

MEDIDA CAUTELAR Nº 2.035 – MG

(Registro nº 99.0097505-7)

Relator: Ministro Cesar Asfor Rocha
Requerente: Southern Electric Brasil Participações Ltda
Advogados: Sérgio Bermudes e outros
Requerido: Estado de Minas Gerais

EMENTA: Processual Civil – Exceção de incompetência – Seguimento denegado – Medida cautelar – Recurso ordinário pendente de julgamento no Tribunal local – Não conhecimento.

A avaliação da legalidade ou não de acordo de acionistas atinente a sociedade de economia mista é matéria de competência de uma das Turmas da Segunda Seção.

É cabível a medida cautelar no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, em caráter absolutamente excepcional, se o recurso ordinário ainda não foi julgado no Tribunal de origem, mas somente se, a um só tempo, a decisão cujos efeitos se pretende suspender for indisfarçadamente teratológica e se for inferida a existência de fortes indícios de que o Tribunal local esteja manipulando o regular andamento do feito ou sonogando propositadamente a prestação jurisdicional, além de dela poder advir a ocorrência de danos irreparáveis ou de difícil e incerta reparação, o que não ocorre na espécie.

Medida cautelar a que se nega seguimento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar seguimento à medida cautelar. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Ruy Rosado de Aguiar, Aldir Passarinho Junior, Sálvio de Figueiredo Teixeira e Barros Monteiro.

Brasília-DF, 21 de outubro de 1999 (data do julgamento).

Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR, Presidente.

Ministro CESAR ASFOR ROCHA, Relator.

Publicado no DJ de 13.03.2000.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO CESAR ASFOR ROCHA: Cuida-se de medida cautelar pretendendo a suspensão do ato de antecipação de tutela praticada pelo Relator do Agravo de Instrumento nº 164.822-9, o qual suspendeu a vigência do acordo de Acionistas da Cemig, celebrado entre a requerente Southern e o requerido Estado de Minas Gerais, até que se julgue o recurso especial que vier a ser interposto do acórdão que decidir o agravo regimental manifestado naquele agravo de instrumento, que tem curso perante o egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais.

Narra a requerente, no que há de mais essencial, os seguintes fatos:

a) “em vigor a Lei Estadual nº 11.968, de 01.11.1995, que autorizou o Estado de Minas Gerais a alienar parte da sua participação acionária na Cemig (doc. 10), publicou-se, em 12.03.1997, o edital em que o agente Bndespar oferecia ações (doc. 11);

b) desse edital, constavam, palavra por palavra, o projeto de estatuto da companhia e do acordo de acionistas, como no doc. 11, nitidamente, se vê;

c) tendo adquirido por mais de U\$ 1 bilhão (moeda da época), as ações oferecidas, a ora requerente, Southern, assinou com o Estado de Minas Gerais, em 18.06.1997, o acordo de acionistas, redigido exclusivamente pelo vendedor e publicado no edital (doc. 12);

d) desde então, portanto há mais de 2 anos, as partes se comportaram na estrita observância do acordo”.

Sobreveio o ajuizamento pelo Estado de Minas Gerais de ação anulatória do acordo de acionistas mencionado no item c com pedido de antecipação de tutela, o qual foi indeferido pelo MM. Juiz de Direito da 1ª Vara da Fazenda Pública e Autarquias de Belo Horizonte-MG.

Dessa decisão agravou o Estado, tendo obtido do Sr. Desembargador-Relator decisão favorável concedendo ao agravo o chamado efeito suspensivo ativo pelo qual restou deferida a tutela antecipada com o fim de suspender a eficácia do referido acordo de acionistas.

A ora requerente interpôs agravo regimental para a Câmara Cível, sendo que ainda não teria sido objeto de julgamento.

Ingressou também com mandado de segurança perante o Tribunal a quo buscando sustar a eficácia do ato do Relator do agravo. A liminar foi

negada, do que foi interposto outro agravo regimental também sem data certa de julgamento.

Justificando o perigo e a irreversibilidade do dano provocado pela decisão antecipatória da tutela, a requerente informa que o Poder Executivo do Estado de Minas Gerais teria convocado uma reunião do Conselho de Administração em 07.10.1999 e destituído os três diretores apontados pela Southern, além de convocar uma assembléia-geral extraordinária para a segunda-feira última, 18.10.1999, na qual faria “drástica reforma dos estatutos da companhia, abrangentes de todos os artigos que exigiam **quorum** qualificado, limitando a vontade absoluta do controlador”, cuja realização foi adiada para o dia 25.10.1999 à falta de **quorum** mínimo na primeira convocação.

A convocação da assembléia, segundo afirma, se faria “acompanhar de proposta de reforma de vários dispositivos estatutários essenciais (doc. 15), dentre eles o art. 21, para condicionar apenas à deliberação da diretoria, por maioria simples, a aprovação de plano de organização da companhia; a aprovação do plano quinquenal dos negócios dela; a aprovação do seu orçamento anual; a aprovação de alienação do ativo permanente, ou constituição de ônus reais sobre ele, ou prestação de garantias a terceiros; a aprovação de empréstimos, financiamentos, ou outros negócios a se celebrarem pela companhia, o exercício de voto nas assembléias gerais de coligadas e controladas”.

A ilegalidade da decisão estaria na contrariedade ao artigo 273 do Código de Processo Civil diante não só da ausência dos seus pressupostos, como da irreversibilidade dos atos efetivados ao abrigo da tutela pelo impossível retorno ao **status quo ante** e pelos prejuízos causados à requerente despojada dos direitos conferidos pelo acordo de acionistas.

Os danos irreparáveis ou de difícil reparação decorrentes do acordo de acionistas seriam inexistentes, eis que a sua efetivação só teria feito dinamizar a empresa, tornando-a produtiva e lucrativa.

A verossimilhança seria insustentável frente à acirrada controvérsia e à complexidade do tema envolvido na ação anulatória formada por extensa petição inicial e copiosos pareceres divergentes.

Por fim, sustenta a requerente o disparate de se falar em perigo na demora da prestação jurisdicional, quando o acordo de acionistas, celebrado em 18.06.1997, estaria operando desde aquela data, sem que se pudessem a ele imputar prejuízos para o Estado de Minas Gerais.

O requerimento liminar é para que se suspenda “o ato de antecipação de tutela, tornados sem efeito todos os atos com base nele praticados e impedindo que quaisquer outros se pratiquem, inclusive a assembléia-geral extraordinária, convocada para o dia 18.10.1999, e adiada para 25, segunda-feira próxima”.

O Estado de Minas Gerais encaminhou-me por fax duas petições.

Uma, ressaltando que os agravos regimentais ainda penderiam de julgamento no Tribunal mineiro, sendo que a cautelar estaria afrontando a ordem processual, especialmente os princípios da unirecorribilidade, da taxatividade e o da necessidade do prévio esgotamento das instâncias ordinárias.

Na outra, formula exceção de incompetência da Segunda Seção, postulando, com apoio no artigo 306 do CPC, a imediata suspensão do feito, uma vez que a relação jurídica litigiosa seria de direito público na qual se discutiria, com base em normas constitucionais, a possibilidade de o Poder Executivo celebrar acordo de acionistas transferindo o controle de sociedade de economia mista, sem autorização legislativa.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO CESAR ASFOR ROCHA (Relator): 1. Aprecio, preliminarmente, a petição em que o Estado de Minas Gerais argüi a incompetência das Turmas da Seção de Direito Privado desta Corte para o julgamento da causa.

O envolvimento do Poder Público não submete, necessariamente, a controvérsia ao direito público, muito menos define a competência interna dos órgãos deste Tribunal.

A ação é anulatória de acordo de acionistas dentro de uma sociedade de economia mista.

Cuida-se, portanto e em princípio, de controvérsia atinente às obrigações em geral de direito privado, enquadrável no inciso II do § 2º do artigo 9º do RISTJ, definindo a competência da Segunda Seção por uma de suas Turmas por se tratar de medida cautelar preparatória.

É certo que o acordo foi celebrado pelo Estado.

Todavia, nos termos da previsão regimental “à Segunda Seção cabe

processar e julgar os feitos relativos a: ... obrigações em geral de direito privado, *mesmo quando o Estado participar do contrato*".

A competência da Segunda Seção é, portanto, manifesta.

Diz o artigo 310 do Código de Processo Civil que "o juiz indeferirá a petição inicial da exceção, quando manifestamente improcedente".

É o que ora faço.

2. Prossigo no exame da cautelar, apreciando, em primeiro lugar, o seu cabimento, visto que ainda não existe decisão do Tribunal de origem suscetível de ser impugnada pelo recurso especial.

A requerente invoca, para tanto, além dos artigos 288 do RISTJ e 800 do CPC, precedente da egrégia Terceira Turma, na Medida Cautelar nº 1.856-Maranhão, onde se deferiu em parte a medida liminar para se conferir efeito suspensivo a agravo regimental, vencido o eminente Ministro Waldemar Zveiter.

O voto-condutor do julgado, da lavra do eminente Ministro Ari Pargendler, está assim vazado:

"São duas as decisões, e uma só tem relevância na espécie.

Com efeito, diz-se que, nos autos de um agravo de instrumento, a relatora deferiu medida liminar para sustar a execução do julgado. Discute-se ali se exeqüente, que já teria sido dissolvida, tem legitimidade **ad causam**. Trata-se de questão estranha ao presente agravo regimental, porque o alegado descumprimento da medida liminar deve ser atacado, perante o Tribunal local, pelo recurso próprio ou, na inexistência deste, por correição parcial.

O objeto da cautela aqui pretendida diz respeito à decisão do Presidente do Tribunal **a quo**, que julgou extinto o mandado de segurança impetrado para atribuir efeito suspensivo à apelação interposta contra a sentença de improcedência dos embargos à execução. No estado da causa, a autora da ação cautelar tem direito de impedir os atos de execução até o julgamento do agravo regimental. A revitalização do mandado de segurança, se provido o agravo regimental, pode implicar o restabelecimento, ou não, da medida liminar. Numa hipótese ou outra, haverá decisão do Tribunal local sujeita a recurso especial. Neste momento a autora da ação cautelar se diz sujeita a atos já anunciados de execução, embora pendente de julgamento recurso com efeito suspensivo, sem que tenha condições de interpor recurso especial ao

Superior Tribunal de Justiça, por falta de decisão definitiva na instância ordinária. Por precaução, nada impede que a tutela cautelar seja deferida para explicitar o efeito suspensivo do agravo regimental. Registre-se: não para atribuir esse efeito, mas simplesmente para explicitar o que é inerente ao agravo regimental.

Nessa linha, defiro em parte a medida liminar par explicitar que até o julgamento do agravo regimental nos atos de execução estão suspensos.” (fl. 97).

Sou um dos precursores do entendimento adotado, dentre outras vezes, no julgamento da Medida Cautelar nº 136-SP, época em que eu ainda integrava a egrégia Primeira Turma, segundo o qual a circunstância de o recurso especial não estar, ainda, sob a jurisdição desta Corte, por estar aguardando o juízo primeiro de admissibilidade, só e só por ela mesma, não obstaculiza o conhecimento de medida cautelar promovida com a finalidade de comunicar efeito suspensivo ao referido recurso especial.

A medida cautelar, genericamente, consoante o editado no art. 798 do Código de Processo Civil, para ser cabível é bastante que haja fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação.

Tendo em conta a marca da provisoriedade ínsita a tais medidas, esse *direito* reportado em mencionado dispositivo é o que decorre de uma **summária cognitio**, não estando, assim, a reclamar um conhecimento pleno, que é exercido apenas em ações de mérito.

Com efeito, é bastante para o seu acolhimento que o juiz perceba, no exercício discricionário de seu poder geral de cautela, no que tange a esse primeiro elemento indispensável de que cuida o art. 798 do CPC, réstia de luz a conduzi-lo à inferência de ser possível, na cognição plena, ao serem escancaradas as portas para o exame amplo da matéria, ter-se pela pertinência das alegações jurídicas postas pelo requerente.

A par disso, o outro requisito necessário para a concessão da medida cautelar é o atinente ao fato de que, negado o pedido, o requerente venha sofrer lesão grave ou de difícil ou incerta reparação.

Daí por que são pressupostos imprescindíveis para a concessão da cautela o **fumus boni juris** e o **periculum in mora**.

Ora, uma vez detectada a presença desses dois condicionantes, qualquer pessoa tem direito a receber o decreto jurisdicional provisório, e o tem

no lapso temporal ocorrido desde mesmo antes de ingressar em juízo com a ação principal até enquanto não se consumar o trânsito em julgado desse último feito.

Por isso é que o art. 800 do Código de Processo Civil pontifica que “as medidas cautelares serão requeridas ao juiz da causa; e, quando preparatórias, ao juiz competente para conhecer a ação principal”.

Postas essas premissas, é bem de ver que o jurisdicionado – que tem direito a receber a tutela provisória no lapso temporal ocorrido desde mesmo antes de ingressar em juízo com a ação principal até enquanto não se consumar o trânsito em julgado desse último feito – não pode ficar, por um momento que seja, desfalcado da prerrogativa de intentar medida cautelar, porquanto a finalidade desse procedimento está exatamente em garantir a utilidade e a eficácia de uma futura e possível prestação jurisdicional que lhe possa ser favorável.

Certamente por isso é que o art. 288 do RISTJ admite a promoção de tais medidas no âmbito desta Corte nas hipóteses e na forma da lei processual, delas ainda se reportando o inciso V do seu art. 34.

Ora, abstrai-se da experiência comum, adquirida na militância forense, a constatação segundo a qual permeia um lapso de tempo enorme e indefinido entre a interposição de um recurso perante um tribunal (estadual ou regional) e o seu julgamento.

Não tivesse a parte sequer a possibilidade, nesse interregno, de, em tese, postular pelos benefícios decorrentes de uma medida cautelar, a decisão que lhe pudesse vir a ser favorável poderia, em certas circunstâncias, restar inócua, pois já poderia, ao ser proferida, encontrar “Paris ardendo em chamas” e “Inêz, morta”.

Por outro lado, essa necessidade não poderá ser atendida pelo juízo a **quo** ante a vedação contida no art. 463 do Código de Processo Civil, já que, ao publicar a sentença de mérito, o juiz cumpre e acaba o seu ofício jurisdicional, como bem lembrado pela habitual acuidade do eminente Ministro Cláudio Santos, na Petição de Medida Cautelar nº 47-SP (in RSTJ 13/217 e segs.).

Por isso mesmo é que a Terceira Turma desta Corte, conduzida por Sua Excelência, em mencionado processo, consignou que “comprovada a interposição de recurso para Tribunal Superior, embora ainda não se ache sob a jurisdição da instância extraordinária, em princípio, não se pode afastar a possibilidade de conhecimento de medida cautelar para suspender a

execução do ato recorrido, só e só porque os autos não ingressaram no protocolo do tribunal”.

Observo, ademais, que o art. 288 do RISTJ, ao admitir “medidas cautelares nas hipóteses e na forma da lei processual”, não restringe a possibilidade de promover-se essa ação para somente quando já em curso, na Corte, o recurso especial.

Com efeito, dado que seja impossível privar a parte de dispor, a qualquer momento, do exercício do direito de ação cogitado, e tendo em conta que a medida cautelar prevista no Regimento deste Tribunal cuida de dispor sobre uma aplicação particular do poder geral de cautela consagrado a todo magistrado, é pertinente concluir, incorporando o espírito contido no art. 800 do Código de Processo Civil – e por ele conduzido – que, no Superior Tribunal de Justiça, *as medidas cautelares serão requeridas ao Relator do recurso; e, quando este ainda não distribuído, ao ministro competente para ordená-lo e dirigi-lo.*

Assim, em tese, sempre tive por cabível a medida cautelar aforada nesta Corte para sustar os efeitos de decisão tomada pelo Tribunal local, mesmo quando ainda não adversada por recurso especial, por falta de publicação do acórdão que possibilite a sua interposição.

3. A situação dos autos, entretanto, guarda uma relevante peculiaridade, que transforma a questão em inusitada para a Quarta Turma.

É que a decisão do Tribunal local a ser atacada por recurso especial não chegou sequer a ser tomada, vale dizer, ainda pende de julgamento.

A meu sentir, essa circunstância também não impossibilita, por si só, o conhecimento de medida cautelar, neste Tribunal, pois pode haver hipótese em que a sonegação, pelos tribunais inferiores, da prestação jurisdicional, a quem bate às portas do Poder Judiciário, seja tão acintosa e grosseiramente absurda, e que a decisão prevalecente, de tão supinamente ilegal, seja indisfarçadamente teratológica, que excepcionalmente só reste à parte, como único caminho, em busca de provimento cautelar, que previne e alivia, o que conduz à jurisdição deste Superior Tribunal de Justiça, convertendo-se em refúgio e fortaleza dos jurisdicionados.

Todavia, a medida cautelar, na caracterizada hipótese em que ainda não tenha sido decidido o recurso ordinário na instância local, só pode ser conhecida se, a um só tempo, a decisão cujos efeitos se pretende suspender for absolutamente teratológica e se for inferida a existência de fortes indícios de que o Tribunal esteja manipulando o regular andamento do feito ou

sonogando propositadamente a prestação jurisdicional, além de dela poder advir a ocorrência de dano irreparável ou de difícil e incerta reparação.

Na hipótese dos autos, pode-se até discordar, sob o ponto de vista legal – o que admito para simples argumentação – da decisão (fls. 59/66) do Sr. Desembargador Garcia Leão, Relator do agravo de instrumento, que concedeu a tutela antecipada; mas não se poderá tê-la por teratológica porque bem fundamentada e calcada em sólidas lições de consagrados doutrinadores.

De igual modo, não se pode ter por bem configurada a manipulação, a provar prejudicial retardamento, do andamento processual do agravo regimental que a atacou, pois que esse recurso é datado do dia quatro do corrente mês, tendo sido, pois, aforado quando muito naquela data, portanto, à aproximadamente duas semanas.

Por fim, não se pode ter por irreparável o dano que possa decorrer da situação existente.

Diante de tais pressupostos, nego seguimento à presente medida cautelar.

ADITAMENTO AO VOTO

O SR. MINISTRO CESAR ASFOR ROCHA (Relator): Sr. Presidente, embora elucidativas as informações prestadas pelos eminentes advogados, gostaria de reprisar que a hipótese cuida de uma medida cautelar absolutamente excepcional, que está sendo proposta aqui no Superior Tribunal de Justiça antes mesmo de haver decisão do Tribunal local no agravo regimental que lá tem curso que poderá posteriormente ensejar recurso especial. Portanto, não é apenas que não tenha ainda sido interposto o recurso especial; é muito mais do que isso, uma vez que não há ainda sequer decisão no Tribunal local a ser atacada pelo apelo nobre. Anoto que chego a admitir a medida cautelar como a que se cuida, em caráter absolutamente excepcional (quando houver, na Corte local recurso sobre decisão absurdamente teratológica e que importe em graves e irreparáveis prejuízos para a parte e estiver caracterizado o intento do Tribunal de sonegar a prestação jurisdicional para a parte recorrente). Mas, no caso, tal não ocorre, pois a decisão atacada via agravo regimental está bem fundamentada, com mais de seis laudas, embasada em excertos doutrinários de consagrados processualistas. A ação foi proposta com fundamento em pareceres de juristas notáveis. A iniciativa do Estado de Minas Gerais, pois, não se trata de uma

mera aventura temerária: a par disso, a decisão atacada via agravo regimental não pode nunca ser rotulada de teratológica, e foi tomada somente há quinze dias, daí não se poder dizer que o Tribunal de Justiça esteja sonogando a prestação jurisdicional.

Assim, nego seguimento à medida cautelar.

VOTO-VOGAL

O SR. MINISTRO RUY ROSADO DE AGUIAR: Com relação à questão da competência da Segunda Seção, também penso ser matéria de Direito Privado. Trata-se da realização de assembléia de empresa comercial, e matéria que gira em torno desse tema é da competência da Segunda Seção.

Entendo que em casos excepcionais como esses a que se referiu o eminente Ministro-Relator, cabe um pleito ao STJ quando for a única via de acesso para o resguardo de um direito relevante que, de outro modo, seria suprimido, ainda que não tenha sido julgado nas instâncias locais o recurso ordinário interposto. O que acontece é um exercício simultâneo de duas vias recursais que, acredito, se mostra possível nesses casos de excepcionalidade manifesta, quando a falta de julgamento é a causadora do dano. Nesse caso, há de se admitir medida cautelar, exercendo o Tribunal Superior a função que lhe é própria.

Com relação ao mérito da medida, creio que, de acordo com o eminente Ministro-Relator, não estão presentes os requisitos de excepcionalidade que justificariam o deferimento da medida. Não há, ao que parece, uma manifesta procrastinação do feito a fim de causar prejuízo a uma das partes, nem possibilidade de dano irreparável pela realização dessa assembléia no dia 25.

A única questão que proponho ao eminente Ministro-Relator, e que me impressionou quando o ilustre Advogado dos requerentes falou, é sobre a possibilidade de serem tomadas decisões quanto ao patrimônio da empresa e constituição de ônus reais.

Se não há essa possibilidade – é o que informam – estou de acordo com o eminente Ministro-Relator. Se ele não reconheceu a presença, nos autos, do dano irreparável, nem com relação ao fato apontado da tribuna, não existe possibilidade de dano causado no que vier a ser decidido na assembléia de segunda-feira, já que na terça-feira será julgado o agravo.

Acompanho o voto do Sr. Ministro-Relator.

VOTO

O SR. MINISTRO ALDIR PASSARINHO JUNIOR: Sr. Presidente, acompanho o eminente Ministro-Relator, porém sem as ressalvas feitas por S. Exa. em relação à possibilidade da medida cautelar. Só admito medida cautelar, essa era a minha posição na Segunda Turma, se já houver recurso especial interposto, ainda que, evidentemente, sob o crivo do Tribunal **a quo**. A menos que seja comprovado que no Tribunal **a quo** está sendo deliberadamente negada, com má-fé, a prestação judicial do exame de admissibilidade do recurso especial.

De modo que, salvo nessa excepcional hipótese, não admito a cautelar. Acredito que tem que haver um limite para atuação das Cortes nacionais, ou se vai substituir a instância ordinária, interferindo em processos que ainda estão em andamento naquela instância, caso dos autos, em que há pendência de julgamento dos embargos declaratórios contra o acórdão. Sequer a prestação jurisdicional foi concluída.

Indefiro, pois, a inicial.

VOTO

O SR. MINISTRO SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA: É claro o Regimento Interno do Tribunal. Tenho por competente a Segunda Seção e, conseqüentemente, esta Turma.

Quanto à medida cautelar, a matéria apresenta-se indubitavelmente sob o ângulo processual. E, sob esse prisma processual, o voto do Ministro Cesar Asfor Rocha apresenta-se primoroso, refletindo o exato perfil do processo civil contemporâneo, ao relegar sutilezas formais e o aplicando como instrumento para a realização do direito material. O voto do Ministro-Relator, em síntese, dá a esse Tribunal a sua verdadeira dimensão. E registro o fato com muita alegria, porque tenho enfatizado, não só nessa Turma, mas também na Segunda Seção e na Corte Especial, não ser admissível que um Tribunal desta expressão fique a realizar julgamento de menor relevância.

Após tais considerações, acompanho S. Exa. no que diz respeito ao mérito da cautelar.

A cautelar, como se sabe, é uma medida que visa assegurar o êxito da prestação jurisdicional, o êxito do processo principal, meio de proteção à tutela jurisdicional. Como tal, sempre entendi, desde os primeiros momentos

deste Tribunal, ser possível a concessão, em tese, de cautelares, quando presentes os seus pressupostos, para a comunicação de efeito suspensivo a recurso da competência desta Corte, independentemente da interposição do recurso na instância de origem.

No presente julgamento, o Ministro-Relator aprofunda ainda mais esse entendimento, na linha de recente pronunciamento de um dos eminentes Ministros da Terceira Turma, admitindo a sua possibilidade mas somente a concedendo se precedentes os requisitos autorizadores dessa excepcionalidade, a saber, o abuso ou teratologia da decisão.

