucional, alegando violação dos arts. 267, VI, do CPC, 159 do CC, 10 do Decreto-Lei nº 3.708/19 e 28 da Lei nº 8.078/90. Asseverando que não concorreram de qualquer forma para o evento danoso, sustentaram sua ilegitimidade passiva **ad causam**. Afirmaram ainda que Ramon Rodriguez Crespo sequer era sócio da empresa *Bateau Mouche* Rio Turismo Ltda” à época do acidente, pois o mesmo, na alteração do contrato social dessa empresa, datada de 23.08.88 e protocolada na Junta Comercial do Estado do Rio de Janeiro em 29.12.88, cedera e transferira suas quotas para Juan Carlos Rodriguez Rodriguez, retirando-se da sociedade. Outrossim, alegaram que a “Cavalo Marinho Comestíveis Ltda” agiu de acordo com as orientações e instruções da “Itatiaia Agência de Viagens e Turismo Ltda” (organizadora do passeio e locatária da embarcação) e se limitou a fornecer os serviços de *buffet* na embarcação na noite fatídica. De outro lado, disseram que é inadequada a utilização da *disregard doctrine* na hipótese dos autos, pois os sócios da *Bateau Mouche* Rio Turismo Ltda” não agiram com abuso de direito, ou excesso de mandato nem praticaram atos com o doloso propósito de fraudar a lei ou o contrato social ou de prejudicar terceiros. Pelo contrário, demonstraram extrema diligência e cautela a frente da administração da empresa, visto que determinaram a reforma da embarcação, permitiram a realização de duas vistorias pelas autoridades competentes dias antes do acidente – ocasião em que foram consideradas perfeitas as condições de segurança e navegabilidade da embarcação – e limitaram, no contrato de afretamento, o uso do barco a dois terços da capacidade autorizada pela Capitania dos Portos. Ademais, lembraram que a embarcação havia sido locada por *time charter* a “Itatiaia Agência de Viagens e Turismo Ltda”, que assumiu os riscos empresarial e econômico do passeio marítimo que organizou. Por fim, afirmaram que o fato de uma empresa não dispor de patrimônio suficiente para arcar com obrigações maiores do que possa suportar não é motivo para se desconsiderar a sua personalidade jurídica.

Contra-arrazoados, os recursos foram admitidos na origem.

Parecer do Ministério Público Federal pelo não conhecimento dos recursos especiais ou, quando não, pelo seu improvimento.

É o relatório.

### VOTO-PRELIMINAR

O SR. MINISTRO BARROS MONTEIRO (Relator): Segundo reza o art. 9º, § 2º, inc. III, do RISTJ, à Segunda Seção cabe processar e julgar os feitos relativos a:

“III – responsabilidade civil, salvo quando se tratar de responsabilidade civil do Estado”.

A espécie conta com uma peculiaridade: a presente ação de indenização por ato ilícito é movida contra a União e, também, contra particulares. Para efeito de competência interna no tribunal, situa-se numa “zona cinzenta”, pois, enquanto as ações de responsabilidade civil do Estado são de competência de uma das Turmas que compõem a Primeira Seção, as de responsabilidade civil de particular são da competência de uma das Turmas da Segunda Seção.

Nessa hipótese, penso, salvo melhor juízo, que deve prevalecer, para efeito de determinação da competência, a característica predominante do litígio, critério que resulta da norma inscrita no **caput** do art. 9º do mesmo RI (“A competência das Seções e das respectivas Turmas é fixada em função da natureza da relação jurídica litigiosa”). Aqui, a demanda possui natureza acentuadamente privatística, não só em face dos diversos pleitos formulados, mas também da causa de pedir (naufrágio de embarcação pertencente a particular).

É de conveniência, ademais, que todas essas ações relativas ao acidente da embarcação *Bateau Mouche IV* sejam apreciadas por uma só Seção, sendo certo que o simples fato de a União participar da lide não é o bastante para deslocar a competência à egrégia Primeira Seção (a competência das Seções não se define pela qualidade da parte).

Por essas razões, em suma, é que estou mantendo a competência desta Turma para julgar os recursos especiais aqui interpostos.

É o meu voto.

## VOTO-MÉRITO

O SR. MINISTRO BARROS MONTEIRO (Relator): 1. Preambularmente, não versou a decisão recorrida sobre a ilegitimidade de parte dos autores em face do estatuído no art. 1.572 do Código Civil. Da mesma forma, nada ventilou em torno dos temas alusivos aos arts. 286 e 333 do CPC. Ausente, nos pontos, o requisito do prequestionamento (Súmula nº 282-STF).

2. Os réus arguem a respectiva ilegitimidade passiva **ad causam**, com imputações recíprocas acerca da responsabilidade pelo trágico evento ocorrido na noite de 31 de dezembro de 1988.

Todavia, tanto a sentença como o acórdão recorrido analisaram o comportamento comissivo e omissivo de cada uma das litigantes pessoas jurídicas, concluindo, com base no quadro probatório, pela responsabilidade de todas.

A União Federal principia por apontar vulneração dos arts. 5º, inc. II, e 37, § 6º, da Constituição Federal, matéria que, entretanto, excede o âmbito do apelo especial.

Tocante ao mencionado ente estatal, as instâncias ordinárias manifestaram-se de maneira uníssona no sentido de que se omitiu ela no dever de fiscalizar, dada a incúria de seus agentes no exercício de função que lhes é inerente, condenados que foram alguns, segundo o v. acórdão, em sede criminal (fl. 2.226). O decisório de primeiro grau ressaltou que as autoridades competentes se descuraram ao conceder o licenciamento inadequado da embarcação *Bateau Mouche IV*, “pois que nas diversas vistorias realizadas ou não viu ou não pretendeu ver, fazendo ‘vista grossa’ à plataforma de concreto armado sobre o convés superior, juntamente com as caixas d’água imprópria e criminosamente construídas, deixando de notar, também, no dia do fato, o acondicionamento de mesas e pranchas soltas, o que contribuiu tanto para o naufrágio, como, principalmente, para a morte de muita gente” (fl. 1.221).

