Jurisprudência da Terceira Turma

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 605.950-RJ (2004/0063274-7)

Relator: Ministro Ari Pargendler
Agravante: Carvalho Hosken S/A Engenharia e Construções
Advogados: Alessandra da S C de Souza Baptista
José Gagliardi
Agravado: Cirilo Vaz Caldas e cônjuge
Advogado: Ricardo Adolfo Labanca Bastos e outros

EMENTA

Civil. Dano moral. O só inadimplemento contratual não caracteriza o dano moral. Agravo regimental provido em parte.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, dar parcial provimento ao agravo regimental nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Carlos Alberto Menezes Direito, Castro Filho e Humberto Gomes de Barros votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausente, ocasionalmente, a Sra. Ministra Nancy Andrighi.

Brasília (DF), 15 de fevereiro de 2007 (data do julgamento).

Ministro Ari Pargendler, Relator

DJ 19.03.2007

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Ari Pargendler: O agravo regimental ataca a seguinte decisão da lavra do Ministro Pádua Ribeiro:

> Trata-se de agravo de instrumento interposto contra decisão denegatória de seguimento a recurso especial, fundado nas alíneas **a** e **c** do permissivo constitucional, contra acórdão assim ementado:
>
> > Apelação Cível. Ação ordinária. Sentença que julgou procedente, em parte, o pedido, para anular o contrato celebrado, condenando a ré a restituir as parcelas efetivamente pagas, com os acréscimos legais devidos, bem

como multa contratual, correspondente a um aluguel médio, a ser apurado em liquidação. Desajuste no compromisso imobiliário originalmente firmado entre as partes. Desigualdade em cláusulas contratuais, de inequívoco caráter abusivo. Aplicação da lei consumerista. É devida a devolução sob foco, acrescida da multa imposta. Condenação em verba sucumbencial fixada em parâmetros adequados à espécie. Recursos conhecidos. Parcial provimento ao apelo dos autores apelantes, para fixar indenização, por dano moral, em R$ 15.000,00, devidamente corrigida até o efetivo pagamento. Negado provimento ao apelo da ré (fl. 98).

Nas razões do especial, alega a empresa agravante ofensa aos artigos 458 e 535, I e II, do CPC e 40, § 2º da Lei n. 4.591/1964, apontando, ainda, dissídio jurisprudencial. Sustenta, inicialmente, a ocorrência de negativa da prestação jurisdicional, em razão da rejeição dos embargos declaratórios. No mérito, aduz que a sua responsabilidade está restrita aos valores contidos no art. 40, § 2º da Lei n. 4.591/1964.

Inviável, contudo, o agravo.

Registre-se, por oportuno, que não se vislumbra a alegada violação aos arts. 458 e 535 do Código de Processo Civil, por negativa de prestação jurisdicional, pois a Corte local abordou as questões na medida necessária para o deslinde da controvérsia. Sublinhe-se, a propósito, que o órgão julgador não está obrigado a pronunciar-se acerca de todo e qualquer ponto suscitado pelas partes, mas apenas sobre os considerados suficientes para fundamentar sua decisão, o que foi feito. A motivação contrária ao interesse da parte ou mesmo omissa em relação a pontos considerados irrelevantes pelo *decisum* não se traduz em maltrato às normas apontadas como violadas.

Além disso, a questão foi resolvida à luz dos fatos e das provas postos nos autos, bem como pela interpretação de cláusulas contratuais. Em razão disso, a pretensão recursal esbarra necessariamente nos óbices contidos nas Súmulas n. 5 e 7 deste Superior Tribunal de Justiça.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo de instrumento. (Fls. 676/677)

A teor das razões, *in verbis*:

A leitura perfunctória do fundamento-mor do acórdão recorrido conduz a uma inarredável rejeição herética dos embargos declaratórios. Não se encontra nele – busque-se à luz de lanterna – a mais mínima menção ao dispositivo legal em comento. Há uma tese jurídica, relevante e decisiva, que, respondida, positiva ou negativamente, solveria a questão: a exegese correta do § 2º do art. 40 da Lei n. 4.591/1964.

A égide do art. 40, § 2º da Lei n. 4.591/1964 é tema decisivo, e, quanto aos aclaratórios, é oponível à tese do respectivo acórdão, por isso que não há falar-se em abordagem pelo acórdão recorrido na medida necessária para o deslinde da espécie! Com todas as vênias, no mínimo, para evitar a pecha de devedor da inteira prestação jurisdicional ao acórdão proferido nos embargos incumbia complementar, positiva ou negativamente a decisão embargada, considerando a decisiva relevância da tese defendida pela ora agravante, até agora não enfrentada, salvo em alguns precedentes desse eg. STJ, ao qual retornar-se-á adiante, a quando do enfrentamento da alínea **c** do permissivo constitucional. (Fl. 680)

Dando-se de barato seja ultrapassada a ofensa ao art. 535 do CPC, rogando novas vênias, a tese da ora Agravante vem sendo tangenciada por convocação do Verbetes n. 5 e 7 da Súmula do STJ, fato que, via de conseqüência, vem, por vias transversas, redundando na aceitação de uma prestação jurisdicional como a que se depara nestes autos.

(...)

Ressabidamente, em sede de recurso especial não se interpreta cláusula contratual e tampouco se reexamina prova. Ocorre que, neste caso, as instâncias ordinárias aquiesceram com a égide do art. 40, § 2º, da Lei n. 4.591/1964, mas por falha exclusivamente de interpretação do texto legal, findaram por assim decidir:

> anular o contrato de compra e venda celebrado, condenando a ré à restituição das parcelas comprovadamente pagas pelos Autores, devidamente corrigidas a partir de seu efetivo desembolso.

Essa interpretação é dissonante do quanto já decidira esse eg. STJ nos precedentes minudentemente cotejados nas razões de recurso especial, um dos quais, apenas exemplificativamente, transcreveu-se acima de forma bastante a caracterizar plenamente o dissídio. (Fls. 682/685)

VOTO

O Sr. Ministro Ari Pargendler (Relator): O julgamento do recurso especial tem como pressuposto os fatos tais como dimensionados pela instância ordinária.

Na espécie, o tribunal *a quo* decidiu a causa como se a Encol S/A tivesse com Carvalho Hosken S/A Engenharia e Construções uma relação de mera preposição, *in verbis*:

> Percebe-se, sem maior excogitar, que a empresa Ré não pode eximir-se de sua responsabilidade no notório e histórico calote imobiliário, aplicado em um sem

> número de pessoas, pois a paralisação da obra por parte da Encol S/A, bem como suas conseqüências nos compromissos firmados por ambas, não deve atingir mais ainda os Autores, devendo as quantias desembolsadas serem restituídas.
>
> Ora, se recebeu dinheiro dos promitentes compradores e *se o correspondente acervo teria, ao menos, em tese, lhes sido transferido*, as quantias recebidas pela entrega do imóvel devem ser devolvidas, ressalte-se, desde a data em que cada uma das mesmas foi efetuada, sob pena de um indisfarçável enriquecimento ilícito. (Fl. 289, 2º vol.)

Quer dizer, o acórdão não identificou na espécie um contrato de incorporação, seguido de um contrato de administração, cada qual firmado com pessoas jurídicas diferentes.

Bem ou mal, interpretou o contrato como se a Encol S/A recebesse o valor das prestações e os repassasse a Carvalho Hosken S/A Engenharia e Construções.

Diante desse cenário, os embargos de declaração opostos por Carvalho Hosken S/A Engenharia e Construções deveriam ter tentado o redimensionamento das relações jurídicas que manteve com Encol S/A e com Cirilo Vaz Caldas e cônjuge.

Ao invés disso, insistiu apenas no prequestionamento do art. 40, § 2º da Lei n. 4.591 de 1964 (fls. 295/297, 2º vol.).

O tribunal *a quo* enfrentou esse tema ao afirmar que a lide deveria ser resolvida à vista do Código de Defesa do Consumidor (fls. 311/314, 2º vol.).

Nesse contexto, e por essa motivação, o recurso especial não pode prosperar quanto à devolução das quantias pagas por Cirilo Vaz Caldas e cônjuge, os promitentes compradores.

Já, em relação ao dano moral, o recurso especial está bem fundado. O inadimplemento contratual não dá ensejo à indenização pelo dano moral.

Voto, por isso, no sentido de dar provimento em parte ao agravo regimental para excluir da condenação a indenização pelo dano moral, compensados os honorários de advogado em razão da sucumbência recíproca (REsp n. 431.587-AM, do qual fui Relator para acórdão).

RECURSO EM HABEAS CORPUS N. 20.449-RJ (2006/0241683-0)

Relator: Ministro Humberto Gomes de Barros

Recorrente: C V (Preso)

Advogado: José Crescencio da Costa Junior e outros

Recorrido: Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

EMENTA

Recurso ordinário. Prisão civil. Cautelar de arrolamento de bens. Depositário infiel. Exame de prova e matéria controvertida. Prisão domiciliar. Recurso improvido.

• Em *habeas corpus* não há campo para exame de matéria controvertida, e que enseja produção de prova. Precedentes.

• É legal a prisão de depositário judicial que, apesar de intimado a entregar os bens em ação cautelar de arrolamento de bens, deixa de fazê-lo. Precedentes.

• A prisão do depositário judicial pode ser decretada no próprio processo em que se constituiu o encargo, independentemente da propositura da ação de depósito. Súmula n. 619-STF.

• Descumprido, de forma voluntária, o dever de guarda e conservação dos bens arrolados, a infidelidade apresenta-se caracterizada, o que legitima o decreto de prisão civil.

• Recurso improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao recurso ordinário, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Carlos Alberto Menezes Direito e Castro Filho votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausentes, justificadamente, o Sr. Ministro Ari Pargendler e, ocasionalmente, a Sra. Ministra Nancy Andrighi.

Brasília (DF), 14 de dezembro de 2006 (data do julgamento).