Ademais, e registro envaidecido, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais, pelas suas ricas tradições, não tem esse perfil de teratologia ou abuso manifesto.

Com tais considerações, acompanho o entendimento do Sr. Ministro-Relator.

VOTO

O SR. MINISTRO BARROS MONTEIRO: Sr. Presidente, tenho também como competente esta Turma para apreciar a presente medida cautelar. Considero inadmissível a medida intentada, uma vez que, como assinalado aqui exaustivamente, não há ainda decisão final na instância ordinária. Em suma, subscrevo a manifestação do voto do eminente Ministro Aldir Passarinho, negando seguimento à cautelar.

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 9.074 – MG

(Registro nº 99.0083718-5)

Relator: Ministro Aldir Passarinho Junior
Recorrente: Roberto Sutter
Advogados: João Batista Antunes de Carvalho e outros
Recorrido: Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais
Paciente: Roberto Sutter

EMENTA: Civil – Execução de alimentos – Prisão – Devedor

contumaz – Atualidade do débito – Inadimplemento – **Habeas corpus** – Recurso – Denegação – Legalidade da coação.

I – Não se identifica ilegalidade na ordem de prisão civil decretada no Juízo de Família e confirmada pelo Tribunal de Justiça, quando o paciente, de dupla nacionalidade, foge do Brasil para escapar à ordem prisional e opõe reiterada resistência, desde sempre, ao cumprimento da obrigação, revelando clara intenção de não cumprir a decisão judicial que fixou os alimentos.

II – Atualidade do débito.

III – Recurso ordinário improvido. Ordem denegada.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas, decide a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, à unanimidade, negar provimento ao recurso, determinando, outrossim, que se proceda as comunicações às autoridades judiciárias e policiais competentes, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Participaram do julgamento os Srs. Ministros Sálvio de Figueiredo Teixeira, Barros Monteiro e Ruy Rosado de Aguiar. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Cesar Asfor Rocha. Custas, como de lei.

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

Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR, Presidente.

Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, Relator.

Publicado no DJ de 29.11.1999.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO ALDIR PASSARINHO JUNIOR: Aproveito o relatório que integra o acórdão recorrido, **verbis** (fls. 184/185):

“Valendo-se do trabalho profissional de João Batista de Carvalho, advogado, OAB-MG nº 7.623, às fls. 2/10-TJ, Roberto Sutter impetrou ordem de **habeas corpus** e pediu concessão de liminar, alegando que se encontra na iminência de ser preso nos termos do art. 733 do Código de Processo Civil por não estar quitando integralmente

parcelas de pensão alimentícia, o que ensejou a propositura de execução, no bojo da qual se decretou sua prisão.

Esclareceu o impetrante e paciente que se encontra desempregado e impedido pela exeqüente de exercer suas atividades profissionais porque a mesma se apropriou de todos os seus equipamentos de trabalho; disse que se encontra residindo na Suíça, amparado pela mãe e por irmãos. Pretende o impetrante e paciente ver revogado o decreto de sua prisão.

O pedido foi instruído com os documentos de fls. 11/137-TJ.

À fl. 139 e v.-TJ, deferi o pedido de liminar, determinando o recolhimento do mandado de prisão até ulterior decisão deste egrégio Tribunal.

Requisitadas as informações de praxe, encontram-se elas às fls. 143/147-TJ, instruídas com os documentos de fls. 148/172-TJ.

Emitindo parecer às fls. 175/180-TJ, a Procuradoria Geral de Justiça opinou pela denegação da ordem.”

A Terceira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais denegou a ordem, decisão da qual Roberto Sutter interpõe recurso ordinário ao STJ.

Alega o recorrente que desde fevereiro de 1994 está condenado a pagar alimentos a sua ex-esposa Soraya Sutter Masselli e sua filha, Luciana Sutter Masselli, no valor de quatro salários mínimos mensais. Diz que a decisão não tem fundamento e que não tinha e não possui condições de efetuar tal pagamento, de sorte que vem depositando apenas a metade disso ou pouco mais, para o que conta com o auxílio de sua atual companheira e de sua mãe. Esclarece que reside temporariamente na Suíça e está desempregado, tendo um filho da nova relação.

Aduz que o saldo que lhe está sendo exigido não corresponde à realidade, e que vem saldando as parcelas em mora, havendo inclusive ingressado com ação de exoneração da pensão e revisão de alimentos mais recentemente, na qual foi-lhe concedida a Justiça gratuita.

Afirma o recorrente que os valores supostamente em atraso são diferenças antigas de correção monetária, que perderam, portanto, o seu caráter alimentar, nos termos da jurisprudência do STJ, que cita. Acentua, por último, que a ex-cônjuge possui rendimentos próprios superiores aos seus;

que os alimentos ainda são provisionais; que a sua prisão é prejudicial à família, pois não voltará ao Brasil enquanto não for revogada a ordem (fls. 191/202).

Ouvida a respeito, a douta Subprocuradoria Geral da República opina às fls. 207/210, pelo Dr. Washington Bolivar de Brito, pelo desprovisionamento do recurso.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO ALDIR PASSARINHO JUNIOR (Relator): Trata-se de **habeas corpus** impetrado contra decreto de prisão civil emanado do Juízo de Direito da 1ª Vara de Família do Estado de Minas Gerais, ato coativo mantido pelo Tribunal de Justiça, em face do não pagamento de alimentos devidos à ex-esposa do paciente e a sua filha menor.

O voto-condutor do aresto, relatado pelo eminente Desembargador Gomes Lima, é o seguinte (fls. 185/187):

“Ao que se sabe, o paciente deve alimentos à sua filha Luciana Sutter Masselli e à sua mulher desde março de 1994, pagando sempre parte das parcelas. De se observar também é o fato de a execução ter sido proposta em junho de 1994. Ora, devidamente citado, o ora paciente não compareceu à audiência para justificar sua inadimplência e, muito menos, para pagar, donde o decreto de sua prisão.

Por outro lado, observo que o mandado de prisão jamais foi cumprido, pois o ora paciente se encontrava na Suíça. Em 1997, conseguiu o Oficial de Justiça localizá-lo conforme se vê à fl. 160-TJ, mas o paciente empreendeu fuga e, diante da situação, interpôs agravo de instrumento perante este egrégio Tribunal de Justiça, agravo de que foi relator o eminente Des. Francisco Figueiredo e que não foi provido.

Pelo que se deprende do v. acórdão referente ao agravo citado e que aqui tomou o nº 92.089/2 as razões continuam as mesmas para pedir e continuam as mesmas para decidir, dele se podendo extrair o seguinte excerto: ‘O fato é que, como salientado, o recurso é antigo e, além do alimentante não ter quitado totalmente a dívida, outra, aparentemente igual, brotou do tronco de sua inadimplência’.

A discussão é sempre a mesma dos proteladores. De que o cálculo não está correto (embora o critério seja o mesmo) e, o que é mais curioso, o alimentante nem ao menos deposita o que entende dever.

Entretanto, o comportamento do réu ficou configurado como elemento de pouca ou nenhuma respeitabilidade, conforme certidão de fl. 64. Veja-se que o réu fugiu da ordem de prisão decretada pelo Oficial de Justiça, que precisou requisitar, inclusive, auxílio da Polícia Militar!...’

E, como se isso não bastasse, diz o eminente Relator: ‘Registre-se que este mandado de prisão refere-se à nova quantia do débito já referida e não à referente ao despacho de fl. 28.’

Enfim, a questão posta no presente **habeas corpus** já se encontra decidida e posta, ou seja, foi examinada e decidida no recurso de agravo e o mais que se alegou quanto à incapacidade ou impossibilidade de efetuar o pagamento integral, conforme acordado na separação judicial, deve ser discutida, provada e decidida em ação própria, em ação de revisão de alimentos e não, em **habeas corpus**.

É que o **habeas corpus** não enseja produção ou dilação de prova, não enseja exame aprofundado de prova.

Como no presente caso a prisão do paciente foi mantida no Agravo nº 92.089-2, não há como acolher a presente impetração e, por assim ser, segundo os passos do eminente Des. Francisco Figueiredo, denego a ordem e casso a liminar de fl. 139 e v.-TJ.

Faça-se a comunicação devida.

Sem custas, **ex lege**.”

Entendo que a decisão não merece reparo.

O exame das razões recursais revela que o paciente, na verdade, jamais pretendeu cumprir a ordem judicial. Diz que ela é desfundamentada, que o valor é elevado, e que, por isso, somente vem pagando a metade do que deve. Acrescenta, mais, que já ingressou com uma ação de exclusão da pensão para sua ex-esposa e de redução para sua filha. Em momento algum se identifica intenção séria de atender à sua obrigação como alimentante.

E, quanto à sua capacidade de responder pelo ônus, é matéria que refoge ao âmbito do **habeas corpus**, discussão reservada ao Juízo Cível. Nesse sentido:

“Prisão civil. Pensão alimentícia. Não pagamento.

1. A discussão sobre a capacidade do paciente poder pagar a pensão alimentícia não pode ser apreciada no âmbito do **habeas corpus**

mas no juízo cível competente. Assinala-se que não prova possuir como única fonte de renda o emprego, esclarecendo o Juízo que somente paga as pensões atrasadas quando ameaçado de prisão. A incapacidade do alimentante relaciona-se com fato que não dependa da vontade de pagar, mas de motivo de força maior.

2. Recurso conhecido e desprovido.”

(RHC nº 3.101-RJ, Rel. Min. Jesus Costa Lima, unânime, DJU de 22.11.1993).

Também se extrai dos autos que não se cuidava, quando da expedição do mandado de prisão, de dívida antiga, mas de débito recente, que autoriza a constrição (cf. fl. 186, **fine**).

A propósito, pertinentes, ainda, os subsídios trazidos pelo parecer ministerial subscrito pelo Dr. Washington Bolívar de Brito Júnior, **litteris** (fls. 209/210):

“De fato, mesmo considerando o adimplemento da obrigação referente aos meses de março a junho de 1994, objeto de específico pedido da exequente, deixou o recorrente de satisfazer os débitos relativos às prestações subseqüentes, que também constaram da petição inicial da execução aforada, justificando, assim, a imposição prisional.

Nesse ponto, é mister assinalar que as parcelas vencidas no curso da ação executória e não pagas também podem ser executadas nos termos do art. 733 do Código de Processo Civil, conforme já consignado por esse egrégio Superior Tribunal de Justiça, nos autos do REsp nº 8.602/1999, **in DJ** de 23.08.1999, na seguinte dicção:

‘Recurso em **habeas corpus**. Prisão civil. Devedor de alimentos a cônjuge virago e ao filho. Execução na forma do artigo 733 do Código de Processo Civil.

Na execução prevista pelo artigo 733 do Código de Processo Civil, a legitimidade da prisão civil para coagir o devedor de alimentos ao adimplemento de sua obrigação está vinculada às três últimas prestações vencidas antes da citação.

Todavia, permanecendo a inadimplência do executado no curso da execução proposta nos termos do artigo 733 do CPC, o aprisionamento pode também a elas se estender, não sendo o caso

de execução do saldo na forma do artigo 732 do mesmo diploma.

Recurso ordinário não provido.’

O voto da lavra do Sr. Min. Cesar Asfor Rocha ainda enuncia, com propriedade, que ‘impor aos credores/alimentados o ônus de ingressar com novo processo de execução para cobrança dessas parcelas depõe contra os princípios da economia e efetividade processuais, mormente quando eles em nada contribuíram para a demora na prestação jurisdicional, que só trouxe benefícios ao réu inadimplente que assim permaneceu durante o curso da execução’.

Por derradeiro, frise-se que, conquanto o recorrente tenha feito depósitos regulares em favor das alimentadas, não é pequena a diferença em relação ao **quantum** efetivamente devido, de modo a exonerá-lo da obrigação. Assim, inegável que o paciente se encontra em atraso no pagamento das pensões alimentícias.”

Ante o exposto, nego provimento ao recurso, determinando, outrossim, que se procedam as comunicações às autoridades judiciárias e policiais competentes, notadamente à Polícia Federal, considerando que o paciente se acha no exterior.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL Nº 23.336 – GO

(Registro nº 92.0014101-3)

Relator: Ministro Aldir Passarinho Junior
Recorrente: Mário Fernandes
Advogado: Durval Pedroso
Recorrida: Brasil Companhia de Seguros Gerais
Advogados: Maria Aléssia Cordeiro Valadares Bontempo e outros

EMENTA: Civil e Processual Civil – Seguro – Ação indenizatória regressiva movida por seguradora – Condenação – Ação rescisória –

Nulidade da citação reconhecida – Recurso especial do autor – Discussão sobre prescrição, ilegitimidade da parte e nulidade do laudo pericial – Matéria alheia ao acórdão – Prequestionamento – Ausência – Dissídio jurisprudencial não configurado.

I – Limitando-se o acórdão a julgar procedente a ação rescisória exclusivamente abordando o tema da nulidade da citação na ação indenizatória regressiva que a seguradora promovera contra o ora autor, ressentido-se do requisito de prequestionamento o recurso especial que pretende ainda discutir a prescrição, a ilegitimidade **ad causam** e a nulidade do laudo pericial, temas absolutamente estranhos à decisão **a quo**.

II – Dissídio jurisprudencial que a par de defeitos formais na citação dos acórdãos paradigmáticos, invoca precedentes alheios à matéria apreciada pelo Tribunal estadual.

III – Recurso especial não conhecido.

ACÓRDÃO

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

Brasília-DF, 28 de setembro de 1999 (data do julgamento).

Ministro CESAR ASFOR ROCHA, Presidente.

Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, Relator.

Publicado no DJ de 29.11.1999.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO ALDIR PASSARINHO JUNIOR: Início por aproveitar o relatório que integra o v. acórdão recorrido, **verbis** (fls. 291/293):

“Por sentença de 05.03.1981, Mário Fernandes foi condenado na

indenização pleiteada por Brasil – Companhia de Seguros Gerais, considerado que foi como responsável pelos danos sofridos por Luís Carlos de Moraes, em acidente cujo caminhão era segurado pela empresa seguradora.

Houve apelação a esta Corte, sendo mantida a sentença.

O recurso extraordinário interposto por Mário Fernandes teve seu seguimento negado.

Foi proposta, então, a rescisória de que se ocupam estes autos, fulcrada nos incisos IV e V do artigo 485 do Código de Processo Civil.

São teses sustentadas: nulidade da citação na ação indenizatória; prescrição da referida ação e falsidade da apólice de seguro.

Após os trâmites legais, as Câmaras Cíveis Reunidas, por maioria de votos, julgaram procedente a ação rescisória, sob o entendimento de ser nula a citação na ação de indenização proposta contra Mário Fernandes, por não conter o respectivo mandado a indicação do dia, hora e local da audiência de instrução e julgamento, com violação, por isto, à literal disposição do artigo 225 do Código de Processo Civil.

Votou divergente o Desembargador Celso Fleury, sendo seguido por mais quatro membros das Câmaras Cíveis.

Voto divergente às fls. 249/251. Considera válida a citação, sendo simples irregularidade no mandado a falta de indicação do dia, hora e local da audiência. Ademais, assegura, ‘a certidão do Oficial de Justiça tem fé pública, até em contrário’. Se este certifica que cientificou o réu do dia, hora e local da audiência, tal certidão somente poderá ser ilidida mediante prova inequívoca em contrário, estreme de dúvida, conforme entendimento pacífico dos tribunais.

Assentados nesse voto, vieram os embargos infringentes, interpostos às fls. 256/258.

Pede a embargante o acolhimento das conclusões do voto divergente, a fim de que, reformando o acórdão embargado, prevaleça o acórdão que confirmou a sentença monocrática.

Impugnação aos embargos às fls. 263/270.

Em preliminar, diz o embargado que a petição inicial dos embargos não pode ser recebida, porque inepta, uma vez que não vieram deduzidos por artigos, como manda o artigo 231 do Código de Processo Civil.

De outra parte, diz que a embargante, logo após o voto-vencedor, adulterou a certidão de fl. 173v., do processo da ação de indenização, onde o escrivão do feito certifica que expediu o mandado de citação, entregando-o ao Oficial de Justiça. A adulteração consiste no acréscimo da expressão 'e xerox da peça de fl. 173', peça esta que consiste no despacho do juiz, onde consta dia e hora para a audiência.

Diante desse acontecimento, pede o embargado a instauração do incidente de falsidade.

Por último, sustenta a improcedência dos embargos e faz pedido alternativo de reconhecimento da prescrição da ação regressiva da seguradora, em face da não ocorrência de citação válida.

Parecer da Procuradoria Geral de Justiça às fls. 275/277, que se manifesta pelo improvimento dos embargos.

O então Relator, Desembargador João da Silva Moreira, despachou à fl. 278, indeferindo o pedido de instauração do incidente de falsidade, pois que o mesmo deveria ser formulado em petição autônoma.

Dessa decisão o embargado interpôs agravo regimental, consoante peças de fls. 281/284.

Concomitantemente, também protocolizou, em apartado, petição através da qual formalizou o pedido de incidente de falsidade, conforme se vê dos apensos autos de nº 459.

Respondendo o incidente pela embargante, o douto Relator deu ali a decisão de fls. 12/14, ao fim da qual indeferiu, liminarmente, a petição inicial do incidente de falsidade.

Tal decisão transitou em julgado, consoante certidão de fl. 15 daqueles autos."

Apreciando a controvérsia as Câmaras Cíveis Reunidas do egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, após afastarem a preliminar de inépcia dos embargos infringentes, negaram-lhe provimento para manter a decisão anterior que provia a rescisória para nulificar a citação do réu na ação indenizatória que lhe fora movida pela seguradora, em direito de regresso (fls. 301/308).

Inobstante favorecido pela decisão, o autor da rescisória, Mário Fernandes, interpôs recurso extraordinário, insurgindo-se contra o não acatamento dos demais fundamentos da ação, quais sejam, a prescrição da ação indenizatória, a sua ilegitimidade passiva e a nulidade do laudo pericial.

Sustenta o recorrente que restaram violados os arts. 178, § 6º, II, do Código Civil, que consagra a prescrição ânua, e o art. 219, § 4º, do CPC, porque somente a citação válida é que a interromperia, o que não aconteceu na espécie. Aduz que também é parte ilegítima, porquanto o veículo causador do acidente não mais a ele pertencia, eis que alienado a terceiro (Osmar Gonçalves Fernandes), ressaltando que a transmissão de coisa móvel se faz pela simples tradição.

Também invoca negativa de vigência aos arts. 3º, 70, III, do CPC, 620 do CC, 129, VII, da Lei de Registros Públicos, 159, § 2º, e 564, IV, do CPP.

Acrescenta o recorrente-autor que o entendimento do Tribunal divergiu da orientação de outros pretórios, que cita (fls. 317/329).

Às fls. 337/338 foi feito o pedido de convalidação do extraordinário em especial, em face da nova ordem constitucional vigente.

Contra-razões às fls. 340/344, asserindo que as questões suscitadas no recurso se acham preclusas, a par de faltar-lhes o devido prequestionamento e a prova do dissídio jurisprudencial nos moldes regimentais.

O recurso especial foi admitido na instância de origem pelo despacho presidencial de fls. 346/348.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO ALDIR PASSARINHO JUNIOR (Relator): Irresigna-se o autor da ação rescisória contra acórdão que limitou-se a nulificar a citação operada na ação indenizatória que a companhia seguradora recorrida, ora ré, a ele movera objetivando o ressarcimento de valores pagos a segurado vitimado por colisão de veículo pertencente ao recorrente.

O recurso especial, admitido por conversão do extraordinário interposto pela parte, funda-se nas letras **a** e **c** do permissivo constitucional, alegando negativa de vigência e contrariedade aos arts. 3º, 70, III, e 219, § 4º, do CPC; 178, § 6º, II, e 620 do Código Civil; 129, VII, da Lei de Registros Públicos; e 159, § 2º, e 564, IV, do CPP.

Nenhum deles, no entanto, foi prequestionado no aresto **a quo** que, como visto do relatório, limitou-se a decidir a questão da nulidade da citação, sem tocar nos demais temas, a respeito dos quais o recorrente não opôs embargos de declaração para provocar a discussão. Incidentes, pois, na espécie, as Súmulas nºs 282 e 356 do STF.

De outra parte, inservíveis à demonstração da divergência os arestos paradigmas, posto que versam sobre a prescrição ânua e ilegitimidade passiva, questões absolutamente alheias, consoante acima ressaltado, ao acórdão de fls. 301/308.

Ademais, os parcos trechos transcritos não permitem o reconhecimento da especificidade entre os casos confrontados.

Ante o exposto, não conheço do recurso especial.

É como voto.

VOTO

O SR. MINISTRO BARROS MONTEIRO: Sr. Presidente, também não conheço do recurso à falta do requisito de prequestionamento, de um lado, e porque não caracterizada a divergência, de outro.

RECURSO ESPECIAL Nº 71.708 – SP

(Registro nº 95.0038932-0)

Relator: Ministro Aldir Passarinho Junior
Recorrente: J. R. Garante Imóveis e Construções Ltda
Advogados: José Henrique de Oliveira Mello e outro
Recorrido: Wilson Francisco
Advogados: Cristiane Aparecida Moreira e outros

EMENTA: Civil – Contrato de corretagem – Venda de imóvel – Recibo de sinal e princípio de pagamento celebrado entre as partes, com vedação de arrependimento – Código Civil, art. 1.094 – Intermediação – Resultado útil configurado – Distrato posterior – Comissão devida.

I – O serviço de corretagem somente se tem como aperfeiçoado quando o negócio imobiliário se concretiza, posto que o risco é da sua essência.

II – Celebrado entre vendedor e comprador recibo de sinal e

princípio de pagamento, com cláusula vedatória de arrependimento, tem-se que, naquele momento, no que toca aos serviços de intermediação prestados pela empresa corretora, o negócio terminou, sendo devida a comissão respectiva, que não pode ser afastada ao argumento de que o comprador, a quem fora atribuído o ônus da corretagem, desistira da aquisição, celebrando distrato com o vendedor, que a aceitou.

III – Recurso especial conhecido e provido.

ACÓRDÃO

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

Brasília-DF, 9 de novembro de 1999 (data do julgamento).

Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR, Presidente.

Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, Relator.

Publicado no DJ de 13.12.1999.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO ALDIR PASSARINHO JUNIOR: J. R. Garante Imóveis e Construções Ltda interpõe, com fundamento no art. 105, III, letras **a** e **c**, da Constituição Federal, recurso especial contra acórdão prolatado pelo egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que julgou improcedente ação em que exige de Wilson Francisco, comissão de corretagem pela intermediação de negócio imobiliário.

Alega a recorrente que o aresto violou o art. 1.094 do Código Civil, eis que uma vez pago o sinal, firma-se a presunção de acordo final, tornando obrigatório o contrato, de sorte que deve se ter como concluído o negócio e o seu desfazimento era impossível, sendo devida a corretagem respectiva.

Argumenta, mais, que a decisão divergiu do entendimento do Superior Tribunal de Justiça, citando precedente relatado pelo eminente Ministro

Barros Monteiro no REsp nº 8.216-MG, firmando ser devido o pagamento se o desfazimento da venda se deu após a concretização da promessa de compra e venda. Invoca, ainda, como paradigmas, o REsp nºs 4.269-RS (Quarta Turma) e 1.023-RJ (Terceira Turma).

Contra-razões às fls. 121/124, afirmando que não houve ofensa, mas acatamento ao art. 1.094 da lei substantiva, aduzindo que a irrevogabilidade diz respeito à relação entre vendedor e comprador, não sendo da alçada da corretora discuti-la, e que o distrato deveu-se à urgência na aquisição, que ainda se achava pendente de certidão negativa.

Diz, também, que não contratou a corretagem, posto que era o comprador e não o vendedor, tendo tido notícia por intermédio de placa publicitária fixada no imóvel.