De sorte que toda a argumentação desenvolvida pela União em seu recurso especial concernente à ilegitimidade de parte passiva ou à ausência de responsabilidade sua pelo acidente, em face da alegada inexistência denexo causal, cede diante dos fatos admitidos pela sentença e pelo acórdão, todos no rumo da sua participação concorrente ao resultado final que ceifou a vida de 55 pessoas. Conforme é sabido, as instâncias ordinárias são soberanas na apreciação das circunstâncias fáticas da causa, não competindo a este Tribunal, em sede de apelo extremo, reexaminar o contexto probatório coligido (Súmula nº 7-STJ). Quanto à divergência jurisprudencial apontada pela mesma recorrente, não se mostra ela suscetível de configuração, seja porque não feita a demonstração analítica da discrepância (arts. 541, parágrafo único, do CPC, e 255, § 2º, do RISTJ), seja porque o **substractum** de fato dos arestos paradigmas diz com situação completamente distinta da do presente litígio.

3. De sua vez, “Cávalo Marinho Comestíveis Ltda” e Ramon Rodriguez Crespo e outros, pessoas físicas sócias dessa empresa e da *Bateau Mouche Rio Turismo Ltda*” também sustentam a sua ilegitimidade passiva **ad causam**.

A co-ré “Cavalo Marinho Comestíveis Ltda” achava-se incumbida dos serviços de *buffet*. Segundo a sentença, tinha ela ciência de todas as condições do contrato e conhecia a embarcação de longa data, sendo, além do mais, responsável pelo excesso de peso existente, com a colocação de mesas e cadeiras soltas, uso de garrafas e utensílios diversos, o que contribuiu decisivamente para o naufrágio e a morte de muitos passageiros (fl. 1.221). Inadmissível, a esta altura, reverter-se o panorama das provas para o efeito de recusar a sua contribui-

ção, bem como dos sócios, pessoas físicas, no triste e fatídico evento. Impede-o o enunciado do Verbete Sumular nº 7 acima aludido.

Ramon Rodriguez Crespo isoladamente assevera a sua ilegitimidade passiva sob o fundamento de que dois dias antes do desastre havia transferido as suas cotas sociais relativas à empresa *Bateau Mouche* Rio Turismo Ltda”. Por igual, ainda nesse ponto incide a Súmula nº 7 desta Casa, haja vista as considerações lançadas pelo decisório de primeiro grau, não só pela administração de fato exercida pelo referido sócio numa “sociedade fechada”, de natureza familiar, como também pela necessidade de um planejamento prévio em relação àquele empreendimento turístico. Anotaram ainda tanto a sentença como o v. acórdão que as alterações somente seriam passíveis de produzir efeitos após o registro na Junta Comercial, o que se operou muitos meses depois.

4. O MM. Juiz estabeleceu, no **decisum** de 1ª instância, a responsabilidade subsidiária dos sócios Ramon Rodriguez Crespo e outros, por aplicação da *disregard doctrine*, decreto sentencial este confirmado pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região.

Ao aplicar a teoria da “desconsideração da personalidade jurídica”, o Magistrado singular reportou-se à cansativa repetição de “sociedades pobres com sócios ricos”, deixando remarcado o fato de que, tratando-se de empresas de modesto porte econômico, assumiram elas, com aquela viagem do *Bateau Mouche* IV, obrigações infinitamente maiores do que as suas forças permitiam (fls. 1.217/1.218).

Já o v. acórdão se arrimou no disposto no art. 28 da Lei nº 8.078, de 11.09.90, cuja aplicação ao caso, ante as normas de direito transitório, não chegou a ser impugnada de maneira específica pelos interessados. Acentuou, mais, o julgado que a doutrina da “desconsideração da personalidade jurídica” se encontra consagrada na jurisprudência para obstar a fraude e o abuso de direito.

Ora, na espécie acham-se presentes os pressupostos insertos no indigitado art. 28 do CDC, porquanto os fatos e circunstâncias da lide estão a evidenciar de modo bastante claro que as empresas e seus sócios agiram com abuso de direito e infração à lei; praticaram, outrossim, ato ilícito, do qual resultou a morte de 55 pessoas. Basta, a propósito, lembrar que naquela noite a embarcação fora interceptada pelos agentes do poder público, que a fizeram retornar ao ponto de origem. Ali, com a presença de alguns sócios, diretamente interessados a execução da empreitada e, por certo, na concretização dos lucros previstos, o barco conseguiu zarpar, alcançando o “mar picado”, com peso excessivo e instalações impróprias, revelando conduta insensata e manifestamente imprudente, aí estão caracterizados os atos contrários à lei ou, ao menos, o abuso de direito, a justificar – sem dúvida – a adoção da *disregard doctrine* no caso.

A teoria da “desconsideração da personalidade jurídica” já teve acolhida no seio desta Quarta Turma. Quando do julgamento do REsp nº 86.502-SP, o Relator, Ministro Ruy Rosado de Aguiar, pôs-se acordo com os que admitem a aplicação da doutrina da desconsideração para julgar ineficaz a personificação societária sempre que for usada com abuso de direito, para fraudar a lei ou prejudicar terceiros. Em seu douto voto, S. Exa. invoca o escólio de Lamartine Corrêa de Oliveira, para quem “os problemas ditos de ‘desconsideração’ envolvem freqüentemente um problema de imputação. O que importa basicamente é a verificação da resposta adequada à seguinte pergunta: no caso em exame, foi realmente a pessoa jurídica que agiu, ou foi ela mero instrumento nas mãos de umas outras pessoas, físicas ou jurídicas? ... Se é em verdade uma outra pessoa que está a agir, utilizando a pessoa jurídica como escudo, e se é essa utilização da pessoa jurídica, fora de sua função, que está tornando possível o resultado contrário à lei, ao contrato ou às coordenadas axiológicas fundamentais da ordem jurídica (bons costumes, ordem pública), é necessário fazer com que a imputação se faça com predomínio da realidade sobre a aparência (ob. cit., p. 613)”.