Ministro Humberto Gomes de Barros, Relator

DJ 05.02.2007

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros: Recurso ordinário desafia acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro que denegou pedido de *habeas corpus*. O acórdão diz:

> *Habeas corpus*. Depositário fiel. Venda dos bens que estavam sob sua guarda. Declaração do paciente. Prisão legal mantida. Ordem denegada. (Fl. 643)

Em ação de arrolamento de bens, C. V foi nomeado e aceitou o encargo de depositário judicial dos bens que se encontravam no imóvel em que residia com a mãe das autoras, sua ex-companheira. Descumpriu o encargo assumido, porque alienou todos os bens depositados.

O Juízo da 5ª Vara de Órfãos e Sucessões decretou sua prisão civil.

Pediu *habeas corpus* para o Tribunal Fluminense. Alegou que está sofrendo constrangimento ilegal, porque vendeu os bens por necessidade de sua sobrevivência. Pediu para cumprir a pena em regime domiciliar, porque é idoso e tem problemas de saúde.

A ordem foi denegada. Conclui-se que houve descumprimento do *munus* público. O recorrente se encontra preso desde o dia 13 de julho de 2006.

Daí o recurso ordinário para o STJ, onde o recorrente afirma que:

a) não possui renda para sua manutenção, o que o obrigou a vender os móveis que guarneciam a residência para sobreviver;

b) a prisão não foi decretada em procedimento próprio (ação de depósito); e

c) decorre de mero despacho e não de sentença transitada em julgado;

d) não lhe foi dada a oportunidade para entregar os bens ou seu equivalente em dinheiro;

e) sequer existe avaliação dos bens, o que impossibilita a substituição da prisão constritiva por dinheiro;

f) a medida constritiva é desnecessária, porque os bens foram alienados e não podem mais serem entregues.

O Ministério Público Federal, em parecer lançado pelo e. Subprocurador-Geral da República, Dr. Maurício de Paula Cardoso, opinou pelo não-provimento do recurso. (Fls. 675/682)

VOTO

O Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros (Relator): O recorrente está preso a título de depositário infiel, porque vendeu os bens sob sua guarda, sob alegação de estado de necessidade.

A situação financeira do recorrente e a alegação de que a alienação dos bens depositados se deu por estado de necessidade, não pode ser examinada em *habeas corpus*, porque além de controvertida, demandaria produção ou exame de provas. Precedentes: RHC n. 12.983/Barros Monteiro; HC n. 28.881/Gonçalves; HC n. 23.285/Pádua; RHC n. 11.105/Castro Filho.

O recorrente afirma que a prisão civil somente pode ser decretada em ação de depósito, jamais em ação cautelar de arrolamento de bens.

Sem razão.

A Súmula n. 619-STF diz: "A prisão do depositário judicial pode ser decretada no próprio processo em que se constituiu o encargo, independentemente da propositura da ação de depósito."

O STJ já proclamou: o descumprimento pelo depositário da obrigação de restituir bem, objeto de ação cautelar de arrolamento de bens, enseja a decretação da prisão civil. Nesse sentido: HC n. 28.881/Gonçalves; RHC n. 10.076/Direito; RHC n. 16.093/Passarinho.

A prisão civil ocorreu, porque o ora recorrente descumpriu o múnus público: com a confissão do depositário de que alienou todos os bens.

Descumprido, de forma voluntária, o dever de guarda e conservação dos bens arrolados, a infidelidade caracteriza-se. Confira-se nossa jurisprudência:

> I. Legítimo o decreto de prisão do depositário judicial no âmbito de ação executiva, desde que injustificado o descumprimento do dever de guarda e conservação assumido, e desprezada a oportunidade do depósito do valor estimado do bem. II. Desnecessária a ação de depósito para legitimar a prisão do depositário judicial infiel, podendo-se assim proceder no âmbito da ação executiva. III. Ordem denegada. (HC n. 23.842/Aldir Passarinho);
>
> Processual Civil. Recurso ordinário em *habeas corpus*. Depósito judicial. Prisão civil. Possibilidade.
>
> • É lícita a decretação da prisão civil daquele que, tendo aceitado o encargo de depositário judicial, o descumpre. Precedentes.
>
> • Recurso não provido. (RHC n. 13.683/Nancy).

Quanto ao pedido de prisão domiciliar não foi formulado na instância ordinária. O STJ poderia examinar o pedido apenas, em caso de flagrante ilegalidade, sob pena de supressão de instância.

Não há comprovação, de plano, de que o recorrente necessita de tratamento médico especial, impossível de ser ministrado no estabelecimento prisional onde ele está cumprindo a prisão, bem como não visualizei a presença dos requisitos da LEP para concessão do benefício. Em caso semelhante o STJ decidiu:

> 4. No tocante à idade do paciente e ao seu estado de saúde atual, não impede a decretação da custódia, cabendo ao Juiz da causa acompanhar as circunstâncias presentes no caso concreto para estabelecer a melhor forma do cumprimento da prisão e o eventual tratamento médico necessário ao paciente (HC n. 34.131/ Direito).

Cabe ao Juiz da execução, que ainda não examinou o tema, decidir a forma mais adequada para o cumprimento da prisão civil do paciente.

Nego provimento ao recurso ordinário.

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA N. 22.847-MT (2006/0214699-4)

Relatora: Ministra Nancy Andrighi

Recorrente: Antero Paes de Barros

Advogada: Olívia Tonello Mendes Ferreira e outros

T. Origem: Tribunal Regional Federal da 1ª Região

Impetrado: Desembargador Federal Relator do Agravo de Instrumento n. 200501000739903 do Tribunal Regional Federal da 1ª Região

Recorrido: União

Interes.: Julier Sebastião da Silva

Advogado: Waldir Cechet Junior e outro

EMENTA

> Processo Civil. Recurso em mandado de segurança. Possibilidade de impetração do *writ* dirigido diretamente ao Plenário do Tribunal *a quo*, visando a impugnar decisão irrecorrível proferida pelo Relator

que, nos termos do art. 522, inc. II, do CPC (com a redação dada pela Lei n. 11.187/2005), determinou a conversão do agravo de instrumento interposto pela parte, em agravo retido.

• As sucessivas reformas do Código de Processo Civil estabeleceram um processo cíclico para o agravo de instrumento: Inicialmente, ele representava um recurso pouco efetivo, de modo que sua interposição vinha sempre acompanhada da impetração de mandado de segurança que lhe atribuísse efeito suspensivo. Visando a modificar essa distorção, a Lei n. 9.139/1995 ampliou o espectro desse recurso, tornando-o ágil e efetivo, o que praticamente eliminou o manejos dos *writs* para a tutela de direitos supostamente violados por decisão interlocutória.

• O aumento da utilização de agravos de instrumento, porém, trouxe como contrapartida o congestionamento dos Tribunais. Com isso, tornou-se necessário iniciar um movimento contrário àquele inaugurado pela Lei n. 9.139/1995: o agravo de instrumento passou a ser restringido, inicialmente pela Lei n. 10.352/2001 e, após, de maneira mais incisiva, pela Lei n. 11.187/2005.

• A excessiva restrição à utilização do agravo de instrumento e a vedação, à parte, de uma decisão colegiada a respeito de sua irresignação, trouxe-nos de volta a um regime equivalente àquele que vigorava antes da Reforma promovida pela Lei n. 9.139/1995: a baixa efetividade do agravo de instrumento implicará, novamente, o aumento da utilização do mandado de segurança contra ato judicial.

• A situação atual é particularmente mais grave porquanto, agora, o mandado de segurança não mais é impetrado contra a decisão do juízo de primeiro grau (hipótese em que seria distribuído a um relator das turmas ou câmaras dos tribunais). Ele é impetrado, em vez disso, contra a decisão do próprio relator, que determina a conversão do recurso. Com isso, a tendência a atravancamento tende a aumentar, já que tais *writs* devem ser julgados pelos órgãos plenos dos Tribunais de origem.

• Não obstante, por ser garantia constitucional, não é possível restingir o cabimento de mandado de segurança para essas hipóteses. Sendo irrecorrível, por disposição expressa de lei, a decisão que determina a conversão de agravo de instrumento em agravo retido, ela somente é impugnável pela via do remédio heróico.

Recurso especial conhecido e provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas constantes dos autos, por unanimidade, conhecer do recurso ordinário e dar-lhe provimento, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Castro Filho e Carlos Alberto Menezes Direito votaram com a Sra. Ministra Relatora. Ausentes, justificadamente, o Sr. Ministro Ari Pargendler e, ocasionalmente, o Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros.

Brasília (DF), 1º de março de 2007 (data do julgamento).

Ministra Nancy Andrighi, Relatora

DJ 26.03.2007

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Nancy Andrighi: Trata-se de recurso em mandado de segurança interposto por Antero Paes de Barros visando a impugnar acórdão proferido pelo TJ-MT.

Ação: Mandado de Segurança impetrado contra ato judicial praticado pelo Des. Federal João Batista Moreira, relator do Agravo de Instrumento n. 2005.01.00.073990-3 que, com base na regra do art. 522, inc. II, do CPC, determinou a *conversão* do agravo de instrumento interposto pelo impetrante em agravo retido.

O mandado de segurança foi endereçado ao I. Des. Presidente do Tribunal *a quo*, com requerimento de que fosse distribuído à sua Corte Especial.

Ação anterior: O processo que deu origem à controvérsia foi a *ação de indenização por danos morais* promovida pelo Juiz Federal Julier Sebastião da Silva, em face do impetrante, Senador Antero Paes de Barros.

Nessa ação, o autor alegou ter sido injuriado pelo Réu em diversos órgãos de imprensa em Cuiabá-MS em função de ter, no exercício de sua função jurisdicional, proferido decisão que contrariaria os interesses do réu, ora impetrante. Com fundamento em tal alegação, pleiteia indenização por danos morais em patamar entre vinte (20) e quarenta (40) vezes a remuneração mensal de um magistrado.

A ação foi proposta perante a Justiça Federal porquanto, no entender do autor, haveria interesse da União no feito. Provocada a se manifestar pelo juiz da causa, a União corroborou tal afirmação do autor, requerendo seu ingresso

no processo na qualidade de assistente simples. O fundamento foi o de que "o ajuizamento da presente ação, pelo ilustre Juiz Federal, deu-se em virtude de o réu, Sr. Antero Paes de Baros, ter atentado contra a moral do Autor em decorrência de atos praticados por este no exercício de suas atribuições institucionais e legais". O pedido de assistência foi deferido pelo Juízo sem a oitiva do réu.