O recurso foi admitido pelo despacho presidencial de fls. 127/129.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO ALDIR PASSARINHO JUNIOR (Relator): Trata-se de recurso especial aviado pelas letras **a** e **c** do permissivo constitucional, discutindo sobre ser devida comissão de corretagem quando a transação imobiliária não é concluída por desistência do comprador, ora réu, após haver firmado recibo de sinal e princípio de pagamento relativo a imóvel situado no Município de Mongaguá, Estado de São Paulo, de propriedade de Dilson Lessa Lobo Santos.

É apontada pela recorrente, J. R. Garante Imóveis e Construções Ltda, ofensa ao art. 1.094 do Código Civil, norma prequestionada no aresto, o que enseja o conhecimento do recurso pela letra **a**.

Diz o citado dispositivo legal, que:

“Art. 1.094. O sinal, ou arras, dado por um dos contraentes firma a presunção de acordo final, e torna obrigatório o contrato.”

Sustenta a empresa corretora que o contrato foi celebrado com renúncia ao direito de arrependimento previsto no art. 1.095 do mesmo Código, de sorte que o desfazimento do trato não poderia ter acontecido, sendo, conseqüentemente, devida a comissão de 6% (seis por cento), no caso, pelo promitente-comprador, porquanto assim constante do mesmo recibo.

Os fatos são incontroversos no acórdão.

Minha posição é a de que a desistência, ainda que do contratante da corretora, pode ser feita mesmo que já formalmente manifestada a intenção de vender e comprar, e até depois de firmadas as arras com cláusula de arrendimento. Até aí, trata-se de negócio pendente, e a prestação dos serviços de corretagem somente se aperfeiçoa com a conclusão da transação imobiliária, ainda que a causa derive de desistência do alienante que contratou a corretora, ou do comprador que se responsabilizou pelo pagamento da comissão. A corretora opera, sempre, dependendo do êxito, e o êxito é a compra e venda, porque esta é a sua missão. Não é apenas intermediar uma aproximação, mas intermediar uma venda concreta e efetiva.

Na espécie em comento, todavia, o sinal foi dado com vedação ao arrendimento, de sorte que, em princípio, naquele momento era de se acreditar terminada a participação da corretora, salvo uma hipótese de absoluta excepcionalidade, como, por exemplo, a existência de certidões positivas de dívida ou de ônus real que justificassem uma nova atitude pelos contratantes.

O egrégio Tribunal estadual argumenta que tal cláusula era dirigida ao vendedor e ao comprador, e, portanto, não poderia ser invocada pela autora, mera intermediadora do negócio.

Isso é certo afirmar, se se discutisse o direito em si ao desfazimento da venda. Mas não é sob esse enfoque que o fato é importante. Ele, como já explicado antes, serve para configurar que a transação se havia completado, tal como então voluntariamente contratado pelos interessados. Em termos negociais, estava concluída a venda. Agora, se houve um distrato, foi ato alheio à avença anterior, e, em tais circunstâncias, a corretora não poderia ser prejudicada, porquanto a intermediação já se finalizara com a celebração das arras com vedação de arrendimento, ou seja, sem pendência de vontades.

Dos acórdãos paradigmáticos, o REsp nº 8.216-MG, relatado pelo eminente Ministro Barros Monteiro, examinou questão em que fora firmado compromisso de promessa de compra e venda, hipótese que não se enquadra perfeitamente na dos autos, mas com igual solução. O REsp nº 4.269-RS, de que foi relator o ilustre Ministro Sálvio de Figueiredo, é até mais enfático na tese, já que admite ser devida a comissão mesmo sem sinal pago, sendo bastante a aceitação da proposta. Por último, o REsp nº 1.023-RJ, Relator o Min. Nilson Naves, encerra a questão parecida, como se depreende da seguinte ementa, **verbis**:

“Corretagem. Comprovada a efetiva prestação de serviço, daí decorrendo expresse acordo entre os contratantes (recebimento de sinal, no caso, com dia e hora para a escritura), tem o corretor direito à comissão, embora o negócio não se ultime por fato atribuível a uma das partes, exclusivamente. Recurso especial conhecido pelo dissídio e provido.”

(unânime, DJU de 20.11.1989).

Ante o exposto, conhecendo do recurso pelas letras **a** e **c**, em face da dissidência comprovada com o REsp nº 1.023-RJ, dou-lhe provimento para julgar procedente a ação e condenar o réu ao pagamento da comissão de corretagem à autora, corrigida desde a data do distrato, em 18.01.1994 (fl. 12), que tenho como marco razoável para que se fizesse a transação com o pagamento da respectiva comissão. O réu pagará, ainda, as custas processuais e honorários advocatícios, que fixo em 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL Nº 80.481 – DF

(Registro nº 95.0061792-7)

Relator: Ministro Barros Monteiro
Recorrentes: Orlando Carlos da Silva e outros
Advogados: Raphael Nehin Corrêa e outros e Alberto Pavie Ribeiro e outro
Recorrido: Márcio Antônio Carlos Machado
Advogados: Waleska Bertolini Mussalem e outro
Sustentação oral: Raphael Nehin Corrêa (pelos recorrentes)

EMENTA: Sociedade por cotas de responsabilidade limitada – Dissolução parcial – Legitimidade passiva.

– Na ação de dissolução parcial, a sociedade deve figurar no pólo passivo da demanda.

Recurso especial conhecido e provido para anular o processo a partir do saneamento da causa, prejudicadas as demais questões.

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 parcial, na forma do relatório e notas taquigráficas precedentes que integram o presente julgado. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Cesar Asfor Rocha, Ruy Rosado de Aguiar, Aldir Passarinho Junior e Sálvio de Figueiredo Teixeira.

Brasília-DF, 19 de outubro de 1999 (data do julgamento).

Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR, Presidente.

Ministro BARROS MONTEIRO, Relator.

Publicado no DJ de 17.12.1999.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO BARROS MONTEIRO: Márcio Antônio Carlos Machado ajuizou ação de dissolução parcial de sociedade contra os seus sócios Orlando Carlos da Silva, Orlando Carlos da Silva Júnior, Antônio Carlos Machado e Silva, Maria Abadia Machado e Silva, Dóris Helena Machado e Silva, Marisa Machado e Silva, Regina Maria Machado e Silva, Luís Fernando Machado e Silva, Maria Abadia Consuelo Machado e Silva Gomide, Antônio Augusto e Silva de Sá Peixoto, Carlos Frederico e Silva de Sá Peixoto, Adriana Machado e Silva de Sá Peixoto, Claudine Machado e Silva de Sá Peixoto, alegando, em síntese, o seguinte:

Em 02.09.1981, o autor e os réus, todos membros de uma mesma família, celebraram contrato para constituição da sociedade denominada “Orlando Carlos Participações Societárias Ltda”, cujo objeto é a participação em outras empresas, comerciais, industriais ou de serviços, como cotista ou acionista, na condição de controladora ou minoritária, tratando-se, pois, de uma *holding* pura. O escopo da empresa era o de controlar a revendedora de veículos “Jorlan S/A – Veículos Automotores – Importação e Comércio” e outras. Após uma primeira alteração do contrato social, em 01.08.1988 procedeu-se à nova modificação contratual, onde se estabeleceu que “para a aquisição ou venda de ações ou quotas de outras empresas,

é necessária a anuência de todos os sócios”. Ao quebrar-se o princípio da majoritariedade, criou-se uma verdadeira e insuportável camisa de força para os sócios, ou seja, a imobilização econômica e financeira da empresa, máxime em se considerando o seu objetivo maior. Tal situação inviabiliza a permanência do autor em seu quadro societário, pelo que pleiteia a dissolução parcial da empresa *holding* com a sua retirada e conseqüente apuração de haveres.

Na sentença, o MM. Juiz de Direito rejeitou as preliminares de ilegitimidade de parte passiva **ad causam**, impossibilidade jurídica do pedido, inadequação do procedimento, ausência de interesse moral, prescrição e decadência. Tocante ao mérito, assim se pronunciou:

“(...) Sucede que no direito comercial vige o princípio de que o sócio não pode permanecer atrelado à sociedade, uma vez rompida a harmonia entre eles, que se traduz na **affectio societatis**. O sócio dissidente tem o direito de se retirar da sociedade, pois dela não pode ficar ‘prisioneiro’, como assinalado por Rubens Requião. No caso de sócio minoritário, exclui-se o dissidente e mantém-se a sociedade, em perseguição ao objetivo social. A retirada se fará mediante a apuração de haveres, aliás exatamente como ajustado pelas partes no contrato social (fls. 18/19): ‘Nos casos em que a lei prevê a retirada de um sócio, a sociedade pagará ao mesmo o valor de suas cotas...’

12. O patrimônio da empresa ‘Orlando Carlos Participações Societárias Ltda’ é constituído exclusivamente de participações societárias em outras empresas coligadas ou controladas. A apuração de haveres há de ser feita de forma que o sócio dissidente receba o valor real de suas quotas, de maneira ampla, como se fora uma dissolução total da sociedade. Obviamente, o ‘balanço especial’ a que se refere o contrato social (fl. 19) não terá condições de aferir o valor das quotas do capital social (9,21%) detidos pelo autor. Tal valor somente será possível de averiguação através de perícia a ser realizada também nas empresas onde há a participação da empresa *holding*, sem o que seria inócua a prova pericial, pois nada apuraria, notadamente se as ações das controladas ou coligadas não têm valor de mercado (capital fechado). O pagamento será feito em 12 (doze) parcelas mensais e sucessivas, sem juros, conforme acordado contratualmente, obviamente corrigidas, para evitar o enriquecimento ilícito dos réus, 60 (sessenta) dias após a homologação do laudo pericial.

13. Tais as circunstâncias e em harmonia com o exposto, julgo o pedido procedente. Determino seja feita a apuração de haveres do sócio-autor, cuja liquidação de sentença se fará por arbitramento, conforme fundamentação. Custas e honorários pelos réus, arbitrados estes em 15% (quinze por cento) sobre o valor das quotas de propriedade do autor.” (fls. 309/310).

O Magistrado rejeitou os declaratórios opostos.

Apelaram os réus, assim como as empresas alcançadas pelos efeitos da decisão: “Orlando Carlos Participações Societárias Ltda”, “Jorlan S/A – Veículos Automotores Importação e Comércio”, “Parsec Corretora de Seguros Ltda”, “Orsa Agenciadora de Serviços e Seguros Ltda”, “Consórcio Integrado Jorlan Orca Ltda” e “Jorlan Participações Societárias Ltda”.

A Primeira Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, à unanimidade, rejeitou as preliminares e negou provimento ao apelo em acórdão cujos fundamentos se resumem na seguinte ementa:

“Dissolução parcial de *holding*. Perícia contábil nas empresas controladas. Interesse de recorrer. Carência de ação. Citação da *holding*. Impertinência. Decisão **ultra et extra petita**. Prescrição e decadência. Inocorrência. **Affectio societatis**. Rompimento. Apuração de haveres. Restrições ao direito de retirada. Estatuto.

As empresas controladas pela *holding*, que se pretende parcialmente dissolver, possuem interesse de recorrer, em face da determinação de realização de perícia contábil nas mesmas.

A citação da empresa *holding* a ser parcialmente dissolvida é desnecessária, porquanto o litisconsórcio necessário se forma tão-somente entre os sócios, configurando-se despicienda a intervenção da pessoa jurídica.

A apuração de haveres da *holding* implica no levantamento do valor de sua participação nas empresas controladas, sendo esta, inclusive, modalidade mais benéfica aos próprios apelantes. O que será apurado é o valor das cotas da *holding*, e não das empresas por ela controladas; a v. decisão encontra-se, pois, conforme o pedido.

A **causa petendi** funda-se no rompimento da **affectio societatis**, e não em alteração contratual; daí serem inaplicáveis a prescrição e a decadência argüidas pelos recorrentes.

As determinações estatutárias acerca de restrições ao direito de retirada de sócio, bem como à forma de apuração dos respectivos haveres deixa de ter caráter absoluto se a dissolução é litigiosa.

Preliminares rejeitadas; recurso improvido, à unanimidade.” (fl. 410).

Rejeitados os aclaratórios, os apelantes manifestaram o presente recurso especial com fulcro nas alíneas **a** e **c** do permissor constitucional, apontando vulneração dos arts. 5^a, XXXVI, da CF; 3^a, 6^a, 458, II, 460 e 472 do CPC; 36, 136 e 137 da Lei n^a 6.404, de 15.12.1976; 178, § 9^a, V, **b**, do Código Civil, 15 do Decreto n^a 3.708, de 10.01.1919; e 335, n^a 5, do Código Comercial, além de dissenso interpretativo. Argumentaram que, em se tratando de dissolução parcial de sociedade, se faz necessária a citação não só de seus sócios, mas também da pessoa jurídica. Acentuaram que o acórdão é **ultra** e **extra petita**, ao determinar que a apuração de haveres se efetive mediante a realização de perícia não apenas na *holding*, como ainda naquelas em que esta tem participação, quando, na realidade, o pedido se cingiu à perícia a ser efetuada tão-somente na empresa controladora. Asseveraram que a sentença apenas poderá fazer coisa julgada em relação às partes litigantes, ou seja, aos sócios, não alcançando as empresas ora recorrentes. Aduziram mais que, ao determinar a realização da perícia na empresa sociedade anônima controlada, a fim de apurar o valor patrimonial das ações desta, o **decisum** conferiu ao sócio de S/A, por meio da dissolução da limitada que a controla, direito que ele não possui nem mesmo como sócio da S/A. Consideraram errônea a qualificação jurídica da **causa petendi**. Argüíram, em seguida, a prescrição, pois a demanda só foi ajuizada em 24.11.1992, quando já decorridos mais de quatro anos do fato em que se apoiou. Invocaram também a decadência do direito de retirada, até mesmo porque o autor consentira na alteração contratual questionada, permanecendo ainda assim no quadro societário da empresa. Afirmaram que nenhuma prova foi produzida com o intuito de demonstrar a existência da quebra da **affectio societatis**, nem tampouco de que teria sido tentada a realização de algum negócio que a unanimidade exigida teria obstado. Defenderam a inaplicabilidade do direito de retirada do sócio sem razão plausível, bem como a incidência, em tese, tão-só da Lei das Sociedades Anônimas quanto às hipóteses de recesso do sócio, não havendo, porém, que se falar em direito exercitável à falta de qualquer fato que o justifique. Ponderaram que o contrato social prevê uma forma específica para a apuração de haveres, o que restou inobservado. Por derradeiro, entenderam que a perícia na *holding*

deve restringir-se à identificação do valor negocial das cotas e das ações das empresas nas quais ela possui participação, nunca para definir o seu valor patrimonial.

Contra-arrazoado, o apelo extremo foi admitido na origem.

É o relatório.

VOTO-PRELIMINAR

O SR. MINISTRO BARROS MONTEIRO (Relator): Tanto a sentença como o acórdão afastaram a necessidade de citação da empresa *holding* “Orlando Carlos Participações Societárias Ltda” para vir integrar a lide na qualidade de litisconsorte necessária. O voto-condutor, da lavra do Sr. Desembargador José Hilário de Vasconcelos, considerou que o litígio se desenvolve entre os sócios e não contra a sociedade, que continuará a sua vida jurídica e comercial sem modificações. Além do mais – prossegue o pronunciamento do Sr. Desembargador Relator – “o bem pretendido pelo autor, se acolhido, será prestado pelos sócios, individualmente e na proporção de sua capacidade acionária, não, porém, pela sociedade” (fl. 418).

Não tendo sido convocada para responder aos termos da ação proposta, a empresa “Orlando Carlos Participações Societárias Ltda”, juntamente com as demais entidades controladas e coligadas, interpôs o recurso de apelação, uma vez que os efeitos da decisão de 1ª grau efetivamente a atingiam. No apelo, sustentou que somente ela é parte legítima **ad causam**.

Tenho que nesse ponto lhe assiste razão ao menos em parte.

De evocar-se que, no julgamento da apelação, o Sr. Revisor, Desembargador Luiz Cláudio Abreu, a despeito de haver repellido tal argüição preliminar, entendendo que a alteração contratual diz respeito ao direito dos associados, terminou ele por admitir, de outro lado, que a decisão quase sempre afeta juridicamente a empresa de que fazem parte (fl. 419). E, no exame de outra matéria prejudicial, o mesmo Sr. Revisor asseverou sem rebuços que quem pagará a indenização é a *holding* (fl. 422).

Assim o é realmente.

Segundo magistério do Prof. **Rubens Requião**, “os haveres do sócio, uma vez apurados, constituem crédito deste contra a sociedade. O valor das cotas, se lhe for restituído, importará na diminuição do capital social” (Curso de Direito Comercial, 1ª vol., p. 358, 16ª ed.). Do mesmo teor o escólio

de **Fábio Ulhoa Coelho**, para quem “a dissolução parcial importa a constituição de crédito em favor do sócio desligado ou de seu sucessor perante a sociedade” (Curso de Direito Comercial, vol. 2, p. 449, ed. 1999).

A ação de dissolução parcial deveria, então, ter sido proposta contra os demais sócios e, em litisconsórcio passivo necessário, contra a sociedade, no caso, a *holding* “Orlando Carlos Participações Societárias Ltda”. Nesse sentido decidiu esta colenda Turma ao apreciar o REsp nº 77.122-PR, relator o eminente Ministro Ruy Rosado de Aguiar, de cuja ementa se colhe:

“A ação de dissolução parcial deve ser promovida pelo sócio retirante contra a sociedade e os sócios remanescentes, em litisconsórcio necessário” (DJU de 08.04.1996).

Enfrentando controvérsia similar, a egrégia Terceira Turma deste Tribunal em julgado sob a relatoria do ilustre Ministro Eduardo Ribeiro reputou justificada a presença da sociedade no processo, eis que, julgada precedente a ação, o patrimônio da sociedade, e não o pessoal dos sócios, é que arcará com o pagamento do que for devido aos que se retiram. Eis a ementa do v. acórdão (REsp nº 44.132-SP):

“Sociedade. Legitimidade para a causa.

Embora a pretensão de retirada de sócio, enquanto envolve modificação do contrato, só possa ser atendida pelos remanescentes, o certo é que o pagamento dos haveres far-se-á com o patrimônio da sociedade. Justifica-se sua presença no processo” (DJU de 01.04.1996).

Nessas condições, o **decisum** combatido não somente atritou com o disposto nos arts. 3^o, 6^o e 47 do Código de Processo Civil, como ainda dissentiu do aresto colacionado oriundo do Tribunal de Justiça de São Paulo, inserto na Revista dos Tribunais, vol. 601, p. 96, o qual concluiu pela legitimidade passiva, nas ações de dissolução total e parcial e na apuração de haveres de sócio, da sociedade e dos sócios, em litisconsórcio necessário (fl. 525).

Do quanto foi exposto, conheço do recurso por ambas as alíneas do admissivo constitucional e dou-lhe provimento parcial, a fim de anular o processo a partir do saneamento da causa (fl. 229), determinada a citação

da *holding* “Orlando Carlos Participações Societárias Ltda” para vir integrar a lide como litisconsorte necessária. Reputo prejudicadas as demais questões.

É o meu voto.

VOTO

O SR. MINISTRO CESAR ASFOR ROCHA: Acompanho o eminente Ministro-Relator para conhecer parcialmente do recurso e nessa parte dar-lhe provimento.

RECURSO ESPECIAL Nº 85.794 – SP (Registro nº 96.0001873-1)

Relator: Ministro Barros Monteiro
Recorrente: Diana Helena de Cássia Guedes Mármora
Advogada: Diana Helena de Cássia Guedes Mármora (curadora)
Recorrido: Ministério Público do Estado de São Paulo

EMENTA: Prescrição – Ação declaratória de nulidade de casamento – Bigamia.

– A ação proposta com a finalidade de declarar-se a nulidade absoluta do casamento, por bigamia, é imprescritível.

Recurso especial não conhecido.

ACÓRDÃO

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

Brasília-DF, 5 de outubro de 1999 (data do julgamento).

Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR, Presidente.

Ministro BARROS MONTEIRO, Relator.

Publicado no DJ de 17.12.1999.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO BARROS MONTEIRO: O Representante do Ministério Público da Comarca de Mogi das Cruzes-SP ajuizou ação ordinária de nulidade de casamento contra Maria Aparecida Santos Franco, alegando que, em junho de 1947, Antenor Franco (hoje falecido) se casou com Terezinha de Freitas e, em junho de 1965, contraiu novo matrimônio com a ré, sem que o primeiro houvesse sido dissolvido. Pleiteou por conseguinte, a declaração de invalidade do casamento de Antenor Franco e Maria Aparecida Franco.

Citada pessoalmente, a ré deixou de apresentar a sua resposta, razão por que foi nomeada a Dra. Diana Helena de Cássia Guedes Mármora para a defesa do vínculo. O MM. Juiz de Direito da 3ª Vara Cível de Mogi das Cruzes, ao acatar a preliminar de ilegitimidade de parte ativa do Ministério Público, aventada na contestação da defensora, julgou extinto o processo, sem conhecimento do mérito, na forma do art. 267, VI, do CPC.

A Primeira Câmara Civil de Férias do Tribunal de Justiça de São Paulo, por unanimidade, deu provimento ao recurso do *Parquet*, para afastar a preliminar de ilegitimidade de parte ativa e determinar a remessa dos autos ao juízo de origem para apreciação das demais questões ainda não decididas.

De retorno ao juízo de 1ª grau, a ação foi julgada procedente para desconstituir o casamento de Antenor Franco com Maria Aparecida dos Santos Franco e acolher todos os itens constantes do pedido inicial.

A curadora nomeada nos autos, aforou embargos de declaração contra a sentença de fls. 144/148, apontando omissão no tocante à prescrição da ação e à putatividade do casamento. Os embargos foram parcialmente acolhidos para afastar a arguição de prescrição.

A Sexta Câmara Civil do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, à unanimidade, deu parcial provimento ao apelo da curadora, em acórdão que registra a seguinte ementa:

“Nulidade de casamento. Inexistência de prescrição decorrente de

ato nulo. Putatividade, no entanto reconhecida quanto à mulher inocente e aos filhos do casal.

Se nulo o casamento, por comprovada bigamia, não há como se falar em prescrição da ação para anulá-lo. Por outro lado, impõe-se o reconhecimento da putatividade desse casamento, relativamente à mulher inocente e aos filhos do casal.” (fl. 184).

Inconformada, a curadora do vínculo manifestou o presente recurso especial com fulcro na alínea **a** do permissivo constitucional, apontando negativa de vigência ao art. 177 do Código Civil. Sustentou, em síntese, que as nulidades insanáveis e imprescritíveis dizem respeito apenas aos interessados e não ao Ministério Público, sobretudo quando, como no caso dos autos, um dos cônjuges já faleceu.

Manifestou-se o Ministério Público Estadual no sentido de negar-se seguimento do REsp. Admitido o recurso na origem, subiram os autos a esta Corte.

O Subprocurador-Geral da República opinou pelo desprovimento do apelo extremo.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO BARROS MONTEIRO (Relator): Controverte-se na doutrina acerca da prescritibilidade da ação proposta com a finalidade de declarar-se a nulidade absoluta de casamento. No sentido de que as ações de nulidade matrimoniais são imprescritíveis manifestam-se **J. M. de Carvalho Santos** (Código Civil Brasileiro Interpretado, vol. 4, p. 164, ed. 1934); **Orlando Gomes** (Direito de Família, p. 113, 9ª ed.), e **Pontes de Miranda** (Tratado de Direito Privado, vol. 8, p. 4, 2ª ed.). Em sentido oposto encontra-se o escólio de **Luiz F. Carpenter** (Da Prescrição, vol. II, pp. 536/537, 3ª ed.).

A respeito da alegação de nulidade de ato jurídico, esta colenda Turma, apreciando uma hipótese relativa à cessão de direitos hereditários, considerou prescritível a ação, no prazo de 20 anos (REsp nº 10.138-MG, de que fui relator).

O sistema de nulidades do casamento, porém, tal como observa **Orlando Gomes**, compreende regras que o tornam uma especialização da

teoria geral da invalidade dos negócios jurídicos (ob. citada, p. 112). É tido como um regime excepcional, cercado pela necessidade de manter a estabilidade do casamento no interesse do cônjuge e da prole, assim como pela consideração de que o contrato pode ser contraído em condições reprovadas pelo Direito, ou seja, realizado com infração a regra de ordem pública.