Em sentido similar o magistério de **Fábio Ulhoa Coelho**: “O juiz pode decretar a suspensão episódica da eficácia do ato constitutivo da pessoa jurídica, se verificar que ela foi utilizada como instrumento para a realização de fraude ou abuso de direito” (Desconsideração da Personalidade Jurídica, p. 54, ed. 1959). Ou consoante assinala **Rubens Requião**, citado por **Sandra Maria Lazzari** (O Abuso e Fraude da Forma da Pessoa Jurídica, sua Desconsideração, in Revista da Procuradoria Geral do Estado, vol. 16, nº 44, p. 33), “Ora, diante do abuso de direito e da fraude, no uso da personalidade jurídica, o juiz brasileiro tem o direito de indagar, em seu livre convencimento, se há a consagrar a fraude ou o abuso de direito, ou se deva desprezar a personalidade jurídica, para, penetrando em seu âmago, alcançar as pessoas e bens que dentro dela se escondem para fins ilícitos ou abusivos”.

Destarte, não se pode falar no caso que, ao proclamar a responsabilidade subsidiária dos sócios co-réus o acórdão combatido tenha contrariado a legislação federal. De ressaltar-se que, também neste tópico inconformidade recursal, não é viável a pretensão de modificar-se a base empírica da lide, tal como traçada pelas instâncias ordinárias, mediante a narrativa e argumentação de circunstâncias antes não consideradas (Súmula nº 7-STJ).

5. Segundo a jurisprudência sumulada desta Casa, “são cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundas do mesmo fato” (Súmula nº 37).

As demais objeções formuladas pela União em seu apelo extremo vieram a lume sob a forma de reprodução do que se alegara em contestação. Vale dizer, a recorrente veiculou várias impugnações como se tratasse de uma nova apelação, sem se ater aos pressupostos específicos do recurso especial.

De qualquer forma, a perquirição sobre o cabimento da indenização por dano moral em favor dos autores está a envolver, nesta instância, o revolvimento de matéria probatória, o que é defeso a teor da multicitada Súmula nº 7-STJ.

Nada cuidou, de outro lado, o v. acórdão acerca da pensão percebida pela vítima Irene originada da Previdência Social. Faltante também aí o requisito do prequestionamento. O mesmo é de dizer-se no que tange a outros itens abordados no apelo excepcional: pagamento de tributos, imediato pagamento da pensão, despesas com mudança de endereço, tratamentos psiquiátricos, acréscimo do 13º salário, forma de cálculo da correção monetária, despesas de enterro e de luto.

6. Apenas num aspecto assiste razão à União.

Diz respeito à pensão concedida em virtude da morte do menor impúbere Eduardo, a época com seis anos de idade. O falecido – claro está – não trabalhava e, de outra parte, a própria decisão recorrida reconhece que a sua família não é pobre. Não se afigura razoável, pois, supor que essa vítima fosse contribuir para o sustento dos autores, pai e irmã.

Este órgão fracionário do tribunal tem entendido que, tratando-se de menor que não exercia atividade laborativa, em princípio, seus pais não fazem jus ao pensionamento decorrente de danos materiais, mas tão-somente aos morais. Confirmam-se o REsp nº 28.861-0-PR (in RSTJ, vol. 50, p. 305) e o REsp nº 119.963-PI, ambos relatados pelo ilustre Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira.

Neste item da irresignação recursal, por conseguinte, o **decisum** guerreado contrariou a norma inscrita no art. 1.537, inc. II, do Código Civil, expressamente invocada pela recorrente.

7. Do quanto foi exposto, não conheço do recurso especial interposto por Ramon Rodriguez Crespo e outros e conheço, em parte, do recurso manifestado pela União Federal e, nessa parte, dou-lhe provimento, a fim de cancelar a pensão concedida em virtude da morte do menor Eduardo, solução esta que aproveita a todos os réus em razão de tratar-se no caso de obrigação solidária.

Oportunamente, remetam-se os autos ao colendo Supremo Tribunal Federal para apreciação do RE admitido.

É o meu voto.

## VOTO-PRELIMINAR

O SR. MINISTRO RUY ROSADO DE AGUIAR: Sr. Presidente, **data venia** do Sr. Ministro Cesar Asfor Rocha, estou acompanhando V. Exa. porque há, aqui, um litisconsórcio onde está se discutindo questão de responsabilidade civil fundada na culpa e não na responsabilidade civil objetiva do Estado: mesmo com relação a este, pelo que ouvi do relatório, está se alegando responsabilidade fundada na culpa.

A responsabilidade civil do Estado que está na competência da Primeira Seção, na verdade, é um tema de Direito Civil e não, propriamente, de Direito Público.

Daí por que, se a matéria é de Direito Civil e as relações, predominantemente, sendo resolvidas com relação a pessoas de Direito Privado, estaria em manter a competência da Seção de Direito Privado. Ainda considero que a determinação regimental garante apenas uma preferência na distribuição cuja eventual desatenção não leva à nulidade do julgamento.

## VOTO-MÉRITO

O SR. MINISTRO RUY ROSADO DE AGUIAR: Sr. Presidente, estou de acordo com o voto de V. Exa. O tema da ilegitimidade passiva dos réus foi resolvido nas instâncias ordinárias com base no exame dos fatos e assim, também, o da relação causal, seja das entidades privadas, seja da União. Como se viu na exposição dos eminentes patronos e, também, já constava do substancioso memorial que recebi, a sustentação principal do recorrente Ramon está na descrição do que aconteceu naqueles dias.

Impressionou-me a alegação de que um dos sócios já fora excluído da sociedade, com registro na Junta, antes do dia da ocorrência. Mas, pelo que ouvi do voto de V. Exa., a sentença e o acórdão teriam mencionado que ele continuava exercendo atos de administração. Esse fundamento, por si, é suficiente para excluir a alegação e não pode mais ser revisado nesta instância.