Essa decisão foi impugnada pelo réu, ora impetrante-recorrente, mediante *agravo de instrumento*. Nesse recurso, alega que "a decisão agravada foi resultado de um artifício reprovável arquitetado pelo Agravado" uma vez que ele teria ajuizado a ação perante a justiça federal "com o nítido propósito de fazer com que o feito fosse julgado por um colega juiz federal, da mesma Seção Judiciária em que exerce a magistratura".

Partindo desse pressuposto, impugna a decisão que deferiu o pedido de assistência com base em três fundamentos: (i) o de que não lhe foi dada oportunidade de se manifestar *antes* do deferimento do pedido de assistência, implicando violação do contraditório; (ii) o de que a decisão que acatou o pedido de assistência não está fundamentada; (iii) o de que há incompetência absoluta da Justiça Federal para julgar o feito.

Decisão: Entendendo que não haveria risco de lesão grave e de difícil reparação, o desembargador a quem foi distribuído o agravo de instrumento *determinou sua conversão em agravo retido*, aplicando a regra do art. 527, inc. II, do CPC, com a redação que lhe deu a Lei n. 11.187/2005.

Daí a impetração do Mandado de Segurança ora objeto de recurso. Nele, o impetrante alega que, em virtude da regra contida no parágrafo único do referido art. 527, a decisão que determina a conversão é irrecorrível, do que decorre o cabimento de mandado de segurança.

Decisão no mandado de segurança: Indeferiu a inicial, sob dois fundamentos: (i) o de que caberia agravo regimental contra a decisão que converteu o agravo de instrumento em agravo retido, de modo que incidiria, à espécie, a Súmula n. 267, do STF; (ii) não haveria ilegalidade, teratologia ou dano irreversível para a parte em decorrência da decisão impugnada.

Agravo regimental: interposto contra a decisão supra referida, teve negado seu provimento pelo Tribunal *a quo*, por acórdão assim ementado:

> Processo Civil. Agravo regimental. Mandado de segurança contra decisão que converteu agravo de instrumento em retido. Indeferimento da inicial. Ausência de ilegalidade, abuso de poder ou teratologia na decisão judicial impugnada. Desprovimento do agravo.

1. Com o advento da Lei n. 11.187/2005, tornou-se obrigatória a conversão do agravo de instrumento em agravo retido, salvo quando se tratar de decisão suscetível de causar à parte lesão grave e de difícil reparação, bem como nos casos de inadmissão da apelação e nos relativos aos efeitos em que a apelação é recebida.

2. É evidente a intenção do legislador de que a decisão acerca da conversão do agravo de instrumento em agravo retido seja decisão irrecorrível, não se vislumbrando a possibilidade de interposição de agravo regimental ou de agravo interno.

3. Em tese, é cabível mandado de segurança contra ato judicial quando a decisão se apresentar manifestamente ilegal ou teratológica, de que possa resultar prejuízo irreparável para a parte, o que não se verifica, neste caso.

4. Agravo regimental a que se nega provimento.

Essa decisão é impugnada mediante o presente recurso, no qual se alega terem sido violados os arts. 522 e 527, II, do CPC.

Parecer do MPF: pelo não provimento do recurso. Eis a ementa:

Recurso ordinário. Mandado de segurança. Ato judicial. Conversão de agravo de instrumento em agravo retido. Ausência de flagrante ilegalidade. Decisão insuscetível de causar lesão grave e de difícil reparação à parte. Não cabimento do *mandamus*. Pelo não provimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Nancy Andrighi (Relatora):

I - Preliminarmente: O recolhimento do preparo

Em sua manifestação de fls. 153 a 157, a União Federal argumenta ser deserto o presente recurso, com fundamento em que as custas respectivas foram recolhidas pelo recorrente apenas no dia seguinte ao do protocolo, e não no ato da interposição.

A deserção, todavia, não pode ser declarada. Conforme se vê a fls. 144, o recolhimento do preparo foi promovido no primeiro dia útil após a apresentação do recurso, sob o fundamento de que "no momento em que o recurso foi protocolado, já havia se encerrado o expediente bancário". Nessas hipóteses, a jurisprudência desta Corte tem se posicionado no sentido de não reconhecer deserção, conforme demonstra, por todos, o seguinte precedente, de minha relatoria:

Bancário e Processo Civil. Agravo no agravo no recurso especial. Ação de embargos do devedor. Apelação. Ausência de preparo. Deserção.

• Afasta-se a deserção quando a apelação é protocolizada no último dia do prazo, após o encerramento do expediente bancário, e o pagamento das custas do preparo foi realizado no dia seguinte ao protocolo do recurso.

Recurso não provido.

Esta relatora não desconhece os precedentes recentes, notadamente da 4ª Turma (REsp n. 631.111-RN, Rel. Min. Fernando Gonçalves, DJ 03.10.2005) e da 2ª Turma (Rel. Min. João Otávio Noronha, DJ de 20.03.2006), nos quais se defendeu que, para que se afaste a deserção do recurso, seria necessária a *comprovação* do encerramento do expediente bancário. Esses precedentes, todavia, enfrentaram hipóteses distintas da presente. Além disso, neste processo, basta observar o carimbo de protocolo que está à fl. 125 para notar que o recurso foi protocolado às 17:25 hs. O encerramento do expediente bancário às 16:00 hs. é de conhecimento notório.

Portanto, não acolho a preliminar de deserção do recurso.

II - Mérito

II.a) O cabimento do mandado de segurança

A norma que deu origem à impetração do mandado de segurança ora objeto de recurso é o art. 527, inc. II, do CPC, bem como o respectivo parágrafo único, que dispõem:

Art. 527. Recebido o agravo de instrumento no Tribunal, e distribuído *incontinenti*, o Relator:

(...)

II - *converterá* o agravo de instrumento em agravo retido, salvo quando se tratar de decisão suscetível de causar à parte lesão de grave e de difícil reparação, bem como nos casos de inadmissão da apelação e dos relativos aos efeitos em que a apelação é recebida, mandando remeter os autos ao juiz da causa;

(...)

Parágrafo único. A decisão liminar, proferida nos casos dos incisos II e III do *caput* deste artigo, ***somente é passível de reforma no momento do julgamento do agravo, salvo se o próprio relator a reconsiderar***.

Antes de ganhar a redação atual, dada pela Lei n. 11.187/2005, essa norma já fora, antes, objeto de inúmeras reformas, promovidas pelas Leis n. 5.925/1973, 9.139/1995 e 10.352/2001. Todas essas alterações tiveram por escopo enfrentar

os problemas que o manejo do agravo de instrumento suscitava, otimizando-o e adequando-o às necessidades do jurisdicionado e aos princípios orientadores do processo civil, em cada época. Assim, algumas alterações acabaram por *ampliar* a utilização desse recurso, como foi o caso da alteração promovida pela Lei n. 9.139/1995; e outras tiveram por objeto *restringi-lo*, como ocorreu com as Leis n. 10.352/2001 e 11.187/2005.

O recurso em mandado de segurança que ora se encontra em julgamento, destina-se especificamente a analisar a mais recente restrição ao agravo de instrumento: a sua conversão em agravo retido, por decisão irrecorrível do relator, e a possibilidade de impugnação de tal decisão pela via do mandado de segurança.

Essa questão assume especial relevo porquanto evidencia a existência de um *ciclo* na regulação do agravo, que agora parece se fechar. Portanto, para a decisão da questão, é importante que se faça, antes, uma breve análise histórica da legislação que regulou o agravo de instrumento, durante o período de vigência do atual CPC.

II.a.1) O período inicial: a interposição de agravo e a impetração concomitante de mandado de segurança.

Inicialmente, conforme o regime original do Código de Processo Civil (e, mesmo, com sua primeira alteração, promovida pela Lei n. 5.925/1973), o agravo de instrumento era um recurso cabível, de maneira ampla, contra qualquer decisão interlocutória. "De todas as decisões proferidas no processo", dizia a lei, "cabe agravo de instrumento". As únicas ressalvas, que permanecem até hoje, eram a dos despachos, que por sua natureza são irrecorríveis, e a das sentenças, cuja impugnação se faz mediante recurso de apelação.

Todavia, nesse modelo inicial o agravo de instrumento era *desprovido de efeito suspensivo* e, a exemplo do que ocorre ainda hoje com os agravos contra decisões que não admitem recurso especial ou recurso extraordinário, era interposto *perante o juízo de primeiro grau*. O tramite do recurso era intrincado: somente após a formação do instrumento, no juízo *a quo*, é que os autos eram remetidos ao Tribunal para julgamento. Tudo isso, naturalmente, tomava muito tempo, inviabilizando o manejo desse recurso para pleitos que revestissem caráter de extrema urgência.

Por causa disso, no período anterior à reforma legislativa de 1995, era comum a impetração de *mandado de segurança concomitantemente ao agravo de instrumento*, sempre que se estivesse diante de decisão judicial que causasse à parte lesão grave ou de difícil reparação. Em que pese alguma oscilação inicial,

a doutrina acabou por admitir, de maneira ampla, o emprego dessa ação de impugnação (sobre o assunto, *vide*, por todos, Tereza Arruda Alvim, *Do Agravo de Instrumetno*, São Paulo: Editora RT, 1991, p. 156 e ss.)

II.a.2) A crise desse modelo e a sua superação, pela Lei n. 9.139/1995.

O modelo inicial do agravo de instrumento, porém, justamente por sua patente falta de efetividade, acabou por entrar em crise. O manejo de mandados de segurança contra decisões judiciais se expandiu de tal maneira, que acabou por ser inevitável a revisão do regime do agravo de instrumento, de modo a torná-lo um meio eficaz de impugnação de decisões interlocutórias cuja reforma demandasse urgência.