Em face dessa situação peculiar pertinente ao matrimônio é que venho perfilhar a orientação traçada por **Antônio Luiz da Câmara Leal**, em sua clássica obra *Da Prescrição e da Decadência*, em consonância com a qual a ação de nulidade matrimonial é, dentre outras ações de estado, imprescritível. São palavras do insigne mestre:

“Dois fenômenos distintos se observam em relação à origem das ações. Um nasce depois do direito que protegem e têm por origem um fato que vem modificar esse direito, reduzindo-o a uma situação jurídica diversa da que tinha anteriormente ao fato. Essa nova situação comunica ao direito um estado de incerteza. A ação tem por fim fazer cessar essa incerteza, restabelecendo o direito em sua situação anterior ao fato que o modificou.

Se o titular do direito deixa de exercitar a ação e a nova situação do direito permanece durante um certo lapso de tempo, a lei, que tem um interesse social na estabilidade do direito, retira ao titular o direito de ação, ao fim de certo tempo, decretando a sua prescrição, e a nova situação se estabiliza.

A prescrição, portanto, é o reconhecimento da modificação sofrida pelo direito do titular, em virtude de sua inércia durante um certo período de tempo. Logo, são prescritíveis todas as ações que têm por fim defender o direito do titular contra as modificações por ele sofridas em virtude de um fato posterior ao seu nascimento, atribuído a um ato ou omissão por parte de outrem. E esse fato, de que nasce a ação do titular, é o ponto de partida da inércia deste, do qual começa a correr a prescrição.

Daí a prescritibilidade de todas as ações patrimoniais, quer reais quer pessoais, porque todas elas nascem de um fato, posterior ao direito, e cujo efeito é produzir uma modificação na situação anterior desse direito.

Outras ações, porém, nascem simultaneamente com o direito que

protegem, originando-se do mesmo fato. Elas não têm por fim defender o direito contra uma modificação posterior, oriunda de um novo fato, mas garantir a sua eficácia, em qualquer momento, pelo seu reconhecimento judicial. A ação e o direito como que se confundem e identificam. E porque a inércia do direito não o extingue, e a inércia da ação, nesse caso, outra coisa não é senão a mesma inércia do direito, essa inércia não pode determinar a extinção da ação. Daí a imprescritibilidade dessas ações.

O estado das pessoas, sendo uma situação permanente, decorrente da lei, não pode sofrer modificação por ato ou omissão de terceiros, e, por isso, as ações que o protegem têm por fim, apenas, o seu reconhecimento para segurança de seus efeitos, donde, em regra, a sua imprescritibilidade.

Mas, se a ação de estado nascer de um fato posterior, que tenda a modificar o direito dele decorrente, e a ação tiver por fim impedir essa modificação do direito oriundo do estado do titular, a sua inércia poderá estabilizar essa modificação, determinando a prescrição da ação.

O princípio da imprescritibilidade das ações oriundas do estado das pessoas não é, pois, verdadeiro. Há ações de estado imprescritíveis, assim como há as prescritíveis.

São imprescritíveis:

- a) a ação de nulidade matrimonial;
- b) a ação de filiação;
- c) a ação contestatória da maternidade;
- d) a ação investigatória da paternidade;
- e) a ação investigatória da maternidade;
- f) a ação dos alimentos;
- g) a ação do desquite.

Em todas essas ações, o direito de ação e o direito de estado se confundem, não havendo uma situação oposta a esse direito que a ação tenha por fim remover, mas existe uma situação de fato, concomitante com o direito, que a ação procura fazer declarar judicialmente.

Na nulidade matrimonial, o fato que torna nulo o casamento é concomitante a este, de modo que o direito de anulá-lo nasce com o

próprio casamento e a ação tem por fim fazer, apenas, declarar essa nulidade. Ela não se dirige, pois, contra um fato posterior dos cônjuges, decorrente do casamento, e que viesse modificar a situação jurídica desse direito. Não havendo situação nova a ser removida pela ação, a inércia do titular não extingue o seu direito, nem a ação correspondente, porque não há um direito incerto a ser estabilizado. Há, apenas, uma situação de fato, concomitante ao direito, que a ação procura fazer reconhecer em juízo. Essa situação nasceu com o casamento e se conserva indefinidamente, não podendo ser modificada por fato posterior, e, por isso, a ação perdura, também indefinidamente, para em qualquer momento ser pedida a sua declaração pelo juiz” (pp. 38/40, 3ª ed., atualizada por **José de Aguiar Dias**).

Imprescritível, assim, a ação de nulidade matrimonial, no caso dos autos, em virtude de bigamia, tenho que nenhuma afronta à lei federal indigitada no apelo especial.

Aliás, a rejeição da referida prejudicial invocada pela Dra. Curadora do Vínculo em nada prejudica a ré e seus filhos, declarada que foi a putatividade do casamento de Maria Aparecida dos Santos Franco para todos os fins de direito (fls. 184/186).

Do quanto foi exposto, não conheço do recurso.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL Nº 113.881 – MG

(Registro nº 96.0073136-5)

Relator: Ministro Cesar Asfor Rocha
Recorrente: Banco do Brasil S/A
Advogados: Eliezer de Oliveira Felinto Melo e outros
Recorridos: Américo Moreira de Carvalho e cônjuge
Advogados: Marina Aparecida Fernandes de Souza Carvalho Melo e outros

EMENTA: Processual Civil – Execução – Contrato de fiança – Título executivo – Art. 585, III, CPC.

A fiança está contida na expressão caução prevista no inciso III do artigo 585 do Código de Processo Civil, sendo desnecessário para a sua caracterização como título executivo extrajudicial qualquer requisito previsto no inciso anterior como por exemplo a assinatura de duas testemunhas.

Recurso especial 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 maioria, conhecer do recurso e lhe dar provimento, vencido o Sr. Ministro Ruy Rosado de Aguiar. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Aldir Passarinho Junior, Sálvio de Figueiredo Teixeira e Barros Monteiro.

Brasília-DF, 23 de novembro de 1999 (data do julgamento).

Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR, Presidente.

Ministro CESAR ASFOR ROCHA, Relator.

Publicado no DJ de 08.03.2000.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO CESAR ASFOR ROCHA: Cuidam os autos de embargos do devedor opostos pelos recorridos à execução que lhes foi movida pelo Banco do Brasil S/A, cujo pedido foi julgado procedente em ambos os graus de jurisdição, declarando-se nula a execução por falta de título executivo hábil.

Recolho do voto-condutor do v. acórdão os seguintes fundamentos:

“O documento em que o apelante pretende embasar a sua pretensão executiva se mostra inábil para tanto, posto não estar formalizado nos termos do que preceitua o art. 585, II, do CPC.

‘Sendo a carta de fiança uma espécie de caução fidejussória, poderá se constituir, portanto, em objeto de execução, desde que formalizada em documento público ou particular’ (TAMG, Ap nº 19.108, Rel. Juiz Bady Curi, julgada em 24.03.1982).

Quando este Tribunal, através de sua egrégia Primeira Câmara, editou esta manifestação jurisprudencial, quis dizer que a formalidade exigida para que a carta de fiança tenha força executiva deve a mesma estar subscrita pelos fiadores e, também, por duas testemunhas, para que assim se lhe empreste a força de título executivo extrajudicial, conforme preceitua o supracitado dispositivo processual.

O art. 585, III, do CPC, não se aplica à hipótese em julgamento, como quer o apelante.

No que diz respeito às duplicatas exequêndas, também com razão a sentença, posto que se não foram aceitas, falta-lhes um de seus requisitos formais, e por esta razão devem se fazer acompanhadas do comprovante da entrega da mercadoria, ou da prestação de serviços, conforme o caso, para que se revistam da condição de título executivo.” (fls. 73/74).

Rejeitados os declaratórios, adveio o recurso especial, com fulcro na alínea a do permissivo constitucional, alegando negativa de vigência aos arts. 585, III, do CPC, uma vez que, como caução que é, o contrato de fiança seria título executivo resguardado pelo referido dispositivo, para o qual não se exigiria os requisitos do inciso II; e 15, § 1^a, da Lei n^o 5.474/1968 porque em sendo o caso de execução de duplicatas movida contra “os fiadores da sacadora-endossante, a executividade dos referidos títulos deflui do protesto tempestivo dos mesmos e não da apresentação do comprovante de entrega da mercadoria, que se exige apenas quando se tratar de executar os sacados-compradores.” (fl. 91). A obrigação cambial do endossante, segundo afirma o recorrente, nasceria do endosso, sendo inclusive autônoma em relação à obrigação do sacado-comprador.

Respondido, o recurso foi inadmitido na origem, ascendendo em virtude da acolhida que dei a agravo de instrumento.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO CESAR ASFOR ROCHA (Relator): O banco ora recorrente propôs execução contra os recorridos com base em carta de fiança pela qual os executados seriam os fiadores e principais pagadores das dívidas representadas pelas duplicatas emitidas pela empresa afiançada e que foram descontadas no banco.

Os recorridos embargaram alegando (1) a nulidade da execução por

não serem os borderôs que a instruíram títulos executivos na forma do inciso II do artigo 585, II, CPC; (2) a iliquidez das duplicatas porque algumas delas já teriam sido parcialmente pagas; (3) excesso de execução consubstanciado na cobrança cumulativa de comissão de permanência e correção monetária.

A r. sentença julgou procedentes os embargos considerando que a dívida afiançada estaria representada por duplicatas sem aceite, que foram endossadas ao banco credor, acompanhadas dos respectivos instrumentos de protestos, mas desacompanhadas de documento comprobatório da entrega e recebimento da mercadoria, não tendo por isso força executiva. Ademais, o documento de fiança não estaria subscrito por duas testemunhas tal como exigido pelo artigo 585, II, CPC, não tendo também força executiva.

A apelação do embargado foi improvida considerando-se que o inciso III do artigo 585 do CPC, não se aplicaria à hipótese em julgamento, sendo imprescindível para que a carta de fiança fosse tida como título executivo que estivesse ela subscrita por duas testemunhas. No que diz com as duplicatas, assentou-se o acerto da sentença, pois não teriam sido elas aceitas, faltando um de seus requisitos formais, e por esta razão deveriam se fazer acompanhadas do comprovante da entrega da mercadoria, ou da prestação de serviços, conforme o caso, para que se revestissem da condição de título executivo.

O recurso especial postula admissibilidade pela alínea a do permissivo constitucional, alegando negativa de vigência ao art. 585, III, do CPC, uma vez que, como caução que é, o contrato de fiança seria título executivo resguardado pelo referido dispositivo, para o qual não se exigiria os requisitos do inciso II; e ao artigo 15, § 1º, da Lei nº 5.474/1968 porque em sendo o caso de execução de duplicatas movida contra os fiadores da sacadora-endossante, a executividade dos referidos títulos defluiria do protesto tempestivo dos mesmos e não da apresentação do comprovante de entrega da mercadoria, que seria exigível apenas quando os executados fossem os sacados-compradores.

Com razão o recorrente.

Caracterizada está a negativa de vigência ao artigo 585, III, do Código de Processo Civil, porquanto, no meu entender, a fiança está contida na expressão “caução” prevista no referido dispositivo que assim pontifica:

“Art. 585. São títulos executivos extrajudiciais:

(...)

III – os contratos de hipoteca, de penhor, de anticrese e de caução, bem como de seguro de vida e de acidentes pessoais de que resulte morte ou incapacidade.”

Estando no elenco do inciso III, desnecessário qualquer requisito previsto no inciso anterior, como por exemplo a assinatura de duas testemunhas.

Essa orientação já foi proclamada por esta egrégia Quarta Turma, quando do julgamento do REsp nº 129.002-MT, do qual foi relator originário o eminente Ministro Ruy Rosado de Aguiar, sendo relator para acórdão o eminente Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira que teve o voto acompanhado pelo eminente Ministro Barros Monteiro e por este relator.

Eis a ementa do acórdão:

“Processual Civil. Execução. Contrato de fiança. Título executivo. Art. 585, III, CPC. Exegese. Doutrina. Tendência atual. Recurso desacolhido.

I – Segundo lições da doutrina, na expressão ‘caução’, do inciso III do art. 585, CPC, compreendem-se tanto a caução real como a fidejussória.

II – Dispensável, para a eficácia executiva do contrato de caução, previsto no inciso III do art. 585, CPC, a existência de duas testemunhas. Quando o legislador desejou a imprescindibilidade da presença de testemunhas, a declarou expressamente, a exemplo do que se vê no inciso anterior (II).

III – Nítida é a tendência atual, refletida, inclusive, na ‘reforma’ em curso da nossa legislação processual, em alargar o elenco dos títulos executivos extrajudiciais, exatamente para fazer com que o comércio flua de maneira mais efetiva.” (DJ de 28.06.1999).

Nem se argumente que o título principal, no caso, as duplicatas que originaram o endosso, seriam inexigíveis porque não aceitas ou desacompanhadas da entrega da mercadoria. Essas são defesas próprias do sacado e os embargantes-executados são os *fiadores* da *sacadora-endossante* e, portanto, essas alegações em nada afetam a relação desses com o banco-endossatário.

Como já decidiu a egrégia Terceira Turma, “endossada a duplicata,

aplicam-se as normas reguladoras das relações de natureza cambial, podendo o endossatário exercer todos os direitos emergentes do título” (REsp nº 10.542-SC, RSTJ 24/477, Rel. eminente Ministro Eduardo Ribeiro).

Posto isso, conheço do recurso e lhe dou provimento para julgar improcedentes os embargos no tocante a nulidade da execução por ausência de título executivo, devolvendo os autos ao juízo de 1ª grau para que prossiga no exame dos embargos apreciando o alegado excesso de execução.

VOTO-VENCIDO

O SR. MINISTRO RUY ROSADO DE AGUIAR (Presidente): Srs. Ministros, pedindo vênias ao eminente Ministro-Relator, mantenho o entendimento já manifestado no Recurso Especial nº 129.002-MT.

Fico vencido, não conhecendo do recurso.

RECURSO ESPECIAL Nº 114.129 – MG

(Registro nº 96.0073643-0)

Relator: Ministro Cesar Asfor Rocha
Recorrente: Haroldo Cunha Abreu
Advogado: Luiz Marinho de Abreu e Silva
Recorrido: Banco Mercantil do Brasil S/A
Advogados: Augusto Tolentino Pacheco de Medeiros e outros

EMENTA: Processual Civil – Recurso especial – Alegado vício na representação processual – Inadmissibilidade do reexame do acervo fático-probatório – Penhora sobre cotas pertencentes ao sócio em sociedade concordatária – Possibilidade.

O recurso especial não se presta à inversão ou alteração do suporte fático-probatório do acórdão recorrido.

É possível a penhora de cotas pertencentes ao sócio de sociedade de responsabilidade limitada, ainda que esta esteja em regime de concordata preventiva, em execução por dívida sua, e não da sociedade.

Recurso especial 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, Aldir Passarinho Junior, Sálvio de Figueiredo Teixeira e Barros Monteiro.

Brasília-DF, 23 de novembro de 1999 (data do julgamento).

Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR, Presidente.

Ministro CESAR ASFOR ROCHA, Relator.

Publicado no DJ de 08.03.2000.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO CESAR ASFOR ROCHA: Haroldo Cunha Abreu, alegando vício na representação processual do exeqüente e a nulidade da penhora sobre cotas de sua propriedade na empresa Sidergusa Indústria e Comércio Ltda em regime de concordata preventiva, opôs embargos do devedor à execução por títulos extrajudiciais (contrato de abertura de crédito fixo com garantia real e nota promissória) que lhe foi movida pelo Banco Mercantil do Brasil S/A.

Não obteve sucesso em ambos os graus de jurisdição, que concluíram pela regularidade na representação processual, bem como serem penhoráveis as quotas pertencentes ao sócio de sociedade de responsabilidade limitada, mesmo em regime de concordata preventiva, em execução por dívida sua e não da sociedade.

O v. acórdão foi sumariado na seguinte ementa:

“Ação de execução. Outorga de mandato. Validade. Sociedade por cotas de responsabilidade limitada. Penhora de cotas do devedor. Admissibilidade.

Dispondo o estatuto da sociedade anônima que aos diretores executivos compete constituir mandatários, a fixação dos limites e das atribuições para o exercício desta competência, pelo Conselho de Administração, deverá observar as normas estatutárias.

A falta de deliberação do Conselho de Administração, definindo

os limites e as atribuições dos diretores-executivos, não invalida a procuração por eles outorgada.

É admissível a penhora de cotas pertencentes ao sócio de sociedade de responsabilidade limitada, mesmo em regime de concordata preventiva, em execução por dívida sua, e não da sociedade.” (fl. 86).

Rejeitados os declaratórios, adveio o recurso especial, fundamentado na alínea **a** do permissivo constitucional, alegando ter o v. acórdão negado vigência ao disposto nos artigos 12, VI, do Código de Processo Civil, pela irregularidade na representação do exequente; 149 do Decreto-Lei nº 7.661/1945 e 649, CPC porque não reconhecida a nulidade da penhora sobre as cotas sociais de propriedade do recorrente/embargante em empresa concordatária.

Respondido, o recurso foi admitido na origem.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO CESAR ASFOR ROCHA (Relator): Duas são as questões que o recorrente pretende ver examinadas por esta Corte.

A primeira diz com a violação do artigo 12, inciso VI, do Código de Processo Civil, porque não reconhecido pelo egrégio Tribunal de origem o vício na representação processual do recorrido. O recorrente alega que os diretores que outorgaram a procuração judicial não tinham poderes para outorgá-la, assim como não mais representariam o banco na data da outorga do mandato.

O v. acórdão destramou a questão sobre os seguintes fundamentos:

“A preliminar levantada pelo apelante, quanto ao defeito de representação, sustenta-se no fato de que não se comprovou que os diretores-executivos do banco apelado, signatários da procuração outorgada aos seus ilustres advogados (fl. 25-TA), agiram nos limites das atribuições fixadas pelo conselho de Administração, como prevê o art. 33 do seu Estatuto Social, e que esses diretores já estavam com seu mandato vencido, quando da outorga da procuração.

Não tem razão **data venia**, o apelante.

Com efeito, de acordo com o disposto no art. 144 da Lei nº 6.404/1976, **verbis**:

‘No silêncio do estatuto e inexistindo deliberação do Conselho de Administração (art. 142, II e parágrafo único), competirão a qualquer diretor a representação da companhia e a prática dos atos necessários ao seu funcionamento.’

Ora, nada obstante prever o art. 33, IV, do Estatuto do Banco apelado, que aos diretores-executivos compete constituir mandatários, nos limites das atribuições e poderes que lhes forem atribuídos pelo conselho de Administração, sempre em conjunto com o Diretor-Presidente ou com outro diretor-executivo, ou, ainda, com um diretor regional, não vindo aos autos a deliberação daquele Conselho, é de se entender que a sociedade se faz presente, na constituição de mandatários, pelos diretores acima referidos, a teor do disposto no parágrafo único do artigo 144 da Lei nº 6.404/1976, mesmo porque, na dicção do art. 142, II, daquela lei, o Conselho de Administração fixará as atribuições dos diretores da sociedade, ‘observado o que dispuser o estatuto’, que, no caso, já estabelece a competência de cada um no tocante à outorga de mandato.

Já a alegação do apelante no sentido de que o mandato dos diretores, que outorgaram a procuração, se achava vencido, verifica-se que, de fato, segundo consta do documento de fls. 25/26-TA, aqueles diretores foram eleitos para um mandato de três anos, que se encerrou no dia 3 de março de 1994, enquanto que a procuração por eles outorgada é datada de 3 de novembro de 1994, portanto, após o encerramento do seu mandato.

Entretanto, pelo disposto no art. 17 do Estatuto do Banco apelado (fl. 19-TA), o prazo de mandato dos administradores, que poderão ser reeleitos, é de três anos, estendendo-se, contudo, até a investidura dos novos administradores, cláusula esta que encontra ressonância no art. 150, § 4º, da Lei nº 6.404/1976. E, segundo esclareceu o apelado, até a data de outorga da procuração, não haviam sido realizadas novas eleições para a Diretoria-Executiva, o que não foi infirmado pelo apelante, sendo então válido o ato que praticaram os diretores-executivos, pois ainda se achavam investidos de poderes para tanto.

De qualquer modo, como já decidiu esta Terceira Câmara:

‘Presume-se a regularidade de representação da pessoa jurídica, cabendo ao interessado produzir provas em contrário’. (...)” (fls. 90/91).

O desfazimento dessas conclusões a que se chegou, hauridas do exame do acervo probatório existente nos autos, encontra o intransponível empecilho decorrente do Enunciado nº 7 da Súmula-STJ, segundo o qual “a pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial”, em vista de as instâncias ordinárias decidirem soberanamente sobre os fatos da causa.

Em verdade, “eventual equívoco do acórdão, relativamente a matéria de fato, não pode ser corrigido em recurso especial”, conforme correta colocação do eminente Ministro Eduardo Ribeiro, *in* AgRg no Ag nº 4.277-SP, DJ de 19.11.1990.

A segunda questão é pertinente à nulidade da penhora que teria recaído sobre cotas sociais, de propriedade do recorrente, em empresa que se encontraria em regime de concordata preventiva, não podendo, portanto, serem cedidas nem alienadas enquanto a concordata não for julgada. A impenhorabilidade, segundo afirma, seria determinada pelos artigos 149 da Lei de Falências e 648 e 649 do CPC.

A propósito, decidiu o *v. aresto* recorrido:

“Sustenta o apelante que as cotas sociais não podem ser penhoradas, porque inalienáveis, por força do art. 149 da Lei de Falências, invocando ainda, em abono de sua tese, o disposto nos arts. 648 e 649, I, do CPC.

Com efeito, a hipótese em julgamento não se refere à penhora de bens da sociedade concordatária, mas de constrição judicial que incide sobre cotas pertencentes ao sócio da concordatária. Ora, tais cotas integram o patrimônio do devedor, e estão sendo penhoradas para garantir dívida do sócio em relação a terceiros. Não se trata de débito da sociedade concordatária, mas sim de um de seus sócios. Daí por que inaplicável o disposto no art. 149 da Lei Falimentar, que veda a alienação de bens pela concordatária, enquanto não for cumprida a concordata, porque de débito da concordatária não se trata.

Por outro lado, a despeito de respeitáveis manifestações em contrário, tenho que a penhora incidente sobre cotas pertencentes ao sócio da sociedade de responsabilidade limitada, por dívida particular sua, é perfeitamente possível, pois elas integram o patrimônio do devedor, que responde por suas dívidas.

A respeito do assunto, mencionem-se os posicionamentos dos

Ministros Sálvio de Figueiredo (RT 719/275) e Fontes de Alencar (RSTJ nº 60/345).

Também o 1ª Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo, pela sua Quarta Câmara Civil, em acórdão de que foi relator o Juiz Carlos Bittar, além de admitir a penhorabilidade das cotas pertencentes ao sócio, por dívidas contraídas com terceiros, deixou consignado que a sociedade não dispõe de legitimidade para opor-se a execução que contra ele é movida (RT 716/208)." (fls. 93/94).

Pelo que restou assentado, tem-se que o objeto da penhora foi o patrimônio *particular* do sócio e não o da sociedade. A dívida é particular do sócio e não da sociedade concordatária. O devedor, no caso, é a pessoa física e não a empresa concordatária, cujos bens são protegidos pela legislação invocada pelo recorrente.

Eventual arrematação das referidas cotas sociais em hasta pública nenhuma interferência tem com os bens da sociedade concordatária, havendo tão-somente a sucessão na titularidade das cotas, permanecendo intacto o patrimônio da pessoa jurídica concordatária.

Os dispositivos legais invocados como violados são realmente inaplicáveis na hipótese delineada nos autos.

Posto isso, não conheço do recurso.