Quanto ao princípio da desconsideração da pessoa jurídica, ainda que se entenda, majoritariamente, nesta Turma, que o Código de Defesa do Consumidor não incide em relações anteriores à data de sua vigência, a verdade é que estava aceito no nosso sistema e, no caso, foi invocada na Lei das Sociedades de Responsabilidade Limitada que expressamente admite a responsabilidade direta e pessoal dos sócios, nos casos que especifica.

Estou também acompanhando V. Exa. quanto a excluir a União da conde-

nação pelo dano material decorrente da morte do menor que, presumidamente, não contribuía para o sustento da família.

### VOTO-PRELIMINAR

O SR. MINISTRO SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA: Sr. Presidente, também vou pedir vênias ao Sr. Ministro Cesar Asfor Rocha para acompanhar V. Exa. e o Sr. Ministro Ruy Rosado de Aguiar, não só em face dos argumentos trazidos por V. Exas., mas também porque a própria Corte Superior deste Tribunal tem interpretado com certa flexibilidade este tema, em face do nosso Regimento, proclamando que a competência interna desta Corte não se fixa levando em consideração a qualidade das pessoas em lide, mas sim a natureza da relação jurídica litigiosa.

---

---

## RECURSO ESPECIAL Nº 158.843 – MG

(Registro nº 97.0090823-2)

Relator: Ministro Ruy Rosado de Aguiar  
Recorrente: Geraldo Ferreira da Silva  
Advogados: Marcos Augusto Ricardo de Gouveia e outros  
Recorrida: Daniela Lopes Ferreira da Silva (menor impúbere)  
Representada por: Silvana Lopes da Silva  
Advogada: Maria José Silveira Martins

**EMENTA:** Alimentos – Percentual – Base do cálculo – Terço de férias.

A gratificação correspondente ao terço de férias do assalariado integra a base do cálculo da pensão alimentar fixada sobre um percentual do salário líquido do alimentante, salvo se excluída por cláusula expressa.

Recurso conhecido, pela divergência, mas improvido.

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer em parte do recurso,

e, nessa parte, negar-lhe provimento. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Bueno de Souza, Sálvio de Figueiredo Teixeira, Barros Monteiro e Cesar Asfor Rocha.

Brasília-DF, 18 de março de 1999 (data do julgamento).

Ministro BARROS MONTEIRO, Presidente.

Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR, Relator.

---

Publicado no DJ de 10.05.99.

## RELATÓRIO

O SR. MINISTRO RUY ROSADO DE AGUIAR: Daniela Lopes Ferreira da Silva, menor impúbere, moveu ação de alimentos contra seu pai, Geraldo Ferreira da Silva, alegando que o demandado não contribuiu para o seu sustento, somente auxiliando com serviços médicos prestados pelo convênio firmado com a Associação do Ministério Público. Requereu a fixação de alimentos provisórios no percentual de 40% (quarenta por cento) sobre o vencimento bruto do réu, a ser confirmado na sentença.

Os provisórios foram arbitrados em 10%, devidos desde a data da citação.

A sentença julgou parcialmente procedente a demanda, fixando os alimentos em 10% sobre os vencimentos líquidos, excluídas as verbas correspondentes ao terço das férias e às férias-prêmio.

As partes apelaram. A autora estava inconformada com o percentual fixado e com a exclusão do desconto no terço das férias e das férias-prêmio. O réu defendeu a redução dos alimentos para 5% de seus vencimentos líquidos, além da não-incidência de desconto sobre promoções e quinquênios.

A egrégia Quarta Câmara Cível do Tribunal de Minas Gerais deu provimento parcial à apelação da autora e negou à do alimentante, para determinar que o percentual de 10% fixado abrangesse “todos os salários ou vencimentos e gratificações, bem como as promoções do alimentante”, vencido nessa parte o Relator, o ilustre Desembargador Alves de Mello, que confirmava a sentença no tocante à exclusão do desconto do pensionamento do terço de férias e das férias-prêmio.

O réu opôs embargos infringentes, buscando a reforma do v. acórdão, nos termos do voto minoritário.

A egrégia Quarta Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, por maioria de votos, rejeitou os infringentes:

“O terço das férias integra a remuneração e, por isso, deve ser estendido também ao alimentado e as férias-prêmio, mesmo tendo natureza indenizatória, quando convertida em pecúnia, corresponde a acréscimo que não pode ser subtraído do alimentado, que tem o direito de ter sua situação pessoal compatível com a receita do alimentante.”

O réu, inconformado, manifestou recurso especial pela alínea c do permissor constitucional, ao fundamento de dissídio jurisprudencial com aresto publicado na RT 705/99, que excluiu da verba alimentar o terço constitucional de férias. Menciona, ainda, por ementa, o AI nº 202.686-1/6/TJ/SP e as AACC nºs 4.200-4-SP, 208.994-SP e 264.173.

Sem contra-razões, o recurso foi admitido.

O douto Ministério Público Federal opinou pelo provimento do recurso, em parte, para excluir da verba alimentar o percentual incidente sobre indenização de férias não gozadas.

É o relatório.

## VOTO

O SR. MINISTRO RUY ROSADO DE AGUIAR (Relator): 1. Ficou caracterizado o dissídio a respeito da questão da incidência do percentual devido a título de alimentos sobre a gratificação de um terço devida por ocasião das férias, com a transcrição de acórdão cuja fundamentação repele seja esta verba considerada para o cálculo da pensão alimentar (RT 705/99).

No entanto, tenho que a melhor orientação foi a adotada pelo egrégio Tribunal de Minas Gerais, pois “o terço das férias integra a remuneração e, por isso, deve ser estendido também ao alimentado”. É certo que essa verba é deferida ao servidor para auxiliar na cobertura dos gastos mais elevados que decorrem do gozo de férias, e tem por isso uma conotação personalíssima. Mas a alimentanda também tem o direito de gozar férias e desfrutar de alguns instantes de lazer, sendo que a elevação das suas despesas será do mesmo nível das do alimentante. Tendo ele uma outra filha menor em sua companhia, poderá esta usufruir das vantagens que decorrem da gratificação do terço de férias; penso que a autora, hoje em companhia da mãe, deve gozar das mesmas condições.