Tal alteração foi promovida mediante a Lei n. 9.139/1995. A partir dela, o agravo de instrumento, para ganhar agilidade, passou a ser interposto *diretamente perante o Tribunal ad quem*. Além disso, foram conferidos ao relator poderes expressos para suspender os efeitos da decisão agravada, poderes esses que, por construção jurisprudencial, passaram também a se revestir de caráter *ativo*, transformando-se, em verdadeira *antecipação de tutela recursal* (figura que acabou reconhecida por ocasião da reforma promovida pela Lei n. 10.352/2001).

A alteração do regime do agravo de instrumento reduziu de maneira significativa a utilização do mandado de segurança para impugnação de decisões interlocutórias. O objetivo perseguido pelo legislador, portanto, de reduzir o número de ações de impugnação, foi plenamente atingido. O agravo, da forma como foi reelaborado, contemplava satisfatoriamente os jurisdicionados, do que decorreu acentuado crescimento em sua importância no sistema processual brasileiro.

II.a.3) A conseqüência da ampla admissibilidade do agravo de instrumento: Nova crise do modelo, e nova revisão.

Paralelamente a esse crescimento, todavia, veio o natural afogamento da estrutura judiciária, em segundo grau. Esse risco já era previsto por parte da doutrina. A respeito da questão, comentava, pouco após o início da vigência da nova lei, Cândido Rangel Dinamarco:

> Seria oportuno que a nova legislação viesse a restringir a admissibilidade do agravo pela modalidade de instrumento, reservando-o para casos de efetiva urgência e oferecendo o retido como meio de evitar preclusões no procedimento sem acréscimo de atividades. A doutrina clamava por essa restrição, com boas razões (esp. Barbosa Moreira). O mito da lesão irreparável que supostamente as decisões interlocutórias poderiam sempre causar às partes levara o legislador de 1973 a estender a admissibilidade do agravo de instrumento ao ponto extremo

> de caber contra toda e qualquer decisão interlocutória (art. 522). Lançou-se contra seríssimo postulado do princípio da oralidade, que é a irrecorribilidade das decisões interlocutórias, e aí está o resultado: agravos interpostos abusivamente, a retardar a marcha dos processos em que tirados e a afogar os tribunais na medida da progressão geométrica em que se multiplicam dia a dia. A opção legislativa pelo retido evitaria essa perda de tempo. Sem efeito suspensivo, o agravo de instrumento em si mesmo não oferece soluções rápidas e na maioria das vezes a opção por ele acaba por ser inócua para quem o interpõe.

Procurando mitigar esse problema, novamente foi necessário reformar a legislação processual. Assim, pouco mais de cinco anos após o início da vigência da Lei n. 9.139/1995, o legislador, atuando no sentido oposto ao da reforma anterior, que havia *ampliado* a utilização do agravo de instrumento, houve por bem iniciar um movimento de *restrição* ao cabimento desse recurso, possibilitando ao Relator que o *convertesse* em agravo retido em todas as hipóteses em que a decisão impugnada não representasse perigo de causar à parte "lesão grave ou de difícil reparação".

A idéia, aqui, era a de desafogar os Tribunais sem suprimir, todavia, o direito da parte a uma *decisão colegiada* quanto à matéria. Tanto que a decisão do relator que convertesse o agravo de instrumento em agravo retido era expressamente passível de impugnação mediante agravo interno.

II.a.4) A ineficácia da restrição inicial: Radicalização do modelo de conversão. Irrecorribilidade da decisão de conversão.

A possibilidade de conversão do agravo de instrumento em retido, todavia, notadamente tendo em vista a existência de recurso para impugná-la, não apresentou os resultados esperados. Com efeito, em vez de reduzir o número de recursos, o legislador apenas acabou por *criar a oportunidade para a interposição de mais um*.

Apresentou-se, portanto, a necessidade de aprofundar a reforma. O movimento de restrição do agravo de instrumento, que foi timidamente iniciado em 2001, acaba por se completar com a aprovação da Lei n. 11.187/2005, que, modificando novamente o regime do agravo, dispõe ser *obrigatória* a conversão do agravo de instrumento em agravo retido, e ser *irrecorrível a decisão do relator que promover referida conversão*.

A irrecorribilidade da decisão do relator, em que pese vir ao encontro da recente tendência de tentar solucionar o problema da morosidade do Poder Judiciário mediante a redução do número de recursos no Tribunal, volta, por outro lado, a estabelecer uma situação que a primeira Reforma, de 1995, procurara

eliminar: Novamente há momentos em que a parte, diante da possibilidade de grave lesão a seu direito, encontra-se sem recurso passível de evitar a consumação dessa lesão. *E, tendo retornado a causa, naturalmente com ela retorna o efeito: como era previsível, o Mandado de Segurança volta a ser utilizado.*

Privar o jurisdicionado, por alteração legislativa, do direito à apreciação, por um *órgão colegiado*, da sua alegação lesão de difícil reparação a direito (ou de lesão cuja reparação seja desproporcionalmente onerosa), não retirará dela o anseio pelo pronunciamento desse órgão colegiado. A cultura jurídica brasileira *repudia e sempre repudiou* a consumação de potenciais lesões por ato de uma *única autoridade*. E mais que isso: mesmo do ponto de vista constitucional, tal restrição seria questionável. Nesse sentido, vale reproduzir as palavras de Flávio Luis Yarshall ("Alterações nas regras que disciplinam o agravo de instrumento: primeiras impressões", *Revista do advogado*, n. 84, p. 56/63, esp. p. 62):

> Se, por um lado, a regra pode ser aceita para a hipótese de concessão de efeito suspensivo ou antecipação de tutela recursal ('efeito ativo'), decididamente não deve ser admitida para o caso de conversão do agravo de instrumento em retido. Nessa última hipótese, considerando que o recurso – exatamente porque então retido – somente viria a ser apreciado quando do julgamento da apelação, está claro que, tendo razão o agravante na eleição do regime de instrumento, o reconhecimento disso em nada lhe aproveitaria se isso só ocorresse no julgamento do apelo. Então, o agravo estaria – como de fato estará – irremediavelmente prejudicado.
>
> Ora, parece razoavelmente claro que a Constituição da República outorga aos tribunais – órgãos colegiados – a competência para julgamento de recursos. Portanto, a norma infraconstitucional não pode suprimir o julgamento do recurso pelo órgão colegiado, juiz natural porque constitucionalmente investido da competência para julgar o recurso. A esse propósito, note-se que mesmo nas hipóteses do artigo 557 do CPC, sempre é possível o recurso para o órgão colegiado. No caso do agravo, determinada a retenção, de nada adiantará que, apenas quando do julgamento da apelação, o colegiado eventualmente diga que tinha razão o recorrente. O recurso estará muito provavelmente esvaziado e, em termos práticos, terá sido julgado singularmente.

A utilização do mandado de segurança para essas hipóteses é inevitável. Mesmo porque, sendo uma garantia constitucional, o seu cabimento não poderia ser afastado por legislação ordinária. Nesse sentido opina, ainda Yarshall (p. 58):

> Alterações legislativas, como se sabe, devem considerar a existência de um sistema de meios de impugnação judicial. Isso quer dizer que, ao lado dos recursos – meios de impugnação de decisões judiciais dentro do processo em

> que editadas –, existem as ações autônomas de impugnação que, justamente por ostentarem tal condição, encontram assento constitucional e que, nessa medida, não podem ser simplesmente suprimidas pelo legislador ordinário. Isso significa que eventuais desequilíbrios no sistema recursal podem – e é natural que assim ocorra – acabar desencadeando o emprego de ações autônomas de impugnação.

II.b) Conseqüência do fechamento do ciclo: O Mandado de Segurança utilizado de maneira mais prejudicial ao andamento dos processos, do que no período anterior à Reforma.

Todo o caminho, portanto, que percorremos desde 1995, quando se começou a procurar alterar o regime do agravo de instrumento, acabou por nos conduzir ao mesmo lugar: o Mandado de Segurança utilizado como meio de preencher a lacuna deixada pela inexistência de recursos contra lesão ou ameaça de lesão a direitos.

Agora, porém, há ainda uma enorme desvantagem. No regime anterior a 1995, os *writs* eram interpostos contra decisões proferidas pelos *juízes de primeiro grau*. Assim, a competência para decidi-los era, sempre, dos relatores sorteados, nos Tribunais respectivos.

Como o recurso que foi suprimido pela Lei n. 11.187/2005 não foi, propriamente, o agravo de instrumento, mas o *agravo interno* que anteriormente era interposto contra a decisão do *relator*, a situação, atualmente, acaba por se tornar *pior*: Os mandados de segurança, agora, deverão ser impetrados ao órgão competente para a repressão a atos praticados pelos *desembargadores do próprio Tribunal*. Ou seja, em vez de Mandados de Segurança endereçados aos desembargadores do Tribunal, teremos Mandados de Segurança dirigidos às Cortes Especiais ou aos Plenos dos Tribunais Estaduais e Tribunais Regionais Federais.

O atravancamento da estrutura judiciária, portanto, tende a *se agravar.* A título de exemplo, o Mandado de Segurança *sub judice* foi julgado pela Corte Especial do TRF da 1ª Região e contou com, nada mais, nada menos, que a *declaração de voto expressa de doze* Desembargadores. Tudo isso para apreciar uma decisão unipessoal, proferida pelo Relator, que simplesmente decidiu converter um agravo de instrumento em agravo retido.

Seria muito mais simples e conveniente que tal decisão fosse revista pela Turma, ou pela Câmara que o Desembargador Relator integra, como no sistema anterior. Mas com a vedação imposta pela Lei n. 11.187/2006, não restou outra opção ao jurisdicionado, senão a de utilizar o Mandado de Segurança que, sem dúvida, é cabível nesta hipótese.

III) Os pressupostos para a impetração do Mandado de Segurança

Tendo em vista ser cabível, ao menos em princípio, a impetração de mandado de segurança visando à reversão da decisão do Desembargador Relator que converteu o agravo de instrumento em agravo retido, resta definir quais os pressupostos específicos dessa ação de impugnação, e verificar se eles se encontram preenchidos na hipótese dos autos. Mais precisamente, deve-se verificar: (i) se efetivamente não há recursos contra a decisão impugnada pela via do *mandamus*; e (ii) se há, de fato, lesão ou ameaça de lesão a direito líquido e certo do impetrante.