RECURSO ESPECIAL Nº 159.661 – MS

(Registro nº 97.0091869-6)

Relator: Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira

Recorrente: Jacinto Ferreira e Sá

Advogados: Élton Luís Nasser de Mello e outros

Recorridos: José Butinhol e cônjuge

Advogados: Albino Romero e outros

EMENTA: Direito Civil – Compromisso de compra e venda – Mora do promitente-vendedor – Inaplicabilidade do art. 1º do Decreto-Lei nº 745/1969 – Interpretação extensiva – Impossibilidade – Cláusula resolutiva tácita – Contratos bilaterais – Presença – Código

Civil, arts. 1.092, parágrafo único, e 119, parágrafo único – Exigência de interpelação prévia – Caracterização da mora – Não configuração de prazo certo – Mora **ex persona** – Caso concreto – Recurso desacolhido.

I – Não se aplica o art. 1º do Decreto-Lei nº 745/1969 aos contratos de compromisso de compra e venda, quando a pretensão diz respeito à caracterização da mora do promitente-vendedor, e não, do promissário-comprador. Diante da expressa dicção legal, sequer há espaço para a interpretação extensiva.

II – A cláusula resolutiva tácita pressupõe-se presente em todos os contratos bilaterais, independentemente de estar expressa, o que significa que qualquer das partes pode requerer a resolução do contrato diante do inadimplemento da outra.

III – A resolução do contrato, pela via prevista no art. 1.092, parágrafo único, CC, depende de prévia interpelação judicial do devedor, nos termos do art. 119, parágrafo único, do mesmo diploma, a fim de convocá-lo ao cumprimento da obrigação.

IV – Uma vez constatada a inexistência de prazo certo para o cumprimento da obrigação, a configuração da mora não prescinde da prévia interpelação do devedor.

V – A citação inicial somente se presta a constituir mora nos casos em que a ação não se funda na mora do réu, hipótese em que esta deve preceder ao ajuizamento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, prosseguindo no julgamento, acordam os Srs. Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por maioria, não conhecer do recurso, vencido o Sr. Ministro Ruy Rosado de Aguiar. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Barros Monteiro e Cesar Asfor Rocha. O Sr. Ministro Aldir Passarinho Junior não participou da votação em virtude de ausência à primeira assentada.

Brasília-DF, 9 de novembro de 1999 (data do julgamento).

Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR, Presidente.

Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA: O recorrente prometeu comprar dos recorridos um imóvel rural, formalizando a promessa em contrato. No momento de lavrar a escritura pública definitiva, constataram as partes que o bem estava gravado de ônus que impediria a conclusão do negócio, acordando, na oportunidade, mediante “escritura pública de comparecimento”, posterior “rescisão” amigável do contrato, o que não ocorreu.

Ajuizada, então, pelo recorrente, “ação de rescisão do contrato de promessa de compra e venda cumulada com perdas e danos”, a sentença acolheu parcialmente a pretensão inicial para determinar a “rescisão” e condenar os réus ao pagamento das quantias já desembolsadas pelo autor, rejeitando o pedido de indenização por perdas e danos.

O Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul extinguiu o processo, sem julgamento de mérito, tendo o acórdão, da relatoria do Desembargador Milton Malulei, recebido esta ementa:

“Apelação cível. Rescisão de contrato. Compromisso de compra e venda. Condição resolutive tática. Ausência de interpelação judicial. Necessidade. Art. 119, parágrafo único, do Código Civil. Ausência de pressuposto processual. Extinção do processo. Conhecimento de ofício pelo Tribunal.

Nos contratos sinalagmáticos, a ‘condição resolutive tática’ encontra-se sempre embutida, sendo que, por sua natureza implícita, ela não se opera de pleno direito, circunstância que exige a inafastável necessidade de interpelação judicial, nos exatos termos do art. 119, parágrafo único, do Código Civil, sob pena de o processo, onde se busque a resolução do contrato, ser extinto sem julgamento do mérito, por ausência de pressuposto processual.”

Anotou, o Relator que o contrato continha cláusula de irrevogabilidade e irretratabilidade, sem possibilidade, portanto, de arrependimento, inexistindo, ademais, “cláusula estipulando condição resolutive expressa” (fl. 156). Dessa forma, seria de aplicar-se a regra da mora **ex persona**, que exige a prévia interpelação para que o devedor seja constituído em mora, nos termos do art. 119, parágrafo único, 2ª parte, do Código Civil.

Opostos embargos declaratórios, foram rejeitados, afastando o Tribunal, expressamente, a violação dos arts. 128, 515, 333, II, 334, I e III, CPC e 955, 960 e 963, Código Civil.

O recurso especial aponta divergência jurisprudencial e violação dos seguintes artigos:

a) 535, I e II, CPC, porque o acórdão deixou de apreciar a alegação de que era desnecessária, no caso, a prévia interpelação, uma vez que a ação proposta não tinha como objeto a falta de pagamento ou qualquer outra circunstância envolvendo preço e condições do negócio. Aduz, também, que não foi examinada a questão sobre os poderes do advogado que compareceu, em nome dos vendedores-recorridos, à data marcada para a lavratura definitiva da escritura pública;

b) 128, 333, II, 334, II e III, e 515, CPC, porque o acórdão apreciou a ausência de interpelação, matéria que não fora suscitada pelas partes, afirmando, ainda, que essa ausência não restou provada, à vista da carta de fl. 45;

c) 955, 960, 963 e 1.092 do Código Civil, porque a hipótese dos autos prescindiria de prévia interpelação, uma vez que no termo de comparecimento em cartório ficou assentada a mora dos réus, assim como um prazo para a “rescisão” amigável. Não tendo havido tal “rescisão”, a mora se operou de pleno direito, independentemente de interpelação;

d) 20, § 4^a, CPC, por ter o acórdão fixado honorários em percentual.

Contra-arrazoado, o apelo não foi admitido na origem, ensejando agravo, que provi parcialmente (Ag nº 139.888-MS), em relação à alegada afronta aos arts. 955, 960, 963 e 1.092 do Código Civil.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA (Relator): 1. Ao prover parcialmente o agravo interposto contra a inadmissão do recurso especial, rejeitei a alegada ofensa aos arts. 535, I e II, 128, 333, II, 334, II e III, 515 e 20, § 4^a, do Código de Processo Civil, nestes termos:

“A uma, porque o acórdão recorrido, ao contrário do alegado, examinou exaustivamente todas as questões que lhe foram colocadas, inexistindo qualquer omissão ou contradição no julgado, sabido que ‘se

os fundamentos do acórdão recorrido não se mostram suficientes ou corretos na opinião do recorrente, não quer dizer que eles não existam. Não se pode confundir ausência de motivação com fundamentação contrária aos interesses da parte' (AgRg no Ag nº 56.745-SP, DJ de 12.12.1994, Relator o Ministro Cesar Asfor Rocha).

A duas, porque a ausência de prévia interpelação, por ser pressuposto processual, pode ser examinada de ofício, a qualquer tempo (confira-se, a propósito, o REsp nº 47.341-SC, DJ de 24.06.1996, Relator o Ministro Barros Monteiro). Quanto à existência de uma carta, que eventualmente substituiria a necessária interpelação, não há como examinar tal pretensão sem adentrar na matéria fática, procedimento defeso no âmbito desta Corte a teor do Enunciado nº 7 de sua Súmula.

A três, porque 'os honorários de advogados, no caso do art. 20, § 4º, CPC, devem ser fixados segundo a prudência do magistrado, levando em conta particularidades do processo. A fixação do percentual baseia-se em elementos de natureza probatória, disponíveis aos julgadores **a quo**' (REsp nº 68.563-SP, DJ de 26.02.1996). Aplicável, assim, igualmente, o Enunciado nº 7 da Súmula-STJ. É de aduzir-se, ademais, que nada impede que o julgador, ao estabelecer os honorários com base no § 4º do art. 20, CPC, os fixem em percentual sobre o valor da causa."

Desta forma, a matéria devolvida ao conhecimento da Turma cinge-se à apontada violação dos arts. 955, 960, 963 e 1.092 do Código Civil.

Sobre o ponto, afirmou o acórdão que o contrato de promessa de compra e venda não contém cláusula resolutiva expressa; ao contrário, prevê a irrevogabilidade e a irretratabilidade do ajuste, sem possibilidade de arrependimento.

Pressupondo-se nos contratos sinalagmáticos a existência de cláusula resolutiva tácita, que permite à parte lesada pelo inadimplemento requerer a resolução do contrato, aplicável seria o art. 119, parágrafo único, 2ª parte, ou seja, exige-se a prévia interpelação judicial para constituir o devedor em mora. Ressaltou, ainda, o Tribunal que, no caso, não se trata de mora **ex re**, decorrente de lei, mas **ex persona**, sendo necessária a interpelação. Não tendo havido esta, aduziu, impor-se-ia extinguir o feito, sem apreciação de mérito.

2. Neste quadro, a controvérsia reside na necessidade ou não de prévia interpelação judicial para resolver o contrato e para constituir o devedor em mora.

Em se tratando de resolução de promessa de compra e venda, esta Corte assentou o entendimento de que a ausência da prévia notificação conduziria à impossibilidade jurídica do pedido, tornando o autor carente da ação, nos termos do art. 1º do Decreto-Lei nº 745/1969, **verbis**:

“Art. 1º Nos contratos a que se refere o art. 22 do Decreto-Lei nº 58, de 10 de dezembro de 1937, ainda que deles conste cláusula resolutiva expressa, a constituição em mora do promissário-comprador depende de prévia interpelação judicial, ou por intermédio do cartório de registro de títulos e documentos, com quinze (15) dias de antecedência.”

Neste sentido, dentre outros, os REsps nºs 15.489-SP (DJ de 05.09.1994), da minha relatoria, e 84.426-RJ (DJ de 03.11.1997), Relator o Ministro Menezes Direito, assim ementados, respectivamente:

“II – Nos casos de compromisso de compra e venda de imóveis, afigura-se ineficaz a estipulação de cláusula resolutiva expressa (pacto comissório – art. 1.163, Código Civil), a teor do que dispõe o art. 1º do Decreto-Lei nº 745/1969, impondo-se ao promitente-vendedor, uma vez verificada a mora **ex re**, do promissário-comprador, promover a interpelação deste, conferindo-lhe prazo não inferior a 15 dias para purgação.

III – Somente com o transcurso **in albis** do prazo concedido é que se configura o inadimplemento absoluto do promissário-adquirente, a ensejar ao promitente-alienante demandar a resolução do ajuste.”

“1. A jurisprudência da Corte, sem discrepância, não admite a resolução do compromisso de compra por falta de pagamento das prestações devidas sem a prévia interpelação do devedor.”

3. O art. 1º do Decreto-Lei nº 745/1969, todavia, refere-se à mora do promissário-comprador. No caso, o recorrente intentou a ação visando a resolver o contrato com base no inadimplemento do promitente-vendedor. Logo, não se cogita da mora referida naquele dispositivo. Por outro lado, na espécie não há espaço para a interpretação extensiva, uma vez que da

literalidade da redação legal se extrai a inteira compreensão do sentido da norma.

Destarte, a questão deve ser analisada à luz da disciplina pertinente aos demais contratos bilaterais.

A respeito, dispõe o art. 1.092, parágrafo único, do Código Civil, que “a parte lesada pelo inadimplemento pode requerer a rescisão do contrato com perdas e danos”. O art. 119 do mesmo diploma, de seu turno, reza, no parágrafo único, que “a condição resolutiva da obrigação pode ser expressa, ou tácita; operando, no primeiro caso, de pleno direito, e por interpeção judicial, no segundo”.

De outro lado, a doutrina se mostra uniforme no sentido de que a cláusula resolutiva tácita se pressupõe presente em todos os contratos sinalagmáticos, ou, em outras palavras, independentemente de estar expressa, qualquer das partes pode requerer a resolução do contrato diante do inadimplemento da outra.

Assente é a doutrina, outrossim, quanto à aplicação das normas relativas à condição resolutiva aos casos de cláusula resolutiva, não obstante haja distinção entre os institutos. Sobre o tema, disserta **J. M. Carvalho Santos**:

“Vejam os efeitos do pacto comissório tácito, mostrando, desde logo, que, no sistema do nosso Código, os princípios que regulam o pacto comissório tácito são os mesmos por que se disciplina a condição resolutiva expressa, como modalidades que são da mesma natureza, com a diferença apenas de que uma é estabelecida pela lei e a outra pela vontade das partes” (Código Civil Brasileiro Interpretado, vol. XV, 6ª ed., São Paulo: Freitas Bastos, art. 1.092, 1958, nº 7, p. 253).

Na mesma linha, **Clóvis Beviláqua**, ao comentar os arts. 119 e 1.092, Código Civil:

“A resolutoria tácita, que se subentende nos contratos synallagmáticos, deve ser posta em relevo pela intervenção do poder judiciário, para que se não possa allegar surpresa. A resolutoria expressa está no conhecimento do interessado, consta do título, em que se funda o seu direito, nenhuma dúvida pode suscitar. Dispensa a intervenção do poder judiciário, e opera por si, de pleno direito.”

(...)

“O Código Civil Brasileiro não deu à cláusula resolutiva tácita, que se pressupõe em todo contrato sinalagmático, o efeito legal de operar **ipso jure**, mas de acordo com a tradição do direito pátrio, reconhece-lhe a existência, e permite que a parte a faça valer em juízo, segundo se vê do art. 119, parágrafo único” (Código Civil dos Estados Unidos do Brasil, Rio de Janeiro: Editora Rio, vol. I, p. 375, vol. IV, p. 209, 1979, 1958).

Ainda, **Eduardo Espínola**:

“O Código Civil declara, em termos decisivos, que, ao passo que a condição resolutiva expressa opera de pleno direito, a condição resolutiva tácita, ou pacto comissório tácito, requer interpelação judicial (art. 119 paragrapho único).

Ainda no dispositivo especialmente consagrado ao pacto comissorio tacito (art. 1.092 paragrapho único), insiste o legislador na necessidade de intervenção da autoridade judicial, ao prescrever que – ‘a parte lesada pelo inadimplemento pode requerer a rescisão...’ (Manual do Código Civil Brasileiro, vol. III, pp. 459/460).

Recentemente, **Maria Helena Diniz**:

“A condição resolutiva será tácita quando, nos contratos bilaterais, subentende-se que houve acordo entre as partes contratantes relativo a resolução contratual se uma delas não cumprir o estabelecido no contrato (Código Civil, art 1.092 e parágrafo único), embora seja imprescindível interpelação judicial para que seja declarada a extinção do liame contratual” (Código Civil Anotado, São Paulo: Saraiva, 1995, p. 122).

E **Carlos Alberto Dabus Maluf**:

“A condição resolutiva é sempre subentendida nos contratos sinalagmáticos, para o caso em que uma das partes não satisfaça sua obrigação. Aliás, a doutrina é unânime neste aspecto. E para provar nossa assertiva é só verificar as lições de **Sílvio Rodrigues, Washington de Barros Monteiro, Orlando Gomes, Clóvis Beviláqua e Caio Mário da Silva Pereira**” (As Condições no Direito Civil, 2ª ed. amp., São Paulo: Saraiva, 1991, p. 74).

Desse modo, é de exigir-se a interpelação prévia para a resolução dos contratos bilaterais fundada no inadimplemento de uma das partes, na forma prevista no parágrafo único do art. 119 do Código Civil.

4. Quanto à caracterização da mora, independentemente de interpelação, não é de aplicar-se ao caso, em face das peculiaridades que o circundam. Com efeito, as partes compareceram ao cartório para que fosse lavrada a escritura definitiva do imóvel. Constatada a pendência de gravames sobre o bem, ajustaram as partes a posterior rescisão do contrato, ou “rescisão amigável”, por meio de “escritura pública de comparecimento”. Nesse momento, portanto, não se podia ter em mora o promitente-vendedor, já que ambas as partes transacionaram o desfazimento do contrato. Não ocorrida essa rescisão, o promissário-comprador intentou a ação de resolução, à vista do inadimplemento da outra parte, pleiteando restituição das parcelas pagas e perdas e danos. Noutros termos, não foi concedida ao promitente-vendedor a oportunidade de proceder à “rescisão amigável”, não tendo o promissário-comprador, ora recorrente, utilizado a interpelação para fazer incorrer os recorridos em mora. No ponto, dilucida **Marco Aurélio S. Viana**:

“Conjugando-se os dois dispositivos legais (arts. 119 e 1.092, parágrafos únicos), é permitido afirmar que o direito pátrio filiou-se ao sistema francês, porque a atuação da cláusula resolutiva tácita reclama prévia interpelação judicial e sentença, em que a pretensão seja acolhida. A interpelação judicial tem como finalidade conclamar o devedor ao cumprimento da obrigação sob pena de constituição em mora; a ação judicial visa permitir que se faça prova da infração do estipulado, com a sentença que irá dirimir a controvérsia. As circunstâncias da inexecução ou da mora são submetidas à apreciação imparcial e desapassionada do Poder Judiciário, o que dá maior estabilidade aos negócios.”

E já assinalava **M. I. Carvalho de Mendonça**:

“Muito se discute si a constituição em móra é essencial como preliminar á rescisão dos contractos bilateraes por inadimplemento de um dos contratantes.

Si existe prazo fixado para a execução, não é necessaria a constituição em móra: domina o **dies interpellat pro homine**.

Si tal prazo não existe, opinam os francezes e italianos que a constituição em móra é a propria intimação judicial para a resolução. Em doutrina não é esta a melhor opinião. Na ausência do prazo, deve-se constituir o devedor e móra por interpelação, protesto, ou notificação” (Doutrina e Prática das Obrigações, vol. II, 2ª ed., nº 648, pp. 338/339).

Na espécie, ao ajustar a “rescisão amigável” posterior, pela via da escritura de comparecimento, ainda que com prazo certo, não se tratava de providência a ser tomada somente pelos recorridos, porém por ambas as partes contratantes. Ou seja, para caracterizar a mora, sem prazo, devia valer-se o recorrente da interpelação prévia, nos termos do art. 119, parágrafo único, do Código Civil.

Poder-se-ia argumentar, finalmente, que a citação dos recorridos, na ação de resolução, supriria a interpelação. Entretanto, em se tratando de demanda fundada na mora do promitente-vendedor, não se presta a citação a tal fim, conforme, a propósito, leciona **Moniz de Aragão**:

“A citação inicial se soma às causas de constituição em mora, tendo sido reputada a mais enérgica de todas as interpelações.

A jurisprudência, porém, oscila entre duas opiniões. Se há acórdãos, ao que parece em absoluta maioria, reconhecendo a validade da constituição em mora por força apenas da citação inicial, outros há, em aparente minoria, negando-lhe esse efeito, em alguns casos.

Aos subscritores das decisões mencionadas por último se afigura que, se a mora do réu constitui o fundamento do direito em que o autor assenta o seu pedido, deverá ela preexistir ao ingresso em juízo e à própria citação inicial, uma vez que não poderia o autor fundar a sua pretensão em fato ainda não ocorrido. Assim, a constituição em mora pela citação inicial operaria apenas com relação aos casos em que a ação proposta pelo autor não se funda na existência da mora do réu – pois em tal caso esta há de preceder ao ajuizamento da causa” (Comentários ao Código de Processo Civil, 9ª ed. rev. e atual., Rio de Janeiro: Forense, nº 236, pp. 180/181).

Nesse sentido, dentre outros, o REsp nº 176.435-SP (DJ de 09.08.1999), de que fui relator, assim ementado, no que interessa:

“II – A ausência de interpelação, uma vez constatada, importa no

reconhecimento de impossibilidade jurídica do pedido, não se havendo considerá-la suprida pela citação para a ação resolutória.”

Inocorre, na espécie, portanto, violação do direito federal.

5. O dissídio pretoriano não restou configurado, em face da dessemelhança fática entre os arestos paradigmas e o acórdão impugnado, dizendo respeito, aqueles, aos limites do tribunal da apelação à matéria alegada, consagrando a aplicação do princípio **tantum devolutum quantum appellatum**.

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

VOTO

O SR. MINISTRO BARROS MONTEIRO: Sr. Presidente, considere, tal como o Sr. Relator, que neste caso é imprescindível a prévia interpelação do promitente-vendedor para fins de constituição em mora. As circunstâncias de fato descritas por S. Exa. e peculiares à espécie convenceram-me das razões apresentadas por S. Exa. Daí por que, acompanho o voto do Sr. Ministro-Relator não conhecendo do recurso.

VOTO-VISTA

O SR. MINISTRO RUY ROSADO DE AGUIAR: 1. Trata-se de ação de resolução de contrato de promessa de compra e venda de imóvel promovida pelo promissário-comprador, que até o momento não conseguiu obter a escritura definitiva, tendo sido o recurso especial assim relatado pelo eminente Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, que dele não conheceu: (Leu).

2. O autor alegou que os vendedores não compareceram ao cartório no dia apazado para a assinatura do documento, onde apenas se fez presente o procurador deles, que não apresentou as certidões negativas exigidas para o ato, nem portava poderes para alienar bens. Duas as razões apresentadas pelo autor: faltou a assinatura da escritura; não houve o levantamento dos ônus que oneravam o imóvel.

O comprador enviara aos réus a carta de fl. 45, instando-os a outorgarem a escritura do imóvel do dia e local indicados, e nela foi dito que depois de 05.05.1993 ingressaria com ação.

Na contestação, nada foi alegado quanto à falta de interpelação. No

cartório, comparecendo os vendedores através de procurador, de tudo ficaram bem cientes, especialmente do empenho do comprador em finalizar o contrato. Por isso, tenho que a mora ficou caracterizada nesse dia 30 de abril de 1993.

Logo, as circunstâncias do negócio, assim como relatadas no r. acórdão, permitem a conclusão de que os vendedores foram solicitados ao cumprimento do contrato, e o desatendimento dessa obrigação significou a nítida manifestação da vontade de inexecução do contrato, como se percebe do longo decurso de tantos anos. Não cumprida a prestação pelos vendedores, que também não se prontificaram a fazê-lo no decurso desta ação, nada recomenda persistam os efeitos do contrato descumprido, para o qual não há perspectiva de bom êxito, com prejuízo manifesto ao comprador.

Assim, definida a existência da mora e reconhecido o descumprimento do contrato pelos vendedores, penso que a melhor solução foi aquela encontrada pelo ilustre Dr. Juiz de Direito, que julgou parcialmente procedente a ação e extinguiu o contrato, restituídas as partes à situação anterior.

O v. acórdão recorrido entendeu aplicável ao caso dos autos o disposto no art. 119, parágrafo único, do Código Civil, daí por que exigiu a interpelação judicial como pressuposto para a ação. Tenho que não existe no contrato condição resolutiva tácita. Foi prevista apenas a cláusula comum à promessa de compra e venda, impondo aos vendedores a prestação de assinatura da escritura, depois de apresentados os documentos exigidos para o ato. O descumprimento dessa obrigação, quando caracteriza inadimplemento absoluto, como é o caso, tal a extensão da demora e a evidente disposição de não prestar, enseja o pedido de resolução, não por incidência do art. 119, parágrafo único, mas do art. 1.092, parágrafo único, do Código Civil.

De outra parte, a exigência de prévia interpelação que aparece nos nossos precedentes refere-se à caracterização da mora do promissário-comprador, cuja posição jurídica se procura proteger com a prévia interpelação. O mesmo não se diz quanto ao promitente-vendedor, cujo inadimplemento pode ser provado independentemente de interpelação judicial.

Posto isso, com a devida vênia, conheço do recurso, em parte, pela alínea a, por ofensa ao disposto nos arts. 955 e 1.092 do Código Civil, e lhedo provimento parcial para restabelecer a r. sentença.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL Nº 164.170 – RJ
(Registro nº 98.0010114-4)

Relator: Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira
Recorrente: Eliane Pinheiro Chaves
Recorrido: Francisco José de Campos Trindade (espólio)
Advogados: Mário Roberto Carvalho de Faria e outros e Sandra Medeiros Albuquerque e outros
Sustentação oral: Sandra Medeiros Albuquerque (pelo recorrido)

EMENTA: Processual Civil – Inventário – Companheira – Habilitação – Decisão indeferitória – Natureza jurídica – Interlocutória – Cabimento de agravo – Fungibilidade – Apelação como agravo – Possibilidade – Nova sistemática do agravo – Irrelevância – RISTJ, art. 257 – Recurso provido.