O chamado terço constitucional de férias, assim como o 13º salário, – que sabidamente integra a base de cálculo dos alimentos, – destina-se a atender normal elevação das despesas do assalariado em certa época do ano. Ambas obrigatórias, comuns a todos os servidores e permanentes, incorporam-se à sua

remuneração. Logo, uma e outra devem ser consideradas para a base do cálculo alimentar.

A gratificação pelas férias somente pode ser desconsiderada se houver cláusula expressa, excluindo-a do cálculo, o que não acontece no nosso caso.

2. No que diz com a verba correspondente a férias-prêmio, o recorrente não demonstrou a existência do dissídio, referindo acórdãos por ementas, sem indicação da fonte.

Posto isso, conheço em parte do recurso, quanto ao terço de férias, mas lhe nego provimento.

É o voto.

---

---

## RECURSO ESPECIAL Nº 184.487 – SP

(Registro nº 98.0057205-8)

Relator: Ministro Ruy Rosado de Aguiar  
Recorrente: Município de Limeira  
Advogados: Márcia Aparecida Conceição Victal e outros  
Recorridos: Levindo Calixto de Andrade Neto e outro

**EMENTA:** Loteamento – Município – Pretensão de anulação do contrato – Boa-fé – Atos próprios.

– Tendo o Município celebrado contrato de promessa de compra e venda de lote localizado em imóvel de sua propriedade, descabe o pedido de anulação dos atos, se possível a regularização do loteamento que ele mesmo está promovendo. Art. 40 da Lei nº 6.766/79.

– A teoria dos atos próprios impede que a Administração Pública retorne sobre os próprios passos, prejudicando os terceiros que confiaram na regularidade do seu procedimento.

– Recurso não conhecido.

## ACÓRDÃO

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

taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do recurso. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Bueno de Souza, Sálvio de Figueiredo Teixeira e Barros Monteiro. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Cesar Asfor Rocha.

Brasília-DF, 24 de novembro de 1998 (data do julgamento).

Ministro BARROS MONTEIRO, Presidente.

Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR, Relator.

---

Publicado no DJ de 03.05.99.

## RELATÓRIO

O SR. MINISTRO RUY ROSADO DE AGUIAR: O Município de Limeira propôs ação de nulidade de contrato de promessa de compra e venda contra Levindo Calixto de Andrade Neto e sua esposa, Creusa Aparecida Alves dos Santos Andrade, alegando que na gestão anterior foi assinado compromisso de compra e venda de um lote situado em inexistente loteamento chamado “Jardim Residencial Kuhl”. O parcelamento não foi registrado e nem chegou a ser urbanizada a gleba, a depender do consentimento do Ministério da Aeronáutica, por estar o terreno próximo ao Aeroporto Municipal. Faltou, também, a prévia autorização do projeto pela própria Prefeitura, Secretaria da Saúde, Secretaria do Meio Ambiente, Procuradoria Geral do Estado, Cetesb e Vigilância Sanitária.

Os réus foram citados e ficaram revéis.

A ação foi julgada improcedente, e o Município apelou.

A egrégia Sexta Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo negou provimento ao recurso:

“Compromisso de venda e compra – Anulação pretendida pela Prefeitura – Loteamento não registrado – Rejeição do pedido.

Não se anula compromisso de venda celebrado pela Prefeitura Municipal na condição de loteador particular, ainda que não esteja o loteamento regularmente aprovado e inscrito.” (fl. 160).

Rejeitados seus embargos declaratórios, o Município interpôs recurso especial com fulcro no art. 105, III, a, da Constituição Federal, por ofensa ao disposto nos arts. 145, II e III, do Código Civil, 37 da Lei nº 6.766/79 e 82 do Código Civil. Alega a necessidade de serem observados os pressupostos cons-

tantes na Lei Federal nº 6.766/79, que proíbe a venda de loteamento ou desmembramento sem prévio registro (art. 37) e estabelece sanção penal aos eventuais infratores (arts. 50 a 53).

Tendo o recurso reunido as condições de admissibilidade, foi feita a remessa dos autos a este egrégio STJ.

É o relatório.

### VOTO

O SR. MINISTRO RUY ROSADO DE AGUIAR (Relator): 1. O Município de Limeira, depois de celebrar contratos de promessa de compra e venda de lotes integrantes de uma gleba de sua propriedade, está promovendo a anulação daqueles contratos porque o parcelamento não está regularizado, faltando-lhe o devido registro.

O v. acórdão aplicou ao caso a regra do art. 40 da Lei nº 6.766/79, sobre o parcelamento do solo urbano:

“Art. 40. A Prefeitura Municipal, ou o Distrito Federal quando for o caso, se desatendida pelo loteador a notificação, poderá regularizar loteamento ou desmembramento não autorizado ou executado sem observância das determinações do ato administrativo de licença, para evitar lesão aos seus padrões de desenvolvimento urbano e na defesa dos direitos dos adquirentes de lotes.

§ 1º A Prefeitura Municipal, ou o Distrito Federal quando for o caso, que promover a regularização, no forma deste artigo, obterá judicialmente o levantamento das prestações depositadas, com os respectivos acréscimos de correção monetária e juros, nos termos do § 1º do artigo 38 desta Lei, a título de ressarcimento das importâncias despendidas com equipamentos urbanos ou expropriações necessárias para regularizar o loteamento ou desmembramento.

§ 2º As importâncias despendidas pela Prefeitura Municipal, ou pelo Distrito Federal quando for o caso, para regularizar o loteamento ou desmembramento, caso não sejam integralmente ressarcidas conforme o disposto no parágrafo anterior, serão exigidas na parte faltante do loteador, aplicando-se o disposto no artigo 47 desta Lei.

§ 3º No caso de o loteador não cumprir o estabelecido no parágrafo anterior, a Prefeitura Municipal, ou o Distrito Federal quando for o caso, poderá receber as prestações dos adquirentes, até o valor devido.