O Tribunal *a quo* houve por bem não conhecer do mandado de segurança sub judice por considerar ausente o segundo desses requisitos. Resta, saber se agiu com acerto ao fazê-lo.

III.a) A inexistência de recurso ou de correição: o pedido de reconsideração.

O primeiro pressuposto a ser analisado diz respeito ao art. 5º, inc. II, da Lei n. 1.533/1951, que dispõe:

> *Art. 5º.* Não se dará mandado de segurança quando se tratar:
>
> (...)
>
> II - de despacho ou decisão judicial, quando haja recurso previsto nas leis processuais ou possa ser modificado por via de correção.

Essa norma tem de ser analisada sob dois prismas: Em primeiro lugar, deve-se verificar se pode ser qualificado como recurso o *pedido de reconsideração* que a lei faculta seja apresentado ao relator contra a decisão que determinou a conversão do agravo. Em segundo lugar, caso não haja recurso, será necessário ainda aferir se o ato de conversão do agravo pode ser impugnado por via de correição.

III.a.1) Inexistência de recurso. Pedido de reconsideração.

Quanto ao primeiro dos temas, há quem defenda que o pedido de reconsideração previsto pelo art. 527, parágrafo único, do CPC, deve ser formulado mediante a interposição de agravo regimental, recurso esse que não poderia ter sido suprimido pelo legislador sob pena de ofensa à Constituição Federal. Assim, o mandado de segurança que visa a impugnar a decisão de conversão do agravo retido em agravo de instrumento, na verdade, tem de se dirigir contra a decisão que *não admitir o agravo regimental*. Nesse sentido, confira-se, novamente, a opinião de Yarshall (p. 63):

> Portanto, na hipótese de decisão monocrática que ordene a conversão do agravo de instrumento em retido, de duas uma: ou se entende que, diante da inconstitucionalidade do tema, cabe o recurso interno para o órgão colegiado, ou forçoso será admitir o cabimento do mandado de segurança contra o ato do relator, pela inexistência de recurso previsto pela lei.

(...)

A bem da verdade, ilegal e violador de direito líquido e certo - por ofensa à Constituição da República - será o ato do relator que, diante da interposição do recurso interno, negar-lhe apreciação pelo colegiado. Tal constatação define o objeto de eventual mandado de segurança que, embora cabível, restringir-se-á a assegurar que, cassado o ato ilegal, seja preservada a competência do órgão colegiado. Aliás, considerando-se tais limites, não se pode descartar o cabimento de reclamação, instrumento sabidamente adequado para a finalidade de garantir o exercício da competência de determinado órgão. E, no confronto dessas duas medidas, tendo em vista que a reclamação não tem propriamente a natureza jurídica de recurso, não parece despropositado reconhecer uma fungibilidade entre tais remédios, pois, afinal de contas, ambos devem conduzir à preservação da competência do órgão colegiado, para reapreciar a decisão dor elator que tenha, singularmente, convertido um agravo de instrumento em retido.

Na hipótese dos autos, não houve apresentação, pela parte ora recorrente, *nem de pedido de reconsideração, nem de agravo regimental*. O Mandado de Segurança foi impetrado *diretamente contra a decisão que determinou a conversão do agravo de instrumento e agravo retido*. Resta analisar se não há supressão de um recurso, a obstar a apreciação do *writ*.

A resposta é negativa. Por mais coerente que seja, à primeira vista, a defesa de que "ilegal e violador de direito líquido e certo - por ofensa à Constituição da República - será o ato do relator que, diante da interposição do recurso interno, negar-lhe apreciação pelo colegiado", o fato é que não é apenas a Constituição que é passível de ser violada em toda esta situação. *A própria decisão do relator*, de converter o agravo de instrumento em retido *pode causar violação a um direito líquido e certo*. Basta pensar na hipótese em que *estejam presentes os pressupostos* necessários ao conhecimento do agravo de instrumento. Nessa hipótese, a determinação de conversão violaria o direito do agravante de ver a questão imediatamente apreciada, direito esse decorrente da norma do art. 527, inc. II, do CPC. Não havendo recurso previsto pelo ordenamento para a modificação dessa decisão (e não há, ainda que tal inexistência seja inconstitucional, como sustenta o Prof. Yarshall), é impossível restringir o cabimento do Mandado de Segurança.

III.a.2) Correição parcial

Quanto à correição parcial, ela igualmente não poderia ser utilizada na hipótese dos autos. Em que pese tal medida não se encontrar extinta no ordenamento atual, conforme sustenta o Prof. Walter Piva Rodrigues ("Abolir a

correição parcial?", *in Revista do Advogado* n. 81, p. 117/119), ela não se aplica a hipóteses como a que ora se discute.

A correição parcial é medida prevista nos Regimentos Internos dos Tribunais e seu cabimento se prende, via de regra, a hipóteses de *despachos* de mero expediente, proferidos pelo juízo de Primeiro Grau, que ordinariamente não são sujeitos a recursos e provoquem tumulto no andamento do processo.

Assim, a título exemplificativo, no Estado de São Paulo a correição é prevista "para a emenda de erro, ou abusos que importarem a inversão tumultuária dos atos e fórmulas da ordem do processo civil ou criminal, quando para o caso não houver recurso específico", sendo relacionadas duas hipóteses especificas para seu cabimento, quais sejam: (i) "a decisão que nega seguimento a agravo, ainda que intempestivo, salvo o caso de deserção" e (ii) "a decisão de saneamento do processo, sem a prévia apreciação de pedido formal de sua extinção ou de julgamento antecipado da lide".

Disso decorre que a correição é medida com forte caráter administrativo. Tanto que, ainda no regimento interno do TJ/SP, está previsto que "se o caso comportar penalidade disciplinar, a turma julgadora determinará a remessa dos autos ao Conselho Superior da Magistratura, para as providências pertinentes".

Há Tribunais, porém, que sequer prevêem a possibilidade de utilização de correição parcial. Esse é o caso, por exemplo, do TJ/DF.

Tendo isso em vista, dadas as peculiaridades da Correição Parcial, mesmo nos Estados em que ela ainda encontra previsão no ordenamento, não é possível utilizá-la para impugnação da decisão que converte o agravo de instrumento em retido e, portanto, não há como alegar que ela obstaria a apreciação de mandado de segurança contra esse ato.

III.b) Lesão a direito líquido e certo e teratologia da decisão

Finalmente, resta analisar, desta vez com os olhos voltados especificamente à hipótese dos autos, a existência de lesão a direito líquido e certo do impetrante, ou de teratologia da decisão impugnada.

Neste passo, cabe lembrar que o acórdão ora objeto de recurso foi proferido no julgamento de *agravo* contra a decisão que havia, liminarmente, indeferido o mandado de segurança *sub judice*. Portanto, sequer houve o trâmite do *mandamus*, e o que se deverá decidir, aqui, é se esse processo deverá, ou não, seguir até decisão final.

No julgamento recorrido, três orientações foram defendidas pelos juízes integrantes da Corte Especial do Tribunal *a quo*, a saber:

(i) a orientação de que *caberia agravo regimental* contra a decisão que converteu o agravo de instrumento em agravo retido, de modo que o mandado de segurança teria de ser *indeferido*;

(ii) a orientação de que não há recurso e é *cabível o mandado de segurança*, de modo que o mandado de segurança teria de ser processado, com a abertura do prazo para que fossem apresentadas informações, parecer do Ministério Público e, ao final, julgamento;

(iii) a orientação de que, em tese, *caberia mandado de segurança* para impugnar o ato do relator de converter o agravo de instrumento em agravo retido, mas que, *na hipótese dos autos, essa medida não pode ser admitida porquanto não há ilegalidade na decisão impugnada*.

A orientação que prevaleceu, conforme se vê pela ementa do julgado e transcrição das notas taquigráficas (fls. 104/120), foi a descrita no item "iii", supra. Para a maioria dos julgadores, portanto, a discussão acerca da *competência* para o julgamento da ação de indenização proposta por juiz federal em atividade, perante a Justiça Federal, com fundamento em que a União teria interesse em acompanhar o feito na qualidade de assistente simples, *é questão que poderá ser julgada a qualquer momento, sem risco de ocorrência de prejuízo*.

Tal orientação, entretanto, é diametralmente contrária à posição deste Superior Tribunal de Justiça a respeito do assunto.

Com efeito, esta Corte por diversas vezes já se manifestou a respeito da questão, não em causas idênticas à presente, mas no âmbito da interpretação do art. 542, § 3º do CPC, ou seja, em processos nos quais se discutia a *retenção de recursos especiais*. Nessas ocasiões, o STJ sempre tem considerado que o risco de desenvolvimento inútil de todo um processo, perante o juízo incompetente, justificaria a imediata análise da alegação de incompetência. Precedentes nesse sentido: AgRg nos EDcl no Ag n. 766.694, de minha relatoria, DJ de 07.11.2006; REsp n. 227.787, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJ de 18.06.2001; MC n. 3.378, Rel. Min. Menezes Direito, DJ de 11.06.2001; MC n. 2.906, Rel. Min. Waldemar Zveiter, DJ de 12.02.2001.

Em que pese a hipótese dos autos não ser idêntica à enfrentada nesses precedentes, elas se equivalem. Aqui, a discussão diz respeito a estabelecer se a União Federal teria, ou não, interesse jurídico que justificasse sua participação em processo judicial, na qualidade de assistente simples do autor. A decisão dessa questão produz *reflexo imediato na competência para julgamento do processo*, à medida que, caso seja indeferido o pedido de assistência, o processo, que corre perante a Justiça Federal, necessariamente terá de ser remetido para a Justiça

Estadual. Não é possível dizer que não há prejuízos diante de uma hipótese como essa. O julgamento do processo pelo juízo incompetente pode implicar na sua anulação. O risco de prejuízo, portanto, é grave e não pode ser desconsiderado.