I – A decisão que indefere, no inventário, habilitação de companheira do falecido, excluindo-a do feito, tem natureza jurídica de decisão interlocutória, sendo cabível, então, o recurso de agravo.

II – O princípio da fungibilidade recursal tem aplicação desde que haja dúvida objetiva na doutrina e na jurisprudência a respeito do cabimento do recurso e que esse tenha sido interposto no prazo do apelo próprio.

III – Ainda que tenha havido grande modificação na sistemática do agravo, com a sua interposição direta na segunda instância, não há impossibilidade de se adotar o princípio da fungibilidade, ensejando-se à parte recorrente a sua regularização.

ACÓRDÃO

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

Brasília-DF, 28 de abril de 1998 (data do julgamento).

Ministro BARROS MONTEIRO, Presidente.

Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, Relator.

Publicado no DJ de 28.02.2000.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA: A recorrente, dizendo-se companheira do falecido Francisco José de Campos Trindade, requereu, junto aos autos do inventário de seus bens, a competente habilitação.

O juiz, apurando que a convivência havida entre eles teria sido de, no máximo, três anos, indeferiu o pedido de habilitação, por ser o tempo insuficiente para a caracterização da união estável na forma legal.

Contra essa decisão apelou a recorrente. Entretanto, seu recurso não foi recebido, por incabível. Irresignada, interpôs agravo, visando a destrancar sua apelação.

O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, por maioria, negou provimento ao agravo, entendendo que a decisão que indeferira o pedido de habilitação seria mera interlocutória, susceptível de agravo e, não, de apelação. Concluiu a Turma, ainda, não poder aplicar o princípio da fungibilidade recursal, haja vista o atual procedimento para interposição do agravo, protocolado diretamente na segunda instância.

A companheira manifestou, então, recurso especial, no qual alega dissídio com julgados que reputam ser sentença a decisão que exclui do feito o habilitante, dizendo também não haver empecilho em se adotar o princípio da fungibilidade.

Contra-arrazoado, foi o recurso admitido na origem.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA (Relator): 1. A recorrente, como exposto, pleiteou, nos autos de inventário dos bens do falecido, sua habilitação como companheira, a qual foi, no entanto, indeferida. Contra essa decisão, interpôs ela a apelação, não recebida pelo juiz, por incabível.

A discussão cinge-se à natureza jurídica do pronunciamento judicial que indeferiu a habilitação e, conseqüentemente, a excluiu da relação processual, assim como se aplicável, no caso, o princípio da fungibilidade recursal.

2. Quanto ao primeiro ponto, apesar de inicial divergência no tema, restou assentado ser o agravo o recurso cabível contra a decisão que exclui da relação processual litisconsorte, seja ativo ou passivo [(a propósito, os REsps nºs 78.041-RS (DJ de 18.03.1996), 14.878-SP (DJ de 16.03.1992), 34.309-PR (DJ de 02.08.1993), 3.504-RJ (DJ de 16.05.1994) e o AgRg no Ag nº 126.734-SP (DJ de 18.08.1987), relatados respectivamente pelos Ministros Ruy Rosado de Aguiar, Eduardo Ribeiro, Cláudio Santos, Fontes de Alencar e por mim).].

Simplificado é o sistema recursal do Código de Processo Civil. Os atos do juiz, como se vê do art. 162, são conceituados e a cada ato corresponde um recurso cabível. Assim, a sentença se caracterizaria como o ato que põe termo ao processo, com ou sem exame do mérito. E o processo, nesse caso, deve ser visto de forma ampla. Se efetivamente houve extinção, sem prosseguimento do feito, foi proferida uma sentença. Se, ao contrário, prossegue o processo para resolver situação pendente, ainda que tenha sido extinto o feito em relação a um dos litisconsortes, a decisão tem natureza jurídica de interlocutória, agravável, portanto.

Esse é o caso dos autos. A decisão atacada por apelação não extinguiu o processo de inventário, embora tenha afastado da relação processual a recorrente. Se não se pôs fim ao processo como um todo, de sentença não se trata, não podendo, destarte, ser cabível o recurso de apelação.

3. No pertinente à adoção do princípio da fungibilidade, por outro lado, razão assiste à recorrente.

O princípio da fungibilidade recursal, muito embora não mais normatizado no ordenamento positivo vigente, como o era no derogado (art. 810 do Código de Processo Civil de 1939), vem sendo consagrado pela doutrina processual, com aplicação da antiga teoria do “recurso indiferente”. Entretanto, condiciona-se sua adoção, aliada à boa-fé que deve estar presente em todo o *iter* procedimental, a dois requisitos primordiais: a) a existência de dúvida objetiva na doutrina e na jurisprudência; e b) não ter ocorrido erro grosseiro na interposição. Um terceiro – interposição do recurso inadequado no prazo do próprio – surge em alguns segmentos da doutrina, que, em função disso, ainda se encontra vacilante na sua adoção.

Na hipótese em exame, estão presentes esses requisitos. Tanto doutrina quanto jurisprudência divergem com relação à natureza jurídica do ato que exclui o habilitante da habilitação feita nos termos do art. 1.001 do Estatuto Processual Civil, sendo de registrar-se as observações feitas por **Theotonio Negrão** em seu admirável Código, 29ª ed., 1998, Saraiva e os acórdãos trazidos como paradigmas.

Sobre a interposição da apelação no prazo do agravo, cuidou a recorrente de respeitar o menor prazo, inclusive tendo feito constar, na sua petição de interposição, a dúvida a respeito do cabimento do recurso de apelação.

No que concerne à impossibilidade de adotar-se a fungibilidade, tal como feito no aresto hostilizado, em razão da nova sistemática de interposição do agravo, tenho que a simples modificação da forma de interposição (da primeira instância para a segunda) não seria suficiente para afastar o cabimento da antiga teoria do “recurso indiferente”. Se se admite a interposição do agravo até mesmo via correio, não se justifica, a meu juízo, o obstáculo para a admissão da fungibilidade na espécie. Ao juiz bastaria, com efeito, ensejar à parte recorrente a possibilidade da sanção.

Assim, presente o dissídio com acórdãos que entenderam qualificar-se como sentença o ato que indefere a habilitação, *conheço* do recurso e *lhe dou provimento* para, aplicando o direito à espécie, possibilitar o processamento do recurso interposto como se agravo fosse, ensejando-se à recorrente sua regularização formal.

VOTO

O SR. MINISTRO BUENO DE SOUZA: Sr. Presidente, o caso, segundo boa parte da doutrina, seria mesmo de apelação. Não há porque dele não conhecer, portanto, como agravo, desde que interposto, como assinalado pelo Sr. Ministro-Relator, ao admitir a impugnação por esse meio, eis que tempestiva.

Acompanho, portanto, o eminente Ministro-Relator.

VOTO

O SR. MINISTRO BARROS MONTEIRO: Srs. Ministros, acompanho o voto do Sr. Ministro-Relator por aplicação ao caso do princípio da fungibilidade dos recursos, inclusive com a observação de que a própria parte recorrente mencionou a dúvida acerca de qual o recurso cabível no caso: se apelação ou agravo.

RECURSO ESPECIAL Nº 212.902 – SC

(Registro nº 99.0039742-8)

Relator: Ministro Barros Monteiro
Recorrente: Frankenberg S/A
Advogados: Marco Antônio Duarte Rodrigues e outros
Recorrida: Pérola do Sul Indústria de Botões Ltda
Advogados: Sávio Murillo Piazero de Azevedo e outros

EMENTA: Marca registrada – Uso indevido em nome comercial – Atividade no mesmo campo.

– Registrada uma marca, não pode outra empresa industrial, comercial ou de serviços utilizá-la na composição de seu nome comercial, em havendo similitude de atividades.

Recurso especial conhecido e provido parcialmente.

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 parcial, na forma do relatório e notas taquigráficas precedentes que integram o presente julgado. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Cesar Asfor Rocha e Aldir Passarinho Junior.

Brasília-DF, 28 de setembro de 1999 (data do julgamento).

Ministro CESAR ASFOR ROCHA, Presidente.

Ministro BARROS MONTEIRO, Relator.

Publicado no DJ de 13.12.1999.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO BARROS MONTEIRO: “Frankenberg S/A” ajuizou ação ordinária de abstenção de ato, cumulada com perdas e danos e preceito cominatório, contra “Pérola do Sul Indústria de Botões Ltda”, objetivando a condenação da ré a abster-se de utilizar a expressão “Pérola

do Sul”, quer como marca quer como nome comercial, assim como a retire de sua razão social, substituindo-a por outra suficientemente distinta, tudo em face da semelhança com a marca “Sulpérola”, cujo registro fora anteriormente obtido pela autora junto ao INPI.

A sentença julgou improcedente o pleito, aos fundamentos centrais de que: a) não se confundem marca e nome comercial; b) os produtos fabricados pelas litigantes, apesar de serem do mesmo gênero, divergem na espécie. “Enquanto a autora industrializa e comercializa, importa e exporta botões, fivelas, passadores e demais artefatos pertinentes ao ramo do vestuário, a requerida explora o ramo de atividade de industrializar botões de madrepérola e botões de pressão, não ensejando concorrência desleal.” (fl. 106).

Ao apelo interposto pela demandante o Tribunal de Justiça de Santa Catarina negou provimento, julgando de ofício extinta a ação. Na parte em que ora interessa colhe-se da ementa do v. acórdão:

“Caracteriza-se a violação ao privilégio do uso de nome ou marca industrial quando o produto apresentado gera realmente real confusão ao público, incluindo sérias dúvidas quanto à sua real procedência e origem, o que não se verifica, não obstante a similitude do nome com a marca industrial das empresas concorrentes, a composição do produto é diversa.

Assim não pode gerar tal estado de espírito tratando-se de ‘botões’ confeccionados com madrepérola e os mesmos produtos que utilizam o ‘poliester’ como matéria-prima.

Aliado ainda ao fato das empresas litigantes encontrarem suas sedes em cidades e estados diversos.” (fl. 162).

No voto, o Desembargador-relator assim se pronunciou:

“Oportuno salientar que também o nome comercial da requerida está registrado no órgão competente, e deve, por isso, merecer a proteção decorrente, sob pena de se desconsiderar as prerrogativas legais decorrentes de tal registro.

Ademais, a matéria é regulada pela Lei nº 9.279/1996, que não contempla o direito da requerente, expressamente, o que equivale dizer que, por construção jurisprudencial, ademais não iterativa e pacificada, não se pode outorgar um direito não expressamente previsto em lei.

Em suma, a requerida-apelada tem o seu nome comercial perfeitamente registrado no órgão competente e enquanto perdurar tal registro, não pode ser negado o direito de uso, sob pena de se desconsiderar direito plenamente consagrado pela legislação tutelar da propriedade comercial.” (fl. 165).

Embargos declaratórios foram acolhidos para esclarecer que:

“No que concerne aos demais argumentos, reiteram-se aqui os argumentos do acórdão embargado que assegurou o direito de utilização, pela apelada, do nome comercial ‘Pérola do Sul – Indústria de Botões Ltda’, uma vez que se acha registrado no ofício público competente, o que só pode ser objetivado em ação própria, que não foi proposta.

No mais, o acórdão entendeu inexistente a violação do privilégio do uso da marca, dada a inexistência de confusão, não obstante a similitude do nome com a marca industrial das empresas concorrentes na composição do produto, eis que:

1. O material empregado é diverso na confecção dos botões: madrepérola e poliéster;
2. As empresas têm suas sedes em cidades e estados diversos.

Em abono a esta última assertiva, alinham-se os embargos:

‘Assim, há *erro de fundamentação* no trecho da ementa quando discorreu ‘aliado ainda ao fato das empresas litigantes encontrarem suas sedes em cidades e estados diversos’ como se um *produto* produzido em *Manaus*, por exemplo, comumente distribuído para *todo* o Brasil, não pudesse ser confundido em São Paulo com outro proveniente de Florianópolis. Os produtos da embargante são distribuídos para todo o Brasil, inclusive os Estados de Santa Catarina e São Paulo, onde é diuturnamente confundido com a ‘fabriqueta’ de Jaraguá do Sul, que preferiu agarrar-se ao prestígio da renomada marca Sulpérola da embargante, como segurar-se à cauda de um cometa. Tanto é verdade o exposto que a embargada *requereu o pedido de registro de marca para a expressão Sulpérola* (pedido nº 818048441). Está nos autos.’

Então indagamos, como podem produtos de uma ‘fabriqueta de

Jaraguá do Sul' (expressões dos embargos, fl. 176 – *sic*) gerar confusão no mercado, quanto aos produtos fabricados pela empresa de âmbito nacional, a Sulpérola?

Em resumo, entendemos que não basta o registro de marcas no INPI para anular o registro de um nome comercial, devidamente registrado no cartório competente.” (fls. 185/186).

Inconformada, a autora manifestou o presente recurso especial com arrimo nas alíneas **a** e **c** do admissor constitucional, apontando negativa de vigência dos arts. 59 da Lei nº 5.772, de 21.12.1971; 34 da Lei nº 8.934/1994 e 4ª, inc. VI, da Lei nº 8.078/1990, além de dissenso jurisprudencial com arestos desta Corte e do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Aduziu que o v. acórdão cometeu erro na fundamentação, pois não é a Lei nº 9.279/1996 que rege a controvérsia e, sim, a Lei nº 5.772/1971, que vigia à época dos fatos e da propositura da ação. Aduziu ser legítima titular da marca “Sulpérola”, que visa a proteger botões de poliéster, inseridos na classe 26.10 (artigos e artefatos de armarinho). Acentuou que a ré, notificada, inverteu o nome que então usava, passando da expressão “Sulpérola” para “Pérola do Sul”. Sustentou, outrossim, que a semelhança de atividades exercidas por ambas as empresas não poderia ser afastada tão-somente pelo material empregado nos botões.

Contra-arrazoado, o apelo extremo foi admitido na origem.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO BARROS MONTEIRO (Relator): 1. Acha-se satisfeito no caso o requisito do prequestionamento, eis que a questão federal (prevalência da marca registrada pela autora sobre a denominação social da ré) foi objeto de análise pela decisão recorrida de modo amplo e explícito.

De outro lado, a espécie rege-se pela Lei nº 5.772, de 21.12.1971, vigente à época dos fatos descritos na peça vestibular e ainda quando da propositura da demanda.

2. É indubitoso que a autora detém a propriedade da marca “Sulpérola”, mediante o registro obtido junto ao INPI para a classe 26.10 (artigos e artefatos de armarinho), que compreende os botões de poliéster por ela fabricados.

Posteriormente a esse registro, a ré arquivou na Junta Comercial a sua razão social: “Sul Pérola Indústria de Botões Ltda”. Notificada para retirar a expressão de seu nome comercial, a suplicada simplesmente inverteu a expressão principal, passando a adotar a denominação “Pérola do Sul Indústria de Botões Ltda.”.

A mera inversão do nome revela a conduta irregular e, até mesmo, censurável da ré.

O art. 59 da citada Lei nº 5.772/1971 reza que “será garantida no território nacional a propriedade da marca e o seu uso exclusivo àquele que obtiver o registro de acordo com o presente Código, para distinguir seus produtos, mercadorias ou serviços, de outros idênticos ou semelhantes, na classe correspondente à sua atividade”.

Claro está que o julgado recorrido negou aplicação ao referido preceito legal, desde que ambas as empresas litigantes exploram idêntica atividade comercial, a referente à fabricação de botões. O simples fato de uma empregar, como matéria-prima, o poliéster e outra a madrepérola não é o bastante para arredar a similitude de classe. Em verdade, conforme assinalado, as duas dedicam-se à exploração da mesma área comercial (fabricação de botões), sendo certo que ainda a inversão do nome “Sulpérola” (modificação para “Pérola do Sul”) é suscetível de gerar confusão entre os consumidores acerca da origem dos produtos.

Em face dos termos inequívocos da lei, não pode prosperar a assertiva do decisório hostilizado no sentido de que as empresas têm sedes em cidades e estados diversos.

É certo que os conceitos de marca e de nome comercial não se confundem. Entretanto, cuidando-se de marca registrada pela autora com precedência em relação à razão social arquivada pela ré, não pode esta última empregá-la na composição de seu nome comercial. Assim já decidiu esta colenda Turma quando do julgamento do REsp nº 7.259-CE, de que foi relator o eminente Ministro Athos Carneiro. Do voto de S. Exa. proferido no mencionado precedente extrai-se que “registrada uma marca, não pode pois outra empresa industrial, comercial ou de serviços utilizá-la na composição de seu nome comercial, em havendo similitude de atividades (Lei nº 4.726, de 13.07.1965, art. 49), ou para ‘todas as classes’, em se cuidando de marca notória (CPI, art. 67).”

Aliás, nesse mesmo diapasão apresenta-se o primeiro aresto paradigma carreado à colação pela recorrente. Refiro-me ao REsp nº 4.352-CE, Relator Ministro Cláudio Santos, de cujo voto colho o seguinte excerto:

“A invocação do art. 59 do Código de Propriedade industrial, entretanto, é pertinente, pois aquele dispositivo garante a propriedade da marca e o seu uso exclusivo.

De mais a mais, o campo de atividades das litigantes é praticamente o mesmo, salvo as especialidades de cada uma. As recorrentes têm por objeto a promoção de estudos relacionados com a utilização de computadores, equipamentos subsidiários, bem como incentivar a utilização dos serviços de processamento de dados enquanto a recorrida tem por atividade o comércio de computadores, *softwares*, e equipamentos em geral para informática.

Ora, em face da marca registrada, da exclusividade que lhe confere o registro, das atividades relacionadas com os computadores e a informática, exercidas pelas partes, ainda que umas prestem serviços e outra pratique atos de comércio, é óbvio que as sociedades podem ser confundidas, tirando a recorrida proveito, eventual, como o uso em seu nome comercial da marca de outra.

Dir-se-ia que o nome da recorrida é diferente da marca das recorrentes, todavia a semelhança gráfica é grande e, sem conhecimentos de fonética, a maior parte das pessoas pronunciará as palavras da mesma forma.

Direito, assim, assiste às recorrentes, de impedir o uso da marca, seja na atividade empresarial, seja na composição da empresa, conforme já decidiu o extinto Tribunal Federal de Recursos, na Apelação Cível nº 10.344-GB, Relator o eminente Min. Amarílio Benjamin (doc. nº 8 junto à petição do especial).” (fls. 213/214).

Tenho, pois, como contrariado o art. 59 da Lei nº 5.772/1971, assim como configurado **quantum satis** o dissídio interpretativo.

3. Passo a aplicar o direito à espécie, nos termos do estatuído no art. 257 do RISTJ.

A ação é julgada procedente, em parte, para o fim de condenar a ré a abster-se de usar a expressão “Pérola do Sul”, quer como marca quer como nome comercial, bem como a retirar a mesma expressão de sua razão social, substituindo-a por outra suficientemente distinta, sob pena de responder pela multa diária de 30 salários mínimos, a partir de 60 dias contados da intimação pessoal da parte e após o trânsito em julgado desta decisão.

Ficam afastados as perdas e danos por não comprovados na fase

cognitiva, consoante diretriz de há muito traçada por esta Casa. A sua vez, o disposto no art. 641 do CPC não encontra pertinência na espécie, desde que se tem como imperiosa a iniciativa da ré quanto à escolha de sua denominação social, em substituição.

4. Do quanto foi exposto, conheço do recurso por ambas as alíneas do permissor constitucional e dou-lhe provimento parcial, a fim de julgar procedente, em parte, a ação, na forma acima assinalada. A ré arcará com as custas do processo (art. 21, parágrafo único, do Código de Processo Civil), assim como com os honorários de advogado da parte contrária, estes últimos arbitrados por apreciação eqüitativa (art. 20, § 4º, do mesmo diploma processual) em R\$ 6.000,00 (seis mil reais), atualizáveis a contar desta data.

É o meu voto.

RECURSO ESPECIAL Nº 213.580 – RJ

(Registro nº 99.0040995-7)

Relator: Ministro Ruy Rosado de Aguiar
Recorrentes: Geotécnica S/A e outros
Advogados: Fernando Freitas Pereira e outros
Recorrido: Banco de Crédito Real de Minas Gerais S/A – Credireal
Advogados: Américo Barbosa de Paula Chaves e outros

EMENTA: Tutela antecipada – SPC – Serasa – Contratos de dívida **sub judice**.

Estando **sub judice** a matéria relacionada com os contratos e títulos da dívida, cabe deferir o pedido de sustação dos efeitos dos registros e protestos feitos contra os devedores com base naqueles contratos.

Recurso conhecido em parte 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 em parte do recurso e, nessa parte, dar-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Aldir Passarinho Junior, Sálvio de Figueiredo Teixeira, Barros Monteiro e Cesar Asfor Rocha.

Brasília-DF, 5 de agosto de 1999 (data do julgamento).

Ministro BARROS MONTEIRO, Presidente.

Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR, Relator.

Publicado no DJ de 22.11.1999.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO RUY ROSADO DE AGUIAR: Geotécnica S/A e outros promoveram ação ordinária contra o Banco de Crédito Real de Minas Gerais S/A, tendo por objeto a revisão judicial de contrato de abertura de crédito celebrado pelas partes, na qual pleitearam fosse afastada a capitalização de juros e condenado o réu a devolver os valores cobrados indevidamente, bem como considerada nula a cláusula de mandato constante do contrato. Pediram, ainda, “tutela antecipada, para vedar a remessa, inscrição e divulgação do nome da agravante e de seus sócios nos cadastros do Serasa e SPC, bem como, enquanto não decidida a lide, a expedição de ofício aos cartórios de protestos de títulos e documentos” da capital do Rio de Janeiro “para que se abstenham de protestar qualquer título cambial adjeto aos negócios entabulados entre as partes.”

O ilustre Juízo **a quo**, ao analisar o pedido de tutela antecipada, assim decidiu:

“As providências requeridas como tutela antecipada têm efetivo cunho cautelar, haja vista que se busca, na verdade, a preservação do resultado do que se visa na ação e não a própria prestação em caráter satisfativo.

Indefiro pois a tutela antecipada requerida.” (fl. 154).

Contra essa decisão, os autores agravaram de instrumento, solicitando “efeito suspensivo, no sentido de ser deferida a tutela antecipatória”.

Sustentam que o art. 273 do CPC, na redação da Lei nº 8.952/1994, permite a antecipação dos efeitos da tutela pretendida ante a prova inequívoca do direito e a substância dos fundamentos invocados pelos agravantes, para evitar a ocorrência de dano irreparável ou de difícil reparação. Examinaram o mérito das questões da causa, insistindo na ilegalidade da capitalização e da cláusula mandato. Apontam para a urgência e a relevância do caso em pauta, bem como para os prejuízos materiais e processuais que os agravantes estão na iminência de sofrer ante um provimento liminar de busca e apreensão dos bens móveis objeto da alienação fiduciária.

O pedido de efeito suspensivo foi indeferido à fl. 157. Contra a decisão que negara efeito suspensivo ao agravo de instrumento, os agravantes interpuseram regimental (fls. 187/195).

A egrégia Décima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, por votação unânime, negou provimento ao agravo de instrumento:

“Tutela antecipada. A tutela cautelar não se confunde com a tutela sumária satisfativa. Enquanto a primeira não realiza o direito, a segunda o faz, tendo caráter satisfativo. Se a ação pretende o reconhecimento de cláusula ilegal do contrato, e também a devolução do dinheiro pago em função desta cláusula, requerimento que objetiva impedir lançamento do nome do agravante em cadastro do SPC ou Serasa é pedido cautelar, não satisfativo, inviável em tutela sumária satisfativa prevista no art. 273 do Código de Processo Civil. Prejudicado o agravo regimental.” (fl. 197).