§ 4º A Prefeitura Municipal, ou o Distrito Federal quando for o caso, para assegurar a regularização do loteamento ou desmembramento, bem como o ressarcimento integral de importâncias despendidas, ou a descender, poderá promover judicialmente os procedimentos cautelares necessários aos fins colimados.”

Ora, se incumbe ao Município tratar de regularizar loteamentos irregulares promovidos por terceiros para o fim de “defender os direitos dos adquirentes dos lotes”, com muito mais razão deve tratar de tomar essas providências quando a promessa foi feita por ele mesmo.

2. Sabe-se que o princípio da boa-fé deve ser atendido também pela administração pública, e até com mais razão por ela, e o seu comportamento nas relações com os cidadãos pode ser controlado pela teoria dos atos próprios, que não lhe permite voltar sobre os próprios passos, depois de estabelecer relações em cuja seriedade os cidadãos confiaram. “A salvaguarda da boa-fé e a manutenção da confiança formam a base de todo o tráfico jurídico e em particular de toda a vinculação jurídica individual. Por isso, não se pode limitá-lo às relações obrigacionais, mas aplicá-lo sempre que exista qualquer vinculação jurídica, ou seja, tanto no Direito Privado, como no Direito Público” (**Karl Larenz**, *Derecho de Obligaciones*, I/144). Insistindo nesse ponto de vista, **Jesus Gonzalez Peres**, no seu *El Principio General de la Buena Fe en el Derecho Administrativo*, observa que todas as pessoas, inclusive as de Direito Público, devem pactuar sua conduta de acordo com o princípio de lealdade, sendo improcedente a pretensão dirigida à anulação por defeitos formais do ato praticado por quem aceitar o cumprimento da outra parte (p. 82).

Isso porque, como ensinava o mestre **Clóvis do Couto e Silva**, o primeiro no Brasil a acentuar a importância do tema e a divulgá-lo nos seus escritos, a boa-fé objetiva é o princípio orientador do ordenamento jurídico.

Na Administração Pública, confrontado com a regra de nulidade dos atos administrativos praticados com ofensa à lei, o princípio do boa-fé impõe sua flexibilidade, assim como bem examinado no escrito da Dra. **Vera Regina Winter** (Síntese Trabalhista, 104, fevereiro de 1998, p. 133), que conclui com a lição do ilustre Prof. **Juarez Freitas** (Estudos de Direito Administrativo): “A respeitabilidade do princípio da boa-fé, do princípio da segurança das relações jurídicas e a relativização do princípio da legalidade, conjugadamente, implicam a fixação de limites substanciais à cogência da anulação dos atos administrativos, tanto à Administração como ao Poder Judiciário”.

3. No caso dos autos, o Município criou todas as condições para que o negócio se realizasse assim como se realizou, não sendo conforme à boa-fé ale-

gar defeito no parcelamento que ele mesmo implantou, frustrando a expectativa daqueles que confiaram na regularidade do ato da autoridade pública. “Se o ato nulo ou anulável produziu relação jurídica da qual resultaram prestações do administrado (pense-se em certos casos de permissão de uso de bem público ou de prestação de serviço público) e o administrado não concorreu para o vício do ato, estando de boa-fé, a invalidação do ato não pode resultar em locupletamento da Administração à custa do administrado e causar-lhe um dano injusto em relação a efeitos patrimoniais passados. (...) Com efeito, se o ato administrativo era inválido, isto significa que a Administração ao praticá-lo feriu a ordem jurídica. Assim, ao invalidar o ato, estará, **ipso facto**, proclamando que fora autora de uma violação da ordem jurídica. Seria iníquo que o agente violador do Direito, confessando-se tal, se livrasse de quaisquer ônus que decorreriam do ato e lançasse sobre as costas alheias todas as conseqüências patrimoniais gravosas que daí decorreriam, locupletando-se, ainda, à custa de quem, não tendo concorrido para o vício, haja procedido de boa-fé. Acresce que, notoriamente, os atos administrativos gozam de presunção de legitimidade. Donde, quem atuou arrimado neles, salvo se estava de má-fé (vício que se pode provar, mas não pressupor liminarmente), tem o direito de esperar que tais atos se revistam de um mínimo de seriedade. Este mínimo consistente em não serem causas potenciais de fraude ao patrimônio de quem neles confiou – como, de resto, teria de confiar.” (Celso Antônio, Boletim de Licitações e Contratos, Ano XI, nº 4, abril/1998).

4. A alegação de ser impossível a implantação do parcelamento naquele local, por exigência do Ministério da Aeronáutica, não ficou de nenhum modo demonstrada, nem admitida pelas instâncias ordinárias.

O disposto no art. 82 do Código Civil não foi objeto de prévio questionamento.

5. Posto isso, não conheço.

É o voto.

---

---

## RECURSO ESPECIAL Nº 196.401 – SP

(Registro nº 98.0087699-5)

Relator: Ministro Ruy Rosado de Aguiar  
Recorrentes: Walter Delgado Hilário e outros  
Advogado: José Carlos de Cerqueira  
Recorrida: Empresas Reunidas Paulista de Transportes Ltda  
Advogado: Antônio Carlos Colo

**EMENTA:** Coisa julgada – Alegação rejeitada em agravo – Renovação do tema na apelação.

Afastada a existência de coisa julgada, em decisão mantida pelo tribunal **a quo**, descabe reconhecê-la no julgamento da apelação.

Recurso conhecido e provido.

## ACÓRDÃO

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

Brasília-DF, 4 de março de 1999 (data do julgamento).

Ministro BARROS MONTEIRO, Presidente.

Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR, Relator.

---

Publicado no DJ de 10.05.99.