Forte em tais razões, conheço do presente recurso e dou-lhe provimento para o fim de: (i) reconhecer a possibilidade de impetrar mandado de segurança diretamente contra a decisão que determina a conversão de agravo de instrumento em agravo retido, desde que se esteja diante de hipótese de lesão grave e de difícil reparação; (ii) reformar o acórdão recorrido, determinando o regular processamento do mandado de segurança *sub judice*.

RECURSO ESPECIAL N. 410.063-PE (2002/0012849-6)

Relator: Ministro Ari Pargendler
Relator para acórdão: Ministra Nancy Andrighi
Recorrente: Fulô Lingotes Comércio e Indústria de Metais Ltda
Advogados: Antonio Vilas Boas Teixeira de Carvalho
Antônio Elias Salomão e outros
Recorrido: Bradesco Seguros S/A
Advogado: Evandro Pertence e outros

EMENTA

Processo Civil. Determinação, no acórdão transitado em julgado, de que a execução fosse promovida por simples cálculo do credor. Hipótese em que o credor, elaborando referido cálculo, encontra valor superior a meio bilhão de reais, como valor que supostamente indenizaria lucros cessantes decorrentes da perda, por 87 meses, de quantia equivalente a U$ 112.024,19. Oposição de exceção de pré-executividade pelo devedor, mediante a alegação de evidente exagero. Remessa do processo ao contador, pelo juízo de primeiro grau. Confirmação, pelo contador, do valor encontrado pelo credor. Manutenção da decisão. Agravo de instrumento interposto. Tribunal que, reformando a decisão recorrida, determina a produção de perícia nos autos da exceção de pré-executividade, antes da realização de qualquer penhora. Interposição de recurso especial, pelo credor. Parcial provimento.

• Nos termos da jurisprudência do STJ, a exceção de pré-executividade somente é cabível em duas hipóteses: (i) nulidade do título executivo; (ii) evidente excesso de execução, constatável independentemente da produção de provas.

• Se é necessária a realização de perícia para a apuração do excesso de execução, não é possível discuti-lo mediante exceção de pré-executividade.

• Na hipótese de execução de valores exageradamente elevados, cuja demonstração dependa de dilação probatória, é possível ao juízo, nos termos da doutrina citada no acórdão, determinar a penhora de valor menor que o exigido pelo credor, de modo que reste garantido o pagamento da parcela incontroversa do débito. O excesso de execução, assim, pode ser discutido posteriormente, mediante embargos do devedor.

Recurso especial conhecido e parcialmente provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas constantes dos autos, prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros, por maioria, conhecer do recurso especial e dar-lhe parcial provimento. Votaram com a Sra. Ministra Nancy Andrighi os Srs. Ministros Castro Filho e Humberto Gomes de Barros. Vencido, em parte, o Sr. Ministro Ari Pargendler. Lavrará o acórdão a Sra. Ministra Nancy Andrighi. Impedido o Sr. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito. Ausente, justificadamente nesta assentada, o Sr. Ministro Ari Pargendler.

Brasília (DF), 03 de abril de 2007 (data do julgamento).

Ministra Nancy Andrighi, Relatora

DJ 21.05.2007

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Ari Pargendler: Nos autos de execução de sentença proposta por Fulô Lingotes Comércio e Indústria de Metais Ltda. (fls. 58/74), o MM. Juiz de Direito ordenou a citação de Bradesco Seguros S/A "... para que pague, em 24 horas, o valor devido ou nomeie bens a penhora...", arbitrando "... os honorários

advocatícios em 10% (dez por cento) do valor devido, para o caso de haver pronto pagamento" (fl. 253, verso, 2º vol.).

O valor devido, segundo o mandado de citação, alcançava, à época (02 de dezembro de 1996), "a importância de R$ 454.269.161,57" (quatrocentos e cinqüenta e quatro milhões, duzentos e sessenta e nove mil, cento e sessenta e um reais e cinqüenta e sete centavos, fl. 254, 2º vol.).

Citada (fl. 254, verso, 2º vol.), Bradesco Seguros S/A – salientando que "não está, muito obviamente, opondo embargos do devedor porque isso só lhe caberia fazer, se necessário, na forma e no momento oportuno" (fl. 267, 2º vol.) e que "o que ela quer, aqui e agora, é que se proceda a uma verificação de conformidade entre o título e a liquidação a que procedeu a própria exeqüente" (fl. 267, 2º vol.) – requereu que fosse:

> (a) deferido o prazo de 20 (vinte) dias para que ela submeta ao MM. Juízo um parecer técnico de renomado especialista, demonstrando a erronia do cálculo indecoroso,
>
> (b) determinada a realização de perícia, facultada às partes a indicação de assistentes técnicos, destinada a verificar a correção do cálculo feito pela exeqüente, e
>
> (c) em qualquer hipótese, que se suste a eficácia do mandado de execução, até posterior deliberação desse MM. Juízo sobre o pedido formulado na inicial (fl. 268, 2º vol.).

Num primeiro momento, o MM. Juiz de Direito Dr. Marcelo Russel Wanderley atendeu o pedido constante da alínea c, encaminhando os autos à Contadoria para a conferência do cálculo, mas, depois, convencido de que "... existe coerência e conformidade entre os valores apresentados na inicial e o cálculo do contador..." (fl. 287, 2º vol.), indeferiu qualquer discussão a respeito, salvo no âmbito de embargos à execução, após seguro o Juízo (fl. 288, 2º vol.).

Na seqüência, o MM. Juiz de Direito determinou a devolução de petição em que Bradesco Seguros S/A requeria a juntada aos autos de dois laudos elaborados por especialistas a respeito do cálculo que instruiu a inicial da execução (fl. 293, 2º vol.), deferindo, a final, pedido de Fulô Lingotes Comércio e Indústria de Metais Ltda. de que se endereçasse ofício "... ao Banco Central do Brasil, através de sua Delegacia Regional nesta cidade do Recife, sob pena de desobediência, para que proceda, incontinenti, o bloqueio na conta-corrente e/ou aplicações financeiras e/ou investimentos e/ou transitórias de qualquer natureza, inclusive reservas técnicas, que a Bradesco Seguros S/A (...) mantém no Banco Bradesco S/A e em outros estabelecimentos bancários junto aos Bancos integrantes do

Sistema Financeiro Nacional (...) até o limite de R$ 565.934.322,54 – quinhentos e sessenta e cinco milhões, novecentos e trinta e quatro mil, trezentos e vinte e dois reais e cinqüenta e quatro centavos, (...) fazendo a remessa dos recursos bloqueados para a Caixa Econômica Federal (...) em depósito em conta de poupança judicial" (fls. 299/302, 2º vol.).

Bradesco Seguros S/A interpôs agravo de instrumento contra as três decisões, a saber: aquela que indeferiu a discussão do título executivo no próprio processo de execução, aquela que ordenou a devolução dos laudos entranhados aos autos e aquela que ordenou o bloqueio de valores e conseqüente remessa à Caixa Econômica Federal, à ordem do Juízo (fls. 14/56, 1º vol.).

Na ausência eventual do relator, o recurso foi despachado pelo Desembargador Macêdo Malta, que reduziu o valor a ser penhorado, *in verbis*:

> ... expeça-se mandado de penhora (com urgência) para constrição imediata da importância de R$ 2.974.040,35 (dois milhões, novecentos e setenta e quatro mil, quarenta reais e trinta e cinco centavos), podendo ser acrescida de juros moratórios (6% a.a.), correção monetária (01) mês, custas judiciais do processo de conhecimento, verba honorária de 20% sobre o valor da condenação (mesmo parcial) e de 100 (cem) salários mínimos, sendo 50 (cinqüenta) para o Perito e o Assistente Técnico da autora, agora credora (exeqüente) e agravada, ensejando reforço de penhora, podendo a credora efetuar o concomitante levantamento (mediante alvará do juízo do 1º grau), desde que se trate de quantia não questionada (fl. 399, 2º vol.).

Prestadas as informações (fls. 427/442, 2º vol.), o Relator, Desembargador Etério Galvão, teve "por não escrita a decisão de fl. lançada pelo eminente "relator substituto" (fl. 447, 3º vol.) e atribuiu "efeito suspensivo ao agravo para determinar a ineficácia das decisões agravadas até o julgamento final do recurso" (fl. 448, 3º vol.).

A final, o tribunal *a quo*, por maioria de votos, deu provimento ao agravo de instrumento nos termos do acórdão assim ementado:

> Execução. Memória de cálculo. Exorbitância. Exceção de pré-executividade. Procedência.
>
> Execução. Acórdão ilíquido. Complexidade. Arbitramento.
>
> Na execução por cálculo, a memória oferecida pelo exeqüente faz conjunto unívoco com a inicial. Em aparentando exorbitância, pode o juiz apreciar a matéria em exceção de pré-executividade.
>
> Ilíquido o acórdão exeqüendo e exigindo-se maiores indagações quanto à sua extensão, impõe-se seja a liquidação procedida mediante arbitramento.

Apelo provido. Decisão por maioria de votos (fl. 662, 4º vol.).

Lê-se no voto do relator:

É verdade que o acórdão exeqüendo, Sr. Presidente, refere claramente que a execução deve ser feita mediante simples cálculo do contador. Ainda assim, me parece que no caso torna-se impossível a execução do julgado pela forma como está no seu dispositivo.

(...)

A matéria que mereceu a decisão de que se agrava constitui-se em verdadeira exceção de pré-executividade. Certo que a tese a respeito, trazida à discussão pela agravante, tem sido aplicada 'só e exclusivamente àqueles títulos imprestáveis, eivados de erros e desnudos dos pressupostos de liquidez, certeza e exigibilidade', consoante argumenta a agravada. Entendo, todavia, que se deva aplicar, também, àquelas execuções em que a memória do cálculo afigure-se desarrazoada. Do contrário, poder-se-ia inviabilizar, como já fiz notar, o direito de embargar a execução por impossibilidade de segurar-se o juízo ou impor ao executado ônus iníquo ao indisponibilizar-se ilegitimamente pela constrição judicial parte substancial de seus bens.

(...)