Ao rejeitar os embargos de declaração opostos, a egrégia Câmara assim sumulou o v. aresto:

“Agravo de instrumento. Embargos de declaração. Não podem servir os embargos como recurso capaz de modificar o mérito do acórdão, provocando a reapreciação de questões já decididas. Se o agravo regimental decorria de ato que negou efeito suspensivo ao agravo de instrumento, sendo esta recurso (agravo de instrumento) desprovido, não há sentido em julgar o agravo regimental que restou prejudicado. Embargos rejeitados.” (fl. 209).

Os agravantes ingressaram com recurso especial por ambas as alíneas, alegando afronta aos arts. 535, incisos I e II, e 273 do CPC, além de

divergência jurisprudencial. Sustentam ser omissa o acórdão quanto às questões suscitadas nos embargos de declaração, daí a necessidade de os autos retornarem à origem para que o TJRJ as examine. Dizem que a inscrição dos nomes dos recorrentes nos órgãos cadastrais constitui-se uma forma ilegítima de pressão ao pagamento de uma dívida que inexistente, sendo a tutela antecipada o único meio idôneo não só para assegurar antecipadamente a viabilidade do direito subjetivo requerido na prestação jurisdicional, mas especialmente para fazê-lo, desde logo, surtir seus efeitos no mundo dos fatos. Por isso, plenamente cabível o deferimento de antecipação de tutela em ação ordinária para impedir o envio e a divulgação do nome dos recorrentes pelo Cadin, Serasa e SPC, além de impedir protestos de títulos, consoante jurisprudência. Registra que o pedido sob exame diz respeito “a tutela antecipada e não a procedimento cautelar, pois o pedido de liminar no contexto da ação ordinária não seria cabível se esgrimido mera tutela cautelar, *ex vi* dos artigos 796 e seguintes do CPC,” o que dependeria de um outro processo.

Sem contra-razões, o Tribunal de origem admitiu o recurso especial, subindo os autos a este STJ.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO RUY ROSADO DE AGUIAR (Relator): 1. Não é omissa o r. acórdão, pois examinou o recurso de agravo e o indeferiu pelas fundamentadas razões que apresentou, suficientes para o esgotamento da matéria, assim como proposta no julgamento. Na verdade, como ficou dito no julgamento dos embargos, a parte estava pretendendo a revisão do julgado.

2. A parte que alega nada dever, ou que deve menos do que lhe está sendo exigido e, portanto, que não incidiu em mora, tem o direito de obter do juiz uma sentença que reconheça essa situação e, como consequência, o cancelamento dos registros negativos constantes em bancos de dados de inadimplentes ou no livro de protesto. Isto é, a procedência da ação, assim como posta, excluirá o fato gerador de tais registros, que é a mora. Se os registros já existem e causam danos graves à parte que promove a ação, parece-me possível pedir a antecipação parcial dessa tutela, para eliminá-los ou sustá-los, preenchidos os pressupostos, uma vez que o deferimento do pedido de declaração de inexistência do débito implicará também, e necessariamente, o apagamento dos ditos registros. Tenho, portanto, que não

se pode excluir do âmbito do disposto no art. 273 do CPC a antecipação do efeito da tutela pretendida na ação em que os autores reclamam dos valores da dívida e alegam que nada mais devem, antecipação de efeito consistente no cancelamento dos registros negativos, lançados com base na dívida **sub judice** em bancos de dados de devedores inadimplentes ou em cartório de protesto. Antecipação, porque isso seria normalmente feito depois, na sentença final.

A persistência dos registros não impede o reconhecimento do direito dos autores quanto à exclusão do anatocismo e da cláusula mandato, nem atinge a eficácia da decisão que nesse sentido vier a ser proferida, daí por que não me parece que o pedido de exclusão tenha feito propriamente cautelar em relação àqueles pedidos, pois não assegura o resultado prático do processo, nem assegura a viabilidade do direito afirmado pelo autor, sabendo-se que “a finalidade do processo cautelar é assegurar o resultado do processo de conhecimento ou do processo de execução” (**Nelson Nery e Rosa Maria Nery**, CPC Comentado, art. 796, p. 1.213, 4ª ed.). Lembro a afirmativa categórica do ilustre Prof. **Ovídio Baptista da Silva**: “A sustação do protesto é, sim, processo sumário, porém de natureza satisfativa e não cautelar” (Do Processo Cautelar, p. 192).

Ademais, vindo a parte ao juiz expor fatos e alegar direitos, pedindo que sejam cancelados desde logo os registros negativos feitos por falta de pagamento de dívida que considera inexistir, cabe examinar a pretensão, sendo irrelevante o nome atribuído à providência processual esperada. É certo que poderia surgir a questão processual do pedido de cautela feito na mesma petição da ação principal, mas isso é outra formalidade também superável.

Tem aqui boa aplicação o ensinamento de **Humberto Theodoro Jr.**, doutrinador insigne, que reúne com competência, poucas vezes igualada, as qualidades de magistrado e de professor:

“Haverá, contudo, sempre situações de fronteira, que ensejarão dificuldades de ordem prática para joeirar com precisão uma e outra espécie de tutela. Não deve o juiz, na dúvida, adotar posição de intransigência. Ao contrário, deverá agir sempre com maior flexibilidade, dando maior atenção à função máxima do processo, a qual se liga à meta da instrumentabilidade e da maior e mais ampla efetividade da tutela jurisdicional. É preferível transigir com a pureza dos institutos do que sonegar a prestação justa a que o Estado se obrigou perante todos aqueles que dependem do Poder Judiciário para defender

seus direitos e interesses envolvidos em litígio. Eis a orientação merecedora de aplausos, sempre que o juiz se deparar com algum desvio procedimental no conflito entre tutela cautelar e tutela antecipatória.

Nota-se, da parte de alguns julgados, a tendência de adotar-se um excessivo tecnicismo para separar em compartimentos estanques e inflexíveis as hipóteses de tutela cautelar e as de antecipação de tutela.

É preciso, todavia, muita prudência no tratamento de matéria tão delicada como é a da prevenção em qualquer de suas modalidades, pois o rigor tecnicista pode simplesmente anular a conquista instrumental, provocando males à efetividade da prestação jurisdicional maiores do que os que causava a falta do remédio inovador.

Antes de tudo, é muito importante lembrar que a antecipação de tutela, no direito brasileiro, não veio para diminuir ou enfraquecer a tutela cautelar. Foi inspirada, ao contrário, na necessidade de suprir deficiências que o sistema preventivo apresentava. Veio para somar e não para subtrair.

Assim, como ponto de partida, é de ponderar que, se é nítida, no direito brasileiro atual, a diferença técnica ou teórica entre a tutela cautelar e a tutela antecipatória, o mesmo nem sempre ocorre nas situações práticas levadas à solução judicial.

É que a vida quase nunca se amolda docilmente às previsões do legislador, nem aceita a rigidez de suas normas como fórmulas infalíveis de compreensão e solução da complexa e multifacetária convivência humana numa sociedade cuja característica dominante é o conflito acima de tudo e não a singela e espontânea busca de comportamento individual pautado segundo o programa do direito positivo.

Aliás, a pretensão de separar, em campos diversos e bem delineados, as medidas cautelares e as de antecipação de tutela, é tarefa que apenas o direito brasileiro, ambiciosamente, almejou. No direito europeu – onde primeiro se sentiu e exaltou a necessidade de incluir nos poderes do órgão judicial o de, em caso de urgência, permitir não só a prevenção, assim também a satisfação provisória da pretensão cuja realização se busca na tutela definitiva de mérito –, o que se fez não foi criar uma nova modalidade de prestação jurisdicional a par da cautelar. Entendeu-se, simplesmente, que a lei poderia perfeitamente

ampliar a tutela cautelar para incluir, dentre as medidas de eliminação do **periculum in mora**, em certos casos, providências que satisfizessem antecipadamente o direito material do litigante, desde que isto fosse indispensável para atingir a plena efetividade da prestação jurisdicional e que ficasse resguardada a possibilidade de reversão, na hipótese de eventual resultado adverso para o beneficiário na sentença definitiva da lide.”

3. Aprecio, portanto, o pedido. No caso dos autos, está afirmado que os juros aplicados aos saldos de contas bancárias, na execução de contrato de abertura de crédito, foram capitalizados mensalmente, o que tem sido repellido, nos termos da Súmula nº 121-STF, além da alegada abusividade de nota promissória em branco a ser preenchida pelos valores arbitrariamente estipulados pelo credor. Estando a matéria **sub judice**, tem o devedor o direito de impedir ou cancelar o protesto do título ou o registro do seu nome em cadastros de inadimplentes, conforme é da nossa jurisprudência.

Em situação assemelhada, assim votei no REsp nº 168.934-MG:

“Os mutuários requereram a declaração judicial de nulidade do instrumento particular de confissão de dívida, indevidamente preenchido pelo banco credor com inclusão de encargos excessivos. Durante o processamento do feito, pediram antecipação parcial da tutela para cancelamento da inscrição do nome dos autores nos serviços de registro de devedores (Serasa, SPC, SDC). O requerimento foi indeferido porque, admitida a existência da dívida, resta incabível a baixa do nome dos devedores nos referidos serviços.

Inegável a conseqüência danosa para aqueles cujos nomes são lançados em bancos de dados instituídos para o fim de proteção do crédito comercial ou bancário. Daí porque, existindo ação que ataque a validade do título, onde se impugna o valor do débito cobrado pelo banco com fundamentos razoáveis, parece adequado que a utilização daqueles serviços, que servem para estigmatizar o devedor, aguarde o desfecho da ação.

Recolho dos autos a fundamentação expendida pelo ilustre Dr. Quintino do Prado:

‘Em curso existe uma ação ordinária declaratória de nulidade de documentos consubstanciada em instrumentos de confissões de dívida, estando, portanto, em discussão a legitimidade do

crédito reclamado. Não poderia o agravado comunicar a inadimplência antes da decisão final, sob pena de submeter a agravante a constrangimento a que alude o art. 42 do CDC.’ (fl. 62).

Posto isso, a não utilização da possibilidade do disposto no art. 273 do CPC, em caso como o dos autos, causou ofensa àquela regra e ao disposto no art. 42 do CDC.

Conheço do recurso, pela alínea **a**, e lhe dou provimento para deferir o requerido à fl. 39 dos autos.”

“Banco de dados. Serasa. SPC. SDC. Inscrição de devedor. Ação de nulidade.

Tramitando ação onde os devedores pleiteiam o reconhecimento da invalidade do título que teria sido preenchido com valores excessivos, mediante argumentação verossímil, pode o juiz deferir a antecipação parcial da tutela para cancelar o registro do nome dos devedores nos bancos de dados de proteção ao crédito. Arts. 273 do CPC e 42 do CDC.

Recurso conhecido e provido.”

Não foi diferente a argumentação exposta no REsp nº 209.478-SC:

“Os precedentes mencionados nos autos referiram-se à impossibilidade de ser feita a inscrição enquanto pendente demanda judicial na qual se discuta a validade de cláusulas contratuais, com reflexo sobre o valor do débito e, muitas vezes, indispensável para a própria caracterização da mora. Essa ação pode ser a de iniciativa do credor, cobrando o crédito, ou do devedor, que vem a juízo através de ação ordinária, consignatória, embargos do executado, etc., para discutir a dívida. Durante a sua tramitação, indevida é a inscrição do nome do devedor, porquanto a relação obrigacional está **sub judice**, e assim tem sido reiteradamente decidido:

‘Sobre a possibilidade de serem inscritos os nomes de devedores em bancos de dados, não há o que discutir. Porém, submetida uma relação jurídica ao exame judicial, versando a lide sobre sua natureza, extensão e valores, a jurisprudência uniforme desta Quarta Turma é no sentido de que a inscrição do devedor

como inadimplente deve aguardar o julgamento da ação (REsp nº 170.281-SC, Quarta Turma, Relator o eminente Ministro Cesar Asfor Rocha, DJ de 21.09.1998; REsp nº 168.934-MG, Quarta Turma, de minha relatoria, DJ de 31.08.1998; REsp nº 172.854-SC, Quarta Turma, de minha relatoria, DJ de 08.09.1998.' (REsp nº 198.032-SC).

‘Processual Civil. Cautelar. Suspensão de medida determinativa de inscrição do nome do devedor no SPC ou Serasa.

I – Não demonstrado o perigo de dano para o credor, não há como deferir seja determinada a inscrição do nome do devedor no SPC ou Serasa, mormente quando este discute em ações aparelhadas os valores **sub judice**, com eventual depósito ou caução do **quantum**. Precedentes do STJ.

II – Recurso conhecido e provido.’ (REsp nº 161.151-SC, Terceira Turma, Relator o eminente Ministro Waldemar Zveiter, DJ de 29.06.1998).”

4. Posto isso, conheço em parte do recurso, pela letra **c**, e lhe dou provimento para deferir o pedido de sustação dos efeitos dos registros negativos existentes contra os autores nos bancos de registros de dados de devedores e em cartório de protesto, feitos com base nos contratos objeto da ação, enquanto pendente a ação ordinária.

É o voto.

VOTO

O SR. MINISTRO SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA: Também acompanho o Ministro-Relator, ao entendimento de que, na espécie, prepondera o aspecto da antecipação da tutela sobre a tutela cautelar, na medida em que o pedido liminar, na realidade, busca a antecipação de parte daquilo que a autora estaria a reivindicar judicialmente.

Mesmo que assim não fosse, todavia, entendo que seria de deferir a medida, considerando que, não obstante as duas figuras sejam bem distintas, a evolução científica tem caminhado no sentido de admitir a fungibilidade em se tratando de tutela de urgência, quando presentes os requisitos, sem embargo da rigidez do sistema adotado no Código de 1973 quanto às cautelares.

RECURSO ESPECIAL Nº 221.083 – SE

(Registro nº 99.0057994-1)

Relator: Ministro Ruy Rosado de Aguiar
Recorrente: Caixa Econômica Federal – CEF
Advogados: Maria Laura Domingues de Oliveira Alcoforado e outros
Recorrido: Norberto Lima dos Santos
Advogados: Luiz Eduardo Ayres de Freitas Britto e outros

EMENTA: Honorários de advogado – Litisconsorte – CEF – União – Exclusão da lide.

Requerida a citação de terceiro, a pedido da ré e contra a vontade do autor, a exclusão daquele permite a condenação da ré ao pagamento dos honorários do patrono do terceiro excluído, pois apenas ela deu causa à despesa. Do contrário, a ré poderia provocar a citação de tantos quantos julgasse conveniente, na certeza de que todo o tumulto indevidamente provocado, além do prejuízo processual, teria suas conseqüências econômicas lançadas à conta do autor, que nada fez e até se opôs a isso.

Recurso não conhecido.

ACÓRDÃO

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

Brasília-DF, 7 de outubro de 1999 (data do julgamento).

Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR, Presidente e Relator.

Publicado no DJ de 17.12.1999.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO RUY ROSADO DE AGUIAR: Norberto Lima dos Santos propôs contra a Caixa Econômica Federal ação de revisão de

contrato de financiamento para a compra e venda de um imóvel. Na contestação, a CEF requereu sua exclusão do pólo passivo e o chamamento da União Federal para integrar a lide na qualidade de litisconsorte passiva necessária (art. 47 do CPC) por tratar-se de financiamento ligado ao Sistema Financeiro da Habitação. Ao manifestar-se sobre a contestação, o autor insistiu na legitimidade passiva da CEF.

Citada a União, esta argüiu que apenas “incentiva a iniciativa privada e regulamenta o SFH, porém, não participa dos contratos”.

A ação foi julgada improcedente, tendo o ilustre Magistrado excluído da lide a União e condenado a CEF a pagar honorários advocatícios de 5% sobre o valor da causa porque a vinda da União teria ocorrido em virtude de requerimento da instituição financeira.

A egrégia Segunda Turma do TRF-5ª Região negou provimento ao apelo da CEF e não conheceu do recurso do autor, conforme a ementa seguinte:

“Civil. Processual Civil. Sistema Financeiro da Habitação. Revisão do contrato. Impossibilidade. Inocorrência de acontecimento extraordinário ou imprevisível. Apelação. Matéria dissociada do decidido. Não conhecimento. Exclusão de litisconsórcio por ilegitimidade passiva **ad causam**. Direito à percepção de honorários advocatícios. Pagamento pela parte que promoveu a citação.

1. Configura-se a possibilidade de revisão do conteúdo contratual, somente quando comprovados acontecimentos extraordinários e imprevisíveis do estado de fato que tornem excessivamente onerosa a prestação.

2. Não se conhece de apelação cujas razões tratam de matéria que se apresenta inteiramente dissociada do que a sentença decidiu.

3. O litisconsorte passivo excluído da demanda, por ilegitimidade para a causa, faz jus a honorários de advogado a serem pagos pela parte que requereu a citação.

4. **In casu**, constatando-se que a União Federal veio ao feito na qualidade litisconsorcial a requerimento da CEF, e, tendo sido, posteriormente, excluída da relação processual diante de sua ilegitimidade passiva **ad causam**, incensurável se apresenta sentença que condenou tal instituição financeira ao pagamento de honorários advocatícios a favor da União Federal.

5. Apelação do particular não conhecida e apelação da CEF improvida.” (fl. 150).

Inconformados, o autor e a CEF manifestaram recursos especiais. O recurso do autor foi julgado deserto na origem.

Em seu apelo (art. 105, III, a, da CF), pretende a CEF a reforma do acórdão a fim de que “seja retirada a parte do dispositivo que condena a CEF ao pagamento de honorários advocatícios à União Federal”, sob pena de ofensa aos arts. 20 e 47 do CPC, que exigem a existência de vencido e vencedor para a condenação na sucumbência. Diz que “a União ingressou no feito na qualidade de litisconsorte passiva da CEF e não como litisdenunciada ou sua ex-adversa. E, sendo litisconsorte, não há falar em honorários advocatícios de uma para outra, pois a parte-autora era seu adversário comum, inexistente litígio entre a CEF e a União, daí desfigurada a sucumbência entre elas. É irrelevante o fato da CEF ser a responsável pela vinda da União ao feito, pois a sua ausência foi reclamada como ocupante necessária do pólo passivo, cujo chamamento, a ser providenciado pelo autor, impunha-se, ante o comando inserto no art. 47 do mesmo diploma processual, sob pena de nulidade”. Observa que o recorrido não se insurgiu contra a determinação de citação da União determinada pelo Magistrado.

Admitido o recurso, sem as contra-razões, vieram-me os autos.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO RUY ROSADO DE AGUIAR (Relator): Trata-se de estabelecer quem pagará os honorários do advogado do terceiro (União) que veio ao processo a requerimento da ré (CEF), por considerá-lo litisconsorte passivo necessário, contra a manifestação do autor, e afinal excluído da lide.

É certo que entre a ré (CEF) e a União não houve uma relação de vencido e vencedor, pois ambos foram colocados na posição de litisconsortes diante do autor. Porém, é inegável que a vinda da União aconteceu a requerimento da CEF, contra o que se manifestou o autor, pleiteando o indeferimento de todas as preliminares postas na contestação, entre elas a da necessidade da citação da União. O fato de não recorrer não significa sua concordância. Também incontestável que o requerimento da CEF estava fundado no seu interesse de lançar contra a União os ônus de eventual procedência

do pedido de revisão do contrato, pois sustentou a sua ilegitimidade passiva. O autor não tinha interesse na ampliação do pólo passivo e se insurgiu contra isso.

Não me parece que a citação de terceiros para a integração da lide, feita a pedido e no interesse da ré com a manifestação contrária do autor, que depois vem a ser excluído da lide porque reconhecida a sua ilegitimidade, possa resultar em maior ônus para o autor, que não provocou essa situação.

Tem aqui boa aplicação o princípio da causalidade, a que a nossa lei não é infensa, pois serve para resolver hipótese como a dos autos. Do contrário, o réu poderia provocar a citação de tantos quantos julgasse conveniente, na certeza de que todo o tumulto indevidamente provocado, além do prejuízo processual, teria suas conseqüências econômicas lançadas à conta do autor, que nada fez e até se opôs a isso.

Assim, tenho que o r. acórdão recorrido não causou ofensa à lei ao atribuir à CEF os honorários devidos ao patrono da União, cuja citação ela indevidamente requereu.

Não conheço do recurso.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL Nº 222.270 – RJ

(Registro nº 99.0060467-9)

Relator: Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira
Recorrente: Maicon da Silva Bento
Advogados: Jorge Rodrigues Fernandes e outros
Recorrida: Transportadora Carima Ltda
Advogados: Jorge Luiz Pereira de Souza e outros

EMENTA: Processo Civil – Embargos infringentes – Agravo retido – Cabimento ou não – Correntes – Tempestividade – Pressuposto de admissibilidade – Apreciação de officio nos juízos a quo e ad quem – Doutrina – Precedentes – Dissídio não demonstrado – Inexistência de violação da lei federal – Recurso desacolhido.

I – Sem embargo da substancial corrente doutrinária em contrário, com a qual se afina a posição do relator, a Turma, por maioria, tem entendido serem admissíveis os embargos infringentes contra acórdão que aprecia agravo retido, sempre que a questão versada estiver inafastavelmente vinculada ao mérito da apelação.

II – Não versando o agravo retido matéria vinculada ao mérito, incabíveis os infringentes mesmo para os que se posicionam na referida corrente. Destarte, deles não conhecendo o tribunal, no caso, permaneceu intacto o direito federal.

III – Não se configura a divergência jurisprudencial, a instaurar o acesso à instância especial, se dessemelhantes as situações de fato descritas no acórdão impugnado e nos arestos trazidos como paradigmas.

ACÓRDÃO

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

Brasília-DF, 9 de novembro de 1999 (data do julgamento).

Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR, Presidente.

Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, Relator.

Publicado no DJ de 17.12.1999.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA: Trata-se de ação de indenização ajuizada pelo recorrente, em virtude de danos morais e estéticos causados por acidente envolvendo um caminhão de propriedade da recorrida.

Acolhida a pretensão em 1ª grau, apelou a ré, justificando a intempestividade do recurso com o furto do veículo do advogado, juntamente com os autos do processo, no último dia para protocolo da petição. “Ante a força maior” (fl. 166), o juiz recebeu a apelação, ensejando a interposição de agravo retido, pelo autor, ora recorrente.

O então Tribunal de Alçada Cível do Rio de Janeiro rejeitou, por maioria, o agravo e deu parcial provimento à apelação, por unanimidade, no concernente ao mérito, apenas para reduzir o montante da indenização por danos morais e estéticos, de mil para quinhentos salários mínimos cada uma.

Em relação à parte unânime, a ré interpôs recurso especial, que veio a não ser admitido na instância de origem.

Contra a parte não-unânime, opôs o autor embargos infringentes, pretendendo firmar a tese da intempestividade da apelação. Admitidos pelo relator do acórdão embargado, o novo relator sorteado negou seguimento ao recurso, em decisão monocrática, por incabíveis contra acórdão que decide agravo retido, tendo restado desprovido o agravo interno (dito “regimental”), em acórdão com esta ementa:

“Processual Civil

Embargos infringentes

São embargáveis apenas os acórdãos proferidos no julgamento de *apelação* ou no de *ação rescisória*, quando não haja unanimidade na votação.

Assim, sobre o *agravo retido* nos autos, que é recurso distinto, embora se julgue na mesma ocasião, descabem os embargos.

Recurso improvido” (grifos originais).

Inconformado, o autor interpôs recurso especial, com base em divergência jurisprudencial, em violação dos arts. 128, 530, 531, 533, 534 e 557, parágrafo único, CPC. Sustenta que pugnou pela intempestividade da apelação da ré nas contra-razões a esse recurso; que não apelou da sentença, razão pela qual não poderia ter argüido o ponto em preliminar de apelação, como afirmou o acórdão; que os embargos infringentes já tinham sido admitidos pelo relator da apelação (acórdão embargado), não podendo o novo relator, posteriormente, ter negado seguimento ao recurso; que o agravo retido se vincula à apelação, não sendo, assim, recurso autônomo; que são cabíveis embargos infringentes contra acórdão proferido em apelação, ainda que se trate de preliminar de intempestividade.