## RELATÓRIO

O SR. MINISTRO RUY ROSADO DE AGUIAR: Walter Delgado Hilário, Wilson Delgado Hilário e Walquíria Hilário propuseram ação de indenização contra as Empresas Reunidas Paulista de Transportes Ltda, noticiando que em 15 de janeiro de 1975 dois ônibus da referida empresa se chocaram em virtude de ato imprudente do motorista Claudionor Bispo, então funcionário da empresa, que veio a ser condenado no juízo criminal à pena de 1 (um) ano, 8 (oito) meses e 4 (quatro) dias de detenção. O acidente causou o falecimento de Lourdes Delgado Hilário e Wagner Hilário, mãe e irmão dos autores. Foi pleiteada a condenação da ré no pagamento de indenização pertinente aos danos materiais sofridos, fixados em 1 (um) salário mínimo mensal, visto que, à época, os requerentes eram menores (respectivamente 11, 10 e 6 anos) e dependentes, estabelecendo como termo inicial a data do acidente e, como termo final, as núpcias de Walter, e a idade de 25 anos para os demais. Quanto aos danos morais, requereram o valor de 1.000 (mil) salários mínimos.

A requerida contestou argüindo, preliminarmente, coisa julgada e prescri-

ção. Disse que a lide já havia sido solucionada mediante acordo com o representante legal dos autores, exaurindo a obrigação reparatória. No mérito, sustentou inexistir dano material, porquanto a falecida não exercia atividade laborativa remunerada.

Deve ser desde logo esclarecido que, devido ao desacolhimento das preliminares da contestação, a ré ingressou com o recurso de agravo, que foi improvido pela egrégia Nona Câmara. O recurso especial então interposto não foi admitido, daí o Agravo de Instrumento nº 170.843-SP, igualmente denegado.

Afinal, o Juízo **a quo** julgou parcialmente procedente a ação, limitando a indenização por dano material até o momento em que os requerentes completaram 21 (vinte e um) anos, e estabelecendo o valor correspondente a 200 (duzentos) salários mínimos, a título de danos morais.

As partes apelaram; o egrégio Primeiro Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, por sua Sétima Câmara, acolheu o apelo da requerida e negou provimento ao dos autores. O acórdão foi assim ementado:

“Responsabilidade civil – Coisa julgada – Ação anterior ajuizada pelos autores, representados pelo pai, cuja ação terminou por acordo, em que deram a mais plena, geral e irrevogável quitação de pagos e satisfeitos – Sucumbência recíproca – Decisão reformada para reconhecer a coisa julgada.” (fl. 394)

Os autores embargaram, lembrando que a egrégia Nona Câmara, apreciando o agravo de instrumento interposto pela ré, afastara a preliminar de coisa julgada. Insistiram na diferença das causas de pedir e apontam para erro material, porquanto não fora o pai, e sim o avô, o representante dos menores naquela primeira demanda. Os embargos foram rejeitados, sendo apenas reconhecido que a representação era do avô, fato que não altera a validade do acordo anterior.

Irresignados, os demandantes interpuseram recurso especial com fundamento no art. 105, inc. III, alínea a, da Constituição Federal. Alegam ofensa aos arts. 473, 535, incs. I e II e 559 do Código de Processo Civil e 1.032 do Código Civil, ressaltando que o acórdão recorrido desconsiderou a decisão que, em sede de agravo de instrumento, afastara a preliminar de coisa julgada argüida pela ré.

Contra-razões às fls. 436/443.

O recurso foi inadmitido na origem, processando-se em virtude de agravo de instrumento provido.

É o relatório.

## VOTO

O SR. MINISTRO RUY ROSADO DE AGUIAR (Relator): A ré sustentou, em sua contestação, que transitara em julgado a sentença proferida em processo anterior sobre o mesmo fato e entre as mesmas partes, homologando o acordo então firmado, com liquidação das responsabilidades e ampla quitação. O magistrado repeliu a arguição e a ré agravou, tendo o egrégio tribunal recorrido negado a existência de coisa julgada, decisão da qual foi interposto agravo de instrumento ao STJ, improvido.

Trata-se de estabelecer, então, se a egrégia Câmara poderia reexaminar o tema da coisa julgada, já decidida no processo nas três instâncias.

Penso que não. Uma vez apreciada a matéria e proferido julgamento com trânsito em julgado, a questão não pode ser reexaminada no âmbito da mesma relação processual, porque preclusa. Se não for assim, haveria a perpetuidade da discussão dos mesmos temas nos mesmos autos, e de nada valeriam as decisões interlocutórias neles lançadas, e muito menos os recursos delas interpostos, porquanto tudo poderia ser reaberto, rediscutido, rejuogado, em ciranda inesgotável.

Esta Quarta Turma, em decisão recente, apreciando o REsp nº 174.340-MG, sendo relator o eminente Ministro Cesar Asfor Rocha, assim julgou:

“Se, ao sanear o processo, o juiz-presidente do feito der pela inexistência da coisa julgada alegada pelo réu, e tendo esse entendimento sido mantido pelo tribunal local ao desprover o agravo de instrumento, com trânsito em julgado dessa decisão, como no caso, não pode mais ser reaberta a sua discussão em sede apelatória”.

Posto isso, pela alínea a, por ofensa ao art. 473 do CPC, conheço do recurso e lhe dou provimento para afastar a preliminar de coisa julgada, e assim permitir que a egrégia Câmara prossiga no julgamento.

É o voto.

---

---

**RECURSO ESPECIAL Nº 208.870 – SP**

(Registro nº 99.0026114-3)

Relator: Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira

Recorrente: Gilberto Marcos Faria

Advogado: Márcio Terruggi  
Recorrido: Condomínio Residencial Green Garden I  
Advogados: João Bruno Neto e outros

**EMENTA:** Processual Civil – Cobrança de despesas de condomínio – Art. 275, II, b, CPC – Procedimento monitório ou sumário – Faculdade do credor – Recurso desacolhido.

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

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

### ACÓRDÃO

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

Brasília-DF, 8 de junho de 1999 (data do julgamento).

Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR, Presidente.

Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, Relator.

---

Publicado no DJ de 28.06.99.

### RELATÓRIO

O SR. MINISTRO SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA: Trata-se de recurso especial interposto contra a parte do acórdão do Segundo Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, que concluiu pelo cabimento da ação monitória para a cobrança de despesas de condomínio, ao fundamento de que, se o credor possui “prova escrita sem eficácia de título executivo”, pode valer-se do procedi-

mento monitorio, sem necessidade de prévia ação de conhecimento, seja pelo rito ordinário, seja pelo sumário.