No caso presente, parece mais razoável entender-se que o v. acórdão determinou a indenização dos lucros cessantes pela ausência no seu capital da importância correspondente à indenização do valor daquele caminhão de lingotes, não paga oportunamente pela Seguradora Bradesco. Melhor entendimento me parece, portanto, que os lucros cessantes a indenizarem-se são os relativos ao capital constituído por essa importância, proporcionais ao lucro auferido pela empresa com o capital que girou no período em discussão. Não esta tarefa a ser resolvida por um simples cálculo aritmético. Antes se me afigura bastante complexa, envolvendo conceitos atinentes não somente às ciências contábeis, às teorias econômicas e às leis do mercado, mas também à conjuntura desse mercado no período compreendido. Ao juiz, técnico em Ciências Jurídicas e Sociais, e ao contador do foro, possivelmente falecerão conhecimentos especializados nessas abrangentes e complexas matérias. Prudente será socorrer-se de quem detenha esse conhecimento especial técnico, o perito.

A conclusão lógica é que a execução não deverá proceder-se por simples cálculo. Impõe-se o seja por arbitramento, por perícia, porque assim o exigem a natureza do objeto da liquidação. Pode-se dizer que o acórdão determinou que fosse feita a execução por simples cálculo do contador, todavia, diria eu '*ad impossibilia nemo tenetur*'. É impossível executar-se este acórdão mediante simples cálculo.

Pelo exposto, dou provimento ao agravo para determinar se faça a execução por arbitramento, impondo-se à executada segurar suficientemente o juízo ao par com o valor arbitrado pela perícia, após a perícia; também, para que se apensem aos autos as petições e documentos desentranhados pela decisão agravada; que se tenha por nula a determinação de bloqueio de numerário da executada, determinada ao Banco Central do Brasil. (fls. 683/691, 4º vol.)

Fulô Lingotes Comércio e Indústria de Metais Ltda. opôs embargos de declaração (fls. 716/747, 4º vol.), respondidos pela Bradesco Seguros S/A (fls. 856/863, 4º vol.), tendo sido acolhidos pelo tribunal *a quo*, Relator o Desembargador Zamir Machado Fernandes, que resumiu o acórdão do seguinte modo:

1) Embargos de declaração. Efeitos infringentes.

2) Acórdão. Omissões e contradições reconhecidas. Decisão em processo de conhecimento que manda proceder-se à execução conforme a norma do art. 604 do C.P.C., enquanto que se manda, no agravo, que se renove a liquidação, e, por arbitramento. Ofensa à coisa julgada.

3) Votos divergentes: a) O primeiro voto, em reapreciando a pretensão e o pedido formulado pelo agravante, o que é próprio destes embargos de declaração com efeitos infringentes: 1) reconhece o erro de cálculo apresentado na execução, nos moldes do art. 604 do C.P.C., por não haver conformidade com o título exeqüendo; 2) e admitindo a exceção de pré-executividade argüida, determina que se proceda à perícia conforme o pedido, nos termos do art. 598 c.c. os arts. 420 e 439 do CPC; b) O segundo voto considera o cálculo referido, corretamente elaborado, e assim sendo indefere o pedido de perícia formulado; c) Por fim, o terceiro voto, como o primeiro, reconhece o erro do cálculo, mas vai mais além e declara a extinção da execução.

4) Interpretação sobre a extensão do julgado. Aplicação do critério da redução ao mínimo, uma vez reconhecida a procedência do pedido. Inteligência do art. 119 do RITJ – PE.

5) Decisão: Por maioria de votos reconheceu-se o erro do cálculo diante da desconformidade do valor apresentado com aquele a ser alcançado conforme o título exeqüendo (redução ao mínimo) e determinou-se que se procedesse à perícia (ainda a redução ao mínimo) nos termos do pedido formulado no agravo de instrumento, por ser esta a conseqüência lógica da pretensão do agravante e do reconhecimento judicial do erro do cálculo, por isto que a própria dinâmica do processo da execução aludida exige esse procedimento (fl. 880, 5º vol.).

Seguiram-se novos embargos de declaração (fls. 02/43, apenso 2), respondidos (fls. 84/91, apenso 2) e rejeitados (fls. 113/151, apenso 2), ainda uma vez renovados (fls. 04/128, apenso 3), respondidos (fls. 523/531, apenso 5) e rejeitados, desta feita com a aplicação da "multa de 1% sobre o valor da causa prevista no art. 18 do CPC" (fls. 539/551, apenso 5).

Fulô Lingotes Comércio e Indústria de Metais Ltda. interpôs, então, recurso especial com base no art. 105, inc. III, letras **a** e **c**, da Constituição Federal, por violação dos arts. 1º, 17, 18, 245, 249, § 1º, 420 a 439, 467, 468, 471, 586, 598, 604, 610, 618, 652, 657, 659, 669, 680, 686, 708, 736 e 737, I, do Código de Processo Civil (fls. 1.233/1.308, 7º vol.).

VOTO

O Sr. Ministro Ari Pargendler (Relator): *O acórdão exeqüendo*

Os autos dão conta de que Fulô Lingotes Comércio e Indústria de Metais Ltda. ajustou com Bradesco Seguros S/A um contrato de seguro, tendo como objeto a cobertura do risco de transporte de duas cargas de lingotes de alumínio (fl. 238, apenso 4). Comprovado o sinistro ("... as mercadorias desapareceram, com os veículos transportadores e os seus respectivos condutores, não chegando o carregamento a seu destino..."), fl. 239, apenso 4) e recusando-se a pagar a indenização convencionada ("... agravamento de risco diante do transporte das cargas ter sido feito por pessoas inidôneas..."), fl. 242, apenso 4), Bradesco Seguros S/A foi condenada judicialmente a fazê-lo (fls. 238/254 e 255/262, apenso 4).

Depois de trabalhosa execução de sentença (fls. 265/306, apenso 4), Fulô Lingotes Comércio e Indústria de Metais Ltda. propôs nova ação contra Bradesco Seguros S/A (fls. 130/154, apenso 3), agora para se ver ressarcida dos "lucros cessantes com base na sua capacidade produtiva durante 87 (oitenta e sete) meses" (fl. 152, apenso 3) mais "indenização pecuniária por danos morais, concordata e seus reflexos no âmbito comercial e patrimonial" da empresa "e seus sócios" (fl. 153, apenso, 3) – bem-sucedida no 1º grau de jurisdição quanto aos lucros cessantes e à indenização do dano moral (fls. 76/88 e 89/90, 1º vol.), reduzida no 2º grau de jurisdição a condenação "... apenas ao pagamento da indenização por lucros cessantes, ou sejam os lucros que a apelada deixou de auferir durante os 87 (oitenta e sete) meses em que ela ficou desfalcada do valor correspondente aos 30.777 kg de lingote de alumínio, face a não-aplicação na empresa do dinheiro da indenização não paga pela apelante na época própria (...), tudo a ser apurado na conformidade do que estipula o art. 604 do CPC" (fl. 134, 1º vol.).

O acórdão atacado pelo recurso especial

À base desse título judicial, complementado por memória de cálculo, Fulô Lingotes Comércio e Indústria de Metais Ltda. requereu que Bradesco Seguros S/A fosse citada para pagar, no prazo de vinte quatro horas, a quantia de R$ 454.269.161,57 (quatrocentos e cinqüenta e quatro milhões, duzentos e sessenta e nove mil, cento e sessenta e um reais e cinqüenta e sete centavos) – fl. 69, 1º vol.

Sob o ponto de vista formal, o procedimento adotado estava de acordo com o julgado, *in verbis*, "*tudo a ser apurado na conformidade do que estipula o art. 604 do CPC*" (fl. 134, 1º vol.), mas foi impugnado pela Bradesco Seguros S/A, tal como narrado no relatório (fl. 268, 2º vol.), com os subseqüentes desdobramentos (fls. 287, 288, 293, 299/302, 2º vol.), que resultaram em um agravo de instrumento (fls. 14/56, 1º vol.), no respectivo acórdão (fl. 662, 4º vol.), integrado por três outros acórdãos proferidos em embargos de declaração (fls. 880/1.031 e 1.031/1.067, 5º vol.; fls. 113/151, apenso 2; fls. 539/551, apenso 5), os primeiros acolhidos com efeitos infringentes (fl. 880, 5º vol.).

Participaram do julgamento do agravo de instrumento o Desembargador Etério Galvão, Relator (voto, fls. 681/691, 4º vol.), o Desembargador Antônio Amorim, vencido, (voto, fls. 692/700, 4º vol.) e o Desembargador Souza Ribeiro (voto, fls. 707/712), prevalecendo o entendimento de que, não obstante o acórdão exeqüendo diga "... claramente que a execução deve ser feita mediante simples cálculo do contador, (...) torna-se impossível a execução do julgado pela forma como está no seu dispositivo" (fl. 683, 4º vol.), parecendo "... curial que a liquidação fosse feita por arbitramento porque assim o exige a natureza do seu objeto" (fl. 683, 4º vol.) – tudo porque "... o v. acórdão determinou a indenização dos lucros cessantes pela ausência no seu capital da importância correspondente à indenização do valor daquele caminhão de lingotes, não paga oportunamente pela Seguradora Bradesco" (fl. 690, 4º vol.), cuja apuração não é "... tarefa a ser resolvida por um simples cálculo aritmético. Antes se me afigura bastante complexa, envolvendo conceitos atinentes não somente às ciências contábeis, às teorias econômicas e às leis do mercado, mas também à conjuntura desse mercado no período compreendido" (fl. 690, 4º vol.). Uma decisão a respeito da memória de cálculo independe de estar o Juízo seguro pela penhora de bens suficientes e pode ser tomada no âmbito da exceção de pré-executividade, porque "... quaisquer óbices à admissibilidade da execução constituem-se em matéria de ordem pública a ser conhecida de ofício ou mediante provocação da parte a qualquer tempo ou grau de jurisdição" (fl. 686, 4º vol.). Ainda que essa via seja, regra geral, restrita ao exame dos títulos imprestáveis, deve ser aproveitada naquelas execuções "... em que a memória do cálculo afigure-se

desarrazoada" (fl. 687, 4º vol.). "A conclusão lógica é que a execução não deverá proceder-se por simples cálculo. Impõe-se o seja por arbitramento, por perícia, porque assim o exige a natureza do objeto da liquidação. Pode-se dizer que o acórdão determinou que fosse feita a execução por simples cálculo do contador, todavia, diria eu, *ad impossibilia nemo tenetur*. É impossível executar-se este artigo mediante simples cálculo" (fl. 690, 4º vol.).