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

O Ministério Público Federal opina pelo não conhecimento do apelo, por incidir, na espécie, o Enunciado nº 83 da Súmula-STJ.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA (Relator): 1. Quanto à apontada violação do art. 128, CPC, carece o recurso do necessário prequestionamento. Sobre os limites da decisão ao conteúdo do pedido não se pronunciou o acórdão, não tendo logrado o recorrente, de seu turno, colher a manifestação da Corte, o que poderia fazer mediante a oposição de embargos de declaração. Destarte, incide, no particular, o Enunciado nº 282 da Súmula-STF.

2. No que diz respeito à alegada ofensa aos arts. 531, 533, 534 e 557, parágrafo único, CPC, o inconformismo se dirige à impossibilidade de o novo relator sorteado para os embargos infringentes negar seguimento ao recurso, monocraticamente, após a admissão deste pelo relator do acórdão embargado.

No caso, a despeito do não conhecimento do recurso, individualmente, o autor-recorrente, ao interpor agravo interno, obteve o julgamento do recurso pelo Grupo de Câmaras Cíveis, órgão competente para a apreciação. Desse modo, carece o autor-recorrente, na espécie, de interesse em anular o pronunciamento monocrático, dado que novamente seria remetido o feito a julgamento pelo mesmo órgão fracionário.

3. Quanto ao mais, a controvérsia reside no cabimento ou não de embargos infringentes contra acórdão proferido em agravo retido. No ponto, o artigo 530, CPC, limita a sua interposição contra julgado proferido em apelação e em ação rescisória. Não obstante a expressa dicção legal, esta Turma, por maioria, vem admitindo também esse recurso contra acórdão que aprecia agravo retido, sempre que envolva questão de mérito ou que ponha fim ao processo.

Sempre divergi desse entendimento, por compreender que a sistemática introduzida pelo Código de Processo Civil de 1973, ao alterar substancialmente a disciplina dos recursos, adotou critério objetivo quanto à natureza das decisões suscetíveis de impugnação e quanto à modalidade recursal cabível contra cada uma delas. A propósito, já me manifestei, dentre outros, nos REsps nºs 7.850-RJ (DJ de 22.04.1991), 15.637-RJ (DJ de 26.10.1992) e 26.899-RJ (DJ de 17.12.1992). Neste último, assinalei, em voto-vencido:

“Em matéria de recursos, o Código de Processo Civil adotou sistemática com critério objetivo: quando se trata de decisão interlocutória, o recurso é o agravo; quando se trata de sentença, seja ela

terminativa ou de mérito, o recurso é a apelação. Se não unânime a decisão nesta proferida, cabíveis os embargos infringentes.”

(...)

“Dentro de tal moldura, parece-me não ser possível, com a devida vênia, o elastério de se permitir a incidência dos embargos infringentes quanto à decisão proferida em julgamento de agravo, mesmo que ela, eventualmente, tenha sido terminativa do feito.

Não conheço do recurso.”

Barbosa Moreira, com sustentação em **Theodoro Júnior, Sérgio Bermudes, Afonso Borges, Tucci e Ennio de Barros**, além de farto aporte jurisprudencial, ensinam:

“Quanto aos acórdãos proferidos em apelação, convém frisar que não abrangem as decisões ‘meramente instrucionais’, como as que se limitam a ordenar diligências, nem as tomadas, preliminarmente ao julgamento do aludido recurso (apelação), sobre o agravo retido nos autos, que é recurso distinto, embora se julgue na mesma ocasião” (Comentários ao Código de Processo Civil, 8ª ed. rev. e atual., Rio de Janeiro: Forense, 1998, nº 284, p. 510).

Esta, no entanto, como assinalado, não é a posição desta Turma, como ementado no citado REsp nº 26.899-RJ:

“Embargos infringentes. Agravo retido. Artigo 530 do Código de Processo Civil.

Admitem-se embargos infringentes em agravo retido, quando a questão neste versada estiver inafastavelmente vinculada ao próprio mérito da apelação.

Recurso especial conhecido e provido.

Voto-vencido.”

No mesmo sentido, decidiu também esta Turma no REsp nº 7.850-RJ, DJ de 22.04.1991, Relator o Ministro Barros Monteiro, com esta ementa:

“Embargos infringentes. Agravo retido.

Se a decisão proferida no agravo retido for concernente ao mérito, cabem os embargos infringentes.

Recurso especial conhecido pelo dissídio pretoriano e provido.”

Destarte, a tese majoritária até aqui firmada nesta Turma, da qual respeitosamente ousou continuar a divergir, é a do cabimento de embargos infringentes em agravo retido quando este versar sobre matéria de mérito. Aliás, recentemente, a Turma se pronunciou sobre o tema, no REsp nº 171.994-MG (DJ de 01.07.1999), de que fui relator:

“Processo Civil. Embargos infringentes. Agravo retido. Cabimento ou não. Correntes. Tempestividade. Pressuposto de admissibilidade. Apreciação de ofício nos juízos **a quo** e **ad quem**. Dissídio não demonstrado. Violação da lei federal. Recurso provido.

I – Sem embargo da substanciosa corrente doutrinária em contrário, com a qual se afina a posição do relator, a Turma, por maioria, tem entendido serem admissíveis os embargos infringentes contra acórdão que aprecia agravo retido, sempre que a questão versada estiver inafastavelmente vinculada ao mérito da apelação.

II – Não versando o agravo retido matéria vinculada ao mérito, incabíveis os infringentes mesmo para os que se posicionam na referida corrente. Destarte, ao deles conhecer, o tribunal de origem vulnerou a lei federal, sendo irrelevante que no mérito desses embargos eventualmente tenha julgado com acerto.

III – A apreciação da tempestividade, pressuposto de admissibilidade da apelação, cabe também ao tribunal destinatário do recurso, independentemente de provocação da parte ou da interposição de agravo.”

4. No caso em exame, entretanto, a questão posta no agravo retido diz respeito a um pressuposto extrínseco de admissibilidade da apelação, qual seja, a tempestividade, apreciável de ofício, independentemente de provocação da parte, pelas instâncias ordinárias. Ou seja: não ocorre preclusão para o juiz que recebe a apelação nem para o tribunal incumbido de julgá-la. O limite para o exercício do juízo de admissibilidade é a publicação do acórdão pelo órgão de 2ª grau (CPC, arts. 463 c.c. 512), sendo ele competente para apreciar os pressupostos de conhecimento do recurso, independentemente de arguição dos interessados.

A propósito, ensina **Nelson Nery Júnior** que “a competência para o juízo de admissibilidade dos recursos é do órgão **ad quem**. Ao tribunal destinatário cabe, portanto, o exame definitivo sobre a admissibilidade do recurso” (Princípios Fundamentais: Teoria Geral dos Recursos, 4ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 222), assinalando, noutro trecho, que “o tribunal pode agir assim porque os requisitos de admissibilidade constituem matéria de ordem pública, devendo ser examinados **ex officio** pelo juiz originário, provisoriamente, e pelo tribunal destinatário, de modo definitivo, independentemente de pedido do recorrido” (ob. cit., pp. 231/232).

Isso significa que o exame da tempestividade da apelação interposta pela ré independia da manifestação de agravo, uma vez que se constitui em preliminar, matéria de ordem pública, da competência do Tribunal de 2ª grau. **In casu**, todavia, manifestado o recurso, o Tribunal fluminense apreendeu o ponto, ao examinar o agravo retido, desprovendo-o, por maioria.

Assim, não versando o agravo retido matéria vinculada ao mérito, mesmo na corrente majoritária desta Turma, eram incabíveis os infringentes. Destarte, deles não conhecendo o Tribunal, permaneceu intacto o direito federal.

5. Quanto à divergência jurisprudencial, os arestos trazidos a confronto (dentre eles, os REspS nºs 26.899-RJ, DJ de 09.11.1992, 7.850-RJ, DJ de 22.04.1991, 8.670-MG, DJ de 13.05.1991 e 79.873-BA, DJ de 05.06.1996, relatores os Ministros Athos Carneiro, Barros Monteiro, Ilmar Galvão e Gomes de Barros) tratam do cabimento de embargos infringentes em agravo retido, quando a matéria neste versada disser respeito ao mérito, ou extinguir o processo, o que, como se viu, não se amolda à espécie. Deste modo, dessemelhantes as situações de fato, não se configura o dissídio pretoriano, a instaurar o acesso à instância especial.

6. Pelo exposto, não conheço do recurso especial.

RECURSO ESPECIAL Nº 222.815 – SP

(Registro nº 99.0061895-5)

Relator: Ministro Ruy Rosado de Aguiar

Recorrente: Construtora João Carlos Della Manna Ltda

Advogados: Francisco José de Macedo Costa e outros
Recorrente: Delfin Rio S/A Crédito Imobiliário
Advogados: Silvana Rosa Romano Azzi e outros
Recorridos: Antônio de Jesus Vieira e cônjuge
Advogado: Marcus Vinícius Perello
Recorridos: João Stabelin e cônjuge
Advogado: José Custódio Filho (curador especial)
Assistentes: Osmar Barone e cônjuge
Advogados: Néelson Godoy Bassil Dower e outros

EMENTA: Dação em pagamento – Nulidade.

Decretada a nulidade do ato de dação em pagamento, feito por terceiros em favor do devedor, permanece o crédito contra este.

Hipoteca – Cancelamento – Nova inscrição.

A nova inscrição da hipoteca somente valerá depois da sua renovação, daí a necessidade de se comprovar a inexistência de outros registros porventura feitos entre o cancelamento e a restauração.

Recursos não conhecidos.

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 dos recursos. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Aldir Passarinho Junior, Sálvio de Figueiredo Teixeira, Barros Monteiro e Cesar Asfor Rocha.

Brasília-DF, 7 de outubro de 1999 (data do julgamento).

Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR, Presidente e Relator.

Publicado no DJ de 16.11.1999.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO RUY ROSADO DE AGUIAR: Delfin S/A – Crédito Imobiliário promoveu ação ordinária contra a Construtora João Carlos

Della Manna Ltda e outros, sob as seguintes alegações, sintetizadas no relatório da r. sentença, **verbis**:

“... em 23 de outubro de 1973, a autora firmou com a co-ré Construtora João Carlos Della Manna Ltda, através de instrumento particular, o contrato denominado de ‘mútuo a empresário para construção de edifício, com caução de direitos’, e a autora financiou à co-ré a importância correspondente a 54.578, 14306 UPCs, para a construção de um prédio de apartamentos na Av. Pacaembu nº 746. A ré assumiu a obrigação de resgatar a dívida até 23 de abril de 1975.

Em garantia, o imóvel foi gravado com primeira hipoteca. Ocorreram aditamentos ao contrato com a suplementação de crédito à ré e prorrogação do prazo para pagamento do débito, tendo sido o imóvel gravado com hipoteca constituída em segundo lugar, e em reforço da garantia foi gravado com primeira e segunda hipoteca, o imóvel situado na rua Cristalândia nº 177, nesta Capital.

No último aditamento firmado em 31 de dezembro de 1976, foi fixado o prazo para a quitação da dívida em 31 de dezembro de 1977, e a co-ré Construtora João Carlos Della Manna confessou dever à autora a importância correspondente a 138.710,19340 UPC's. A co-ré Construtora deu em primeira hipoteca, uma área de terras de 21.696m², situada no Município de Cotia e uma gleba de terras situada no Município de Guaraqueçaba/Paraná.

A co-ré Construtora não liquidou o débito na data fixada em 31 de dezembro de 1977.

Através de escritura pública de dação em pagamento e cessão de crédito, firmada em 11 de janeiro de 1980, a co-ré Construtora reconheceu ser devedora da dívida correspondente a 222.068,07142 UPC's (equivalente a Cr\$. 108.331.467,28). Nesse ato notarial, os co-réus, pessoas físicas, para liquidação de parte do débito, entregaram à autora (pelo valor de Cr\$ 90.516.000,00), em dação em pagamento, o imóvel designado de nºs 10 e 11, localizado no Sítio Caveiras, Município de São Bernardo do Campo.

Na mesma escritura pública, em virtude da dação em pagamento, a autora cedeu parte de seu crédito no valor de Cr\$ 85.431.000,00 aos co-réus, pessoas físicas. Como o bem entregue em dação em pagamento possuía um valor superior ao crédito cedido a autora devolveu aos co-réus, pessoas físicas, a importância de Cr\$ 5.085.000,00.

A co-ré Construtora também confessou que devia à autora a importância de Cr\$ 22.900.467,28 correspondente a 46.943,54033 UPC's, e pagou o débito entregando em dação em pagamento o imóvel situado na Comarca de Cotia que havia sido gravado com primeira e segunda hipotecas.

Os bens dados em dação em pagamento estavam livres de quaisquer ônus. Mas, foi ajuizada ação de manutenção de posse pela Sociedade Civil Indústria Brasileira de Automóveis Presidente contra a autora, e em incidente de falsidade foi declarada nula a escritura de dação em pagamento lavrada em 11 de janeiro de 1980 e por decisão judicial a autora perdeu a posse e a propriedade do bem.

Em virtude da evicção, as partes voltaram ao estado anterior, restabelecendo a obrigação principal da co-ré Construtora e tornando ineficaz a cessão de crédito, voltando a autora a ser a credora do crédito cedido. Requereu a condenação à restituição do crédito cedido aos co-réus João Stabelin e s/m Guiomar Detogni; Sérgio Botelho de Kraus; Antônio de Jesus Vieira e s/m Maria Irene Battista dos Santos e a devolução da importância de Cr\$ 3.434.840,00 corrigida; condenação da co-ré Construtora João Carlos Della Manna ao pagamento da importância correspondente a 175.124,431109 UPC's; e o restabelecimento das garantias hipotecárias; requereu ainda a procedência da ação com os ônus sucumbenciais decorrentes." (fls. 439/441).

A ação ordinária movida pela autora foi julgada parcialmente procedente, condenada a co-ré Construtora João Della Manna a pagar à demandante a importância correspondente a 175.124,431109 UPC's, bem como os co-réus João Stabelin e s/m, Sérgio Botelho de Kraus, Antônio de Jesus Vieira e s/m a restituírem à autora a importância de Cr\$ 3.434.840,00, convertida em moeda vigente e corrigida desde o ajuizamento da ação. Os juros de mora devem incidir a partir da citação. Outrossim, julgou improcedente o pedido de restabelecimento das hipotecas dadas em garantia pela co-ré Construtora João Della Manna.

As partes apelaram e a egrégia Sétima Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, por votação unânime, rejeitou as preliminares, negou provimento aos recursos dos réus e deu provimento parcial ao recurso da autora, em acórdão com a seguinte ementa:

“Prescrição. Inocorrência. Evicção. Prescrição vintenária. Art. 177, CC. Preliminar rejeitada.

Ação. Condições. Carência. Inocorrência. Hipótese em que, na ação possessória, foi requerida e indeferida a denunciação à lide dos co-réus. Ademais, há jurisprudência no sentido de que a falta de denunciação à lide não implica perda do direito material. Preliminar rejeitada.

Cerceamento de defesa. Inocorrência. Ausência de demonstração de que provas ainda poderiam produzir, capazes de modificar a sentença, esta assentada nas provas documentais já constantes dos autos. Ademais, eventual prova oral jamais poderia elidir a inquestionabilidade da prova documental existente. Preliminar rejeitada.

Evicção. Ressarcimento do prejuízo sofrido pelo evicto. Admissibilidade. Obrigação que tem por fundamento o fato de ser nula a venda, por falta de objeto, desde que a coisa foi evicta. Ademais, tais prejuízos devem ser suportados exclusivamente pelo transmitente do bem adquirido. Hipótese em que, porém, com o restabelecimento da situação primitiva, são devidos todos os acréscimos pactuados pelas partes anteriormente à dação em pagamento. Recursos dos co-réus desprovidos. Recurso da autora provido em parte.” (fl. 676).

O provimento parcial do apelo da autora foi para lhe deferir acréscimos pactuados, desde janeiro de 1980, além de redistribuir os ônus da sucumbência, condenados os réus à devolução de 60% das custas despendidas pela autora e cada um deles pagando honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor em que foram condenados.

Opostos dois embargos de declaração, ambos foram rejeitados, daí os recursos especiais.

No primeiro, interposto pela co-ré Construtora João Carlos Della Manna (fls. 709/716), pela alínea a, alega-se afronta ao art. 535, inciso II, do CPC, arts. 998, 1.107 do Código Civil e arts. 214 e 215 do Código Comercial. Sustenta nulidade do acórdão em face de persistência de omissão. Argumenta que na ação advinda da evicção o que se objetiva é o ressarcimento dos prejuízos sofridos pelo evicto, cuja reparação não deverá ser suportada por qualquer pessoa, mas, exclusivamente, pelo transmitente do bem adquirido. A respeito, embora não fundamente o recurso na alínea c, menciona jurisprudência. Assim, o perdimento do bem não gera, para a autora, o direito de insurgir-se contra a ora recorrente, “na qualidade de devedora

e mera interveniente-anuente na cessão de crédito onde se operou a dação em pagamento para, com base na evicção,” buscar restabelecer a obrigação primitiva, com todos os seus acréscimos e garantias. Na hipótese, a autora não deu quitação do crédito objeto da dação em pagamento, tão-somente o cedeu e transferiu aos alienantes (co-réus); em face da cessão de crédito havida, a recorrente pagou o que devia aos legítimos proprietários, a teor do compromisso de compra e venda quitado de fls. 279/283, saldando integralmente a sua obrigação. Daí não ter havido a quitação do crédito original pela dação, tendo em vista que não foi a recorrente quem entregou o imóvel em dação em pagamento, mas sim terceiros. Se a recorrente, comprovadamente de boa-fé, pagou suas obrigações junto aos cessionários desse crédito, não pode sofrer os efeitos da evicção. Sustenta, ainda, que “a evicção, na dação em pagamento com cessão de crédito, mormente quando o alienante não for o devedor, regula-se pelas disposições da compra e venda. Acarreta a responsabilidade pelo preço, mas não revive a situação anterior à dação em pagamento, possibilitando a cobrança do crédito primitivo, com todos os seus acessórios e garantias.” Finaliza dizendo que ninguém é obrigado a pagar dívida já regularmente quitada, sob pena de **bis in idem** intolerável.

No segundo recurso especial, a autora, também pela alínea **a**, alega negativa de vigência ao art. 998 do Código Civil, sustentando que, “uma vez reconstituída a avença pela evicção, o restabelecimento das garantias e obrigações primitivas e originais são de rigor, inexistindo na legislação distinção entre evicção parcial ou total”, daí o direito da recorrente à integridade de seu crédito. Salieta que lhe cabe retornar à posição que não perdeu pela dação nula, “sendo injurídico recusar-lhe a faculdade de restaurar a inscrição de suas hipotecas, como se não houvessem sido canceladas, com o ressurgimento do crédito hipotecário, em sua totalidade”.

Contra-razões da co-ré Construtora João Carlos Della Manna às fls. 729/733 e da autora às fls. 735/741. Os demais réus não impugnaram os recursos. Às fls. 744/745, manifestação dos assistentes da co-ré Construtora.

Admitidos os dois recursos especiais na origem, subiram os autos a esta Corte.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO RUY ROSADO DE AGUIAR (Relator): Recurso especial da Construtora.

1. Inexiste a apontada nulidade do v. acórdão por omissão quanto aos temas relacionados com os riscos da evicção e os efeitos decorrentes da decretação da nulidade do ato notarial realizado em 1980, no qual foram acordadas diversas disposições a respeito do financiamento e do modo pelo qual ocorreria o seu pagamento. O v. acórdão, assim como já o fizera a sentença, examinou os fatos comprovados nos autos e deles extraiu as consequências jurídicas que lhe pareceram pertinentes, nos termos da legislação civil, e, assim, deu fundamentada solução à causa, embora sem examinar os argumentos expendidos pela ora primeira recorrente, irrelevantes para compor o raciocínio desenvolvido pelos julgadores. Não foram desprezados os fatos mencionados pela recorrente em seus embargos de declaração sobre a responsabilidade do alienante pela evicção, a cessão do crédito da financeira aosadores do bem em pagamento, nem o fato de que a construtora teria solvido suas obrigações junto aos cessionários. Ocorre que a solução ao pedido da autora, nos termos desenvolvidos pela egrégia Câmara, não encontrou obstáculo nessa argumentação.

2. Trata-se de estabelecer se o crédito objeto de dação em pagamento, uma vez anulado o ato de dação, é restabelecido contra a primitiva devedora, ou, apenas, se permanece a obrigação dos terceiros que deram os bens em pagamento.

Se fosse hipótese simples de evicção, não teria dificuldade em afirmar a responsabilidade dos alienantes. Mas ocorre que, no caso, a dação era nula.

O ato notarial de 1980, no qual aconteceu a dação em pagamento, foi declarado nulo no incidente de falsidade quando da ação de manutenção de posse movida pela Sociedade Civil Indústria Brasileira de Automóveis Presidente contra Delfin S/A. O incidente foi julgado procedente pelo Dr. Juiz Federal da 1ª Vara de São Paulo, decisão mantida pela egrégia Terceira Turma do TFR, que dela extraiu o seguinte efeito: “Declarada a nulidade da escritura de compra e venda entre as partes, conseqüentemente, nulos são todos os demais títulos posteriores, baseados na mesma, inclusive a escritura de dação em pagamento” (fl. 139).

O v. acórdão afirmou que, não solvida a obrigação primitiva pela ré, “em decorrência da anulação da escritura de dação em pagamento” (fl. 602), impunha-se restabelecê-la. Na verdade, foi isso o que aconteceu. Em uma operação triangular, em que as partes compuseram seus interesses mediante recíprocas e múltiplas prestações e contraprestações, a construtora, devedora do financiamento, viu-se liberada da dívida diante da Delfin porque

os co-réus, pessoas físicas, transferiram à credora, em dação em pagamento, um imóvel. Desse bem, a Delfin veio a ser desapossada depois de declarada a nulidade do ato de dação, pelo que a credora continua com o seu crédito em aberto. Crédito esse que é contra a construtora, pois é com ela que Delfin mantém um contrato de financiamento, plenamente restabelecido depois de decretada a nulidade do ato de cessão e dação em pagamento. Isto é, tudo o que ficou acordado em 1980 é de ineficácia plena, nos termos do que ficou julgado no incidente de falsidade, em acórdão do egrégio TFR, repondo-se a obrigação de a devedora efetuar o pagamento da sua dívida, pois a cessão do crédito da Delfin aos co-réus integrava o ato nulo.

Portanto, não interessa aqui a tese de que, com a dação em pagamento e cessão de créditos, a construtora se liberara da sua obrigação para com a Delfin, só permanecendo a responsabilidade dos alienantes (pessoas físicas) perante a credora, de acordo com as regras da evicção. É que antes de se examinar o tema da evicção, há a questão da nulidade do ato notarial em que aconteceu a dação. Desfeito esse ato, restabeleceu-se a obrigação primitiva.

– Recurso especial da Delfin S/A

3. Tocante ao apelo da autora, que pretende o restabelecimento das hipotecas constituídas em garantia da dívida, a recorrente não indicou o fundamento legal do seu recurso, deixando de apontar a norma legal que teria sido violada pelo r. acórdão.

Fundando seu pedido no argumento de que o restabelecimento da dívida implicava a necessidade de restauração da garantia real, a recorrente não enfrentou o argumento exposto na fundamentação da r. sentença, depois referendado pela egrégia Câmara, no sentido de que “era ônus da autora demonstrar que as hipotecas dadas em garantia não haviam sido canceladas e a inexistência de outros direitos reais ou transmissão de propriedade”. Incide, pois, o disposto na Súmula nº 283. A questão tinha relevo: ainda que se admita nova inscrição da hipoteca, esta “só valerá de sua data em diante” (Lafayette, Direito das Coisas, p. 605; **Lacerda de Almeida**, Direito das Coisas, 11/347). No caso dos autos, novos registros foram feitos, e uma das propriedades foi objeto de posterior loteamento (sentença, fl. 447), sendo que a renovação da inscrição da hipoteca poderia atingir o interesse de terceiros adquirentes. Por essa razão é que deveria a credora demonstrar a possibilidade da nova inscrição, ao pretender que ela seja determinada pelo juiz.

Posto isso, não conheço dos recursos.

É o voto.