O recorrente aponta violação do art. 275, II, **b**, do Código de Processo Civil, entendendo que o rito sumário previsto para a “cobrança ao condômino de quaisquer quantias devidas ao condomínio” é matéria de ordem pública e, portanto, imperativa, não podendo a parte escolher o procedimento monitorio, diante da expressa determinação legal.

Contra-arrazoado, foi o recurso admitido na origem.

É o relatório.

## VOTO

O SR. MINISTRO SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA (Relator):

1. O exame da insurgência se resume ao cabimento ou não do procedimento monitorio para a cobrança de despesas de condomínio, sendo expressa a observância do rito sumário, nos termos do art. 275, II, **b**, CPC. No caso, assentou a Corte de origem que o condomínio credor, ora recorrido, apresentou prova escrita suficiente a embasar o manejo da ação, sem, contudo, eficácia de título executivo.

2. O processo monitorio foi introduzido no ordenamento jurídico brasileiro por meio da Lei nº 9.079/95. Procedimento muito difundido no direito europeu, sendo adotado em países como a Itália (*procedimento d'ingiunzione*), a Alemanha e a Áustria (*Mahnverfahren*), a França e a Bélgica (*injection de payer*), tem por principal finalidade acelerar a tramitação de causas e encurtar o caminho para a obtenção de um título executivo, sem a necessidade de o credor se valer da morosa via do processo de conhecimento. A propósito, em doutrina, pode assinalar:

“Este capítulo introduz o procedimento monitorio, também chamado ‘injuntivo’, no atual processo civil brasileiro. Cuida-se de procedimento há muito utilizado no direito europeu, e com amplo sucesso. Seu objetivo é abreviar a formação do título executivo, encurtando a via procedimental do processo de conhecimento, partindo do pressuposto de que há créditos, sem eficácia de título executivo, que não justificam o moroso e caro procedimento do processo de cognição, especialmente pela antevisão de que o devedor não terá defesa convincente, séria, a opor. Trata-se de mecanismo hábil e ágil, em que assegurado o eventual contraditório” (Código de Processo Civil Anotado, 6ª ed., São Paulo: Saraiva, 1996, p. 694).

No mesmo sentido, **J. E. Carreira Alvim**:

“O procedimento monitorio (ou injuncional) é procedimento do tipo ‘de cognição sumária’, caracterizado pelo propósito de conseguir o mais rapidamente possível o título executivo e, com isso, o início da execução forçada. A sumariedade da cognição constitui o instrumento estrutural por meio do qual a lei busca esse desiderato, naqueles casos em que é provável a existência do direito, seja pela natureza e objeto do direito mesmo, seja particular atendibilidade da prova que serve de fundamento dele. Para **Calamandrei**, a cognição (na primeira fase) é considerada não tanto na função imediata de accertamento, mas na sua função mediata de preparação do título executivo.

A finalidade do procedimento monitorio (ou injuncional) – assim chamado por conter um mandado (ou ordem) ao devedor – é evitar perda de tempo e dinheiro, na formação de um título executivo que o devedor, muitas vezes, não tem interesse em obstaculizar” (Ação Monitoria e Temas Polêmicos da Reforma Processual, Belo Horizonte: Del Rey, 1995, pp. 32-33).

A natureza do processo cognitivo sumário e a finalidade de agilizar a prestação jurisdicional permitem concluir que é cabível o procedimento monitorio sempre que o credor possuir documento que comprove o débito mas que não tenha força de título executivo, ainda que lhe seja possível o ajuizamento da ação pelo rito ordinário ou sumário.

No caso, defende o recorrente que seja obrigatório o rito sumário, em face da previsão expressa do art. 275, II, **b**, CPC, quanto à cobrança de despesas condominiais. Sem razão, todavia.

Nada impede que o legislador ponha à disposição do interessado mais de uma via para deduzir a sua pretensão em juízo. É o que ocorre, por exemplo, com a utilização do mandado de segurança, com o juizado especial etc.

Em outras palavras, a utilização do procedimento monitorio ou do processo de conhecimento (sumário ou ordinário) constitui faculdade do credor.

Nessa linha, expressa **José Rogério Cruz e Tucci**:

“Múltiplos são os casos de cabimento da ação monitoria, bastando que o interessado seja portador de um documento, público ou privado, que justifique o crédito e que não contenha a eficácia típica dos títulos executivos extrajudiciais.

O credor em tais condições poderá então eleger a via do procedimento monitório em lugar de submeter sua pretensão às normas que regulamentam o procedimento comum, que sempre é mais custoso e demorado” (Ação Monitória, 2ª ed. rev. e amp., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 69).

Com o mesmo entendimento, **Nélson e Rosa Maria Nery**:

“A utilização da via especial da ação monitória é faculdade do credor, que pretende obter título executivo mais rapidamente e de forma especial, sujeita a não oposição de embargos pelo devedor. Pode o credor, também, ajuizar a sua pretensão pelo procedimento comum. Neste sentido: **Raphael Salvador**, Da Ação Monitória e da Tutela Jurisdicional Antecipada, 22/23. Não se pode recusar ao credor a possibilidade de ajuizar ação de conhecimento pelo rito comum, de cognição ampla, sob o argumento de que teria de ajuizar ação monitória, que tem cognição sumária” (Código de Processo Civil Comentado, 2ª ed. rev. e amp., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996).

E ainda, dentre outros, **Cândido Dinamarco** (A Reforma..., nº 168-D e 168-LL, pp. 233/259), **Eduardo Talamini** (Tutela Monitória, nº 1.6.2, p. 82) e **Fátima Nancy Andrighi**, esta última a tratar especificamente do tema (Da Ação Monitória: Opção do Autor, RT 734/71).

Não houve no caso, como se vê, ofensa ao direito federal.

3. Em face do exposto, não conheço do recurso especial.