Participaram do julgamento dos *primeiros* embargos de declaração, que foram acolhidos com *efeitos infringentes*, o Desembargador Zamir Fernandes, Relator (voto, fls. 886/901, 5º vol.), o Desembargador Antônio Amorim (voto, fls. 954/1.030, vencido, 5º vol.) e o Desembargador Ed-Ek Gonçalves (voto, fls. 907/921, 5º vol.). Prevaleceu o entendimento de que "... há omissões no acórdão embargado..." (fl. 886, 5º vol.), "... aparentes contradições entre os votos do eminente Des. Etério Galvão e do eminente Des. Benildes Ribeiro (sic, este só participou do julgamento da apelação no processo de conhecimento)..." (fl. 886, 5º vol.) e "ofensa à coisa julgada, eis que o acórdão agravado mandou que a execução se fizesse na conformidade do art. 604 do CPC" (fl. 886, 5º vol.), disso resultando que a memória de cálculo pode ser desqualificada "... se não estiver na conformidade do *decisum*" (fl. 889, 5º vol.), e é do que se trata no caso porque o "... cálculo não corresponde ao preceito contido no *decisum*..." (fl. 894, 5º vol.).

Processualmente, "... temos uma execução proposta na conformidade do art. 604 do CPC..." (fl. 897, 5º vol.), "... uma exceção de pré-executividade..." (fl. 897, 5º vol.), "... um processo de execução suspenso..." pelo efeito suspensivo atribuído ao agravo de instrumento (fl. 898, 5º vol.) e "... um erro essencial do cálculo..." (fl. 898, 5º vol.). Já "... não há que se falar mais em liquidação..." (fl. 899, 5º vol.), porque "... o direito de proceder ao cálculo e promover a execução, na conformidade do art. 604 do CPC...", foi exercido (fl. 899, 5º vol.). "A relação triangular do processo foi estabelecida com a citação da executada e não há mais retorno, tudo agora tem que partir daqui" (fl. 900, 5º vol.). "A nulidade (decorrente da iliquidez do título) é sanável, a teor do art. 249 do CPC" (fl. 900, 5º vol.). "Demonstrado o erro essencial e suspensa a execução, não há a necessidade de se corrigir esse erro. Este é o imperativo da lógica comum e uma exigência mesmo do processo: a execução não pode ficar *suspensa ad aeternitatem*. Há a necessidade de se fazer uma perícia contábil nos livros e escritas da empresa onde se verificará qual foi a produção da empresa em 1984, qual o lucro da empresa naquele ano, e qual o percentual de lucro auferido com o emprego do valor da apólice naquele ano" (fl. 900, 5º vol.).

Participaram do julgamento dos *segundos* embargos de declaração, que foram rejeitados, o Desembargador Zamir Fernandes (voto, fls. 147/151, apenso 2), o Desembargador Ivonaldo Miranda (voto, fls. 114/122, apenso 2) e o

Desembargador Antônio Amorim (voto, fls. 123/138, apenso 2). Prevaleceu o entendimento de que "... não há que se falar, no caso presente, de incidência do art. 604 do CPC ..." (fl. 150, apenso 2), porque, "... estabelecida a relação processual, com a citação do devedor, conforme o art. 652 do CPC, (...) não se poderá mais praticar qualquer ato no processo sem a participação das partes..." (fl. 150, apenso 2). "Procedida a execução na forma do art. 652 do CPC, exsurge daí um fato novo no mundo do Direito, uma ação executiva de processo, de procedimento que deve ser respeitada e, mais, em sendo assim, como é o caso dos autos, foi obedecida a eficácia da coisa julgada com referência à forma de apresentação do valor para a execução do título ordenada na condenação" (fl. 150, apenso 2).

Participaram do julgamento dos terceiros embargos de declaração o Desembargador Zamir Fernandes, Relator (voto, fls. 541/546, apenso 5), o Desembargador Bartolomeu Bueno (voto, fl. 549, apenso 5) e o Desembargador Ivonaldo Miranda (voto, fls. 550/551, apenso 5). Prevaleceu o entendimento de que "não há o que se examinar, não há o que se decidir nesses embargos, porque tudo já foi esclarecido, toda matéria já foi analisada exaustivamente, esses embargos são embargos dos embargos dos embargos" (fl. 546, apenso 5) e, por isso, Fulô Lingotes Comércio e Indústria de Metais Ltda. foi penalizada com "a multa de (1%) um por cento sobre o valor da causa, pela litigância de má-fé, com fundamento no art. 18 do C.P.C." (fl. 549, apenso 5).

Em resumo, o tribunal *a quo* decidiu que a memória de cálculo não estava de acordo com o acórdão exeqüendo (*nulidade do título executivo, art. 618, I, CPC*, fl. 888, 5º vol.) e que podia ser desqualificada por meio de exceção de pré-executividade (*a exigência da penhora de bens supõe título executivo regular, art. 652, CPC*, fl. 899, 5º vol.), subsistindo, no entanto, a execução no modo como iniciada (*nulidade do título executivo sanável segundo o art. 249, I, do CPC*, fl. 900, 5º vol.), isto é, pelo procedimento do art. 604 do Código de Processo Civil (*em respeito à coisa julgada*, fl. 150, apenso 2), dependente embora o respectivo prosseguimento da apuração do *quantum* da condenação mediante perícia ("no interesse proclamado da executada de apontar o erro do cálculo (...) não há outro caminho senão o assegurado pelas normas do art. 420/439 c.c. o art. 598 do CPC", fl. 150, apenso 2).

A preocupação que transparece no julgamento dos *primeiros* embargos de declaração, acolhidos com efeitos infringentes, foi a de evitar a transgressão da coisa julgada quanto ao procedimento de liquidação; "*tudo a ser apurado na conformidade do que estipula o art. 604 do CPC*" – está dito no acórdão exeqüendo (fl. 134, 1º vol.). A emenda, no entanto, ficou pior do que o soneto.

O acórdão proferido no agravo de instrumento, Relator o Desembargador Etério Galvão, resolvera o conflito entre a coisa julgada que obrigara a "... indenização por lucros cessantes ..." (fl. 134, 1º vol.) e a coisa julgada que determinara sua apuração "... na conformidade do que estipula o art. 604 do C.P.C. ..." (fl. 134, 1º vol.), determinando que a liquidação se fizesse por arbitramento. Já o acórdão prolatado no julgamento dos *primeiros* embargos de declaração, relatado pelo Desembargador Zamir Fernandes, a pretexto de observar a coisa julgada, substituiu o arbitramento por uma perícia a ser realizada no âmbito do contraditório, "assegurado pelas normas do arts. 420/439 c.c. o art. 598 do CPC" (fl. 150). Salvo melhor juízo, trocou seis por meia dúzia, com o inconveniente de criar um procedimento de liquidação não previsto em lei.

O recurso especial. Letra **a**.

Art. 604 do Código de Processo Civil ("Quando a determinação do valor da condenação depender apenas de cálculo aritmético, o credor procederá à sua execução na forma dos arts. 652 e seguintes, instruindo o pedido com a memória discriminada e atualizada do cálculo").

O acórdão foi atacado por recurso especial, e as respectivas razões alinham, em primeiro lugar, a ofensa ao art. 604 do Código de Processo Civil, (a) porque "contraria a lei (...) admitir a produção de prova em exceção de pré-executividade" (fl. 1.241, 7º vol.), (b) porque "o erro, denunciado no acórdão recorrido, não é fundamento legal para anular a execução" (fl. 1.249, 7º vol.), (c) porque no processo de execução não se aplicam "regras de processo de conhecimento quando existentes regras específicas" (fl. 1.255, 7º vol.) e (d) porque não se pode repetir "na execução prova realizada na ação" (fl. 1.257, 7º vol.).

Deixando o tribunal *a quo* de aplicar o art. 604 do Código de Processo Civil, não obstante o acórdão exeqüendo a ele se reportasse expressamente – "*tudo a ser apurado na conformidade do que estipula o art. 604 do CPC*" (fl. 134, 1º vol.) –, o flanco a ser explorado era o da coisa julgada. Quem, nas circunstâncias do caso, deixa de aplicar o art. 604 do Código de Processo Civil não afronta essa norma legal, mas o acórdão com trânsito em julgado que ordenou sua aplicação. Conseqüentemente, sob o prisma do art. 604 do Código de Processo Civil, nenhum dos temas acima arrolados pode ser examinado. A despeito disso, a seguir, todos serão apreciados, direta ou indiretamente, por exigência das questões controvertidas.

Art. 245 ("A nulidade dos atos deve ser alegada na primeira oportunidade em que couber à parte falar nos autos, sob pena de preclusão") e *art. 249* ("O juiz, ao pronunciar a nulidade, declarará que atos são atingidos, ordenando as

providências necessárias, a fim de que sejam repetidos, ou retificados. § 1º – O ato não se repetirá nem se lhe suprirá a falta quando não prejudicar a parte").

O tribunal *a quo* decidiu no pressuposto de que "... a executada, pela primeira vez [em que] falou nos autos, apontou o erro e conseqüentemente a nulidade da execução" (fl. 899, 5º vol.) e de que, independentemente disso, "... o juiz não está adstrito aos cálculos oferecidos pelo exeqüente..." (fl. 689, 4º vol.), porque "... quaisquer óbices à admissibilidade da execução constituem-se em matéria de ordem pública a ser conhecida de ofício ou mediante provocação da parte a qualquer tempo ou grau de jurisdição" (fl. 686, 4º vol.) – e fê-lo com acerto, por qualquer perspectiva.

Art. 586 ("A execução para cobrança de crédito fundar-se-á sempre em título líquido, certo e exigível. § 1º - Quando o título executivo for sentença, que contenha condenação genérica, proceder-se-á primeiro à sua liquidação. § 2º - Quando na sentença há uma parte líquida e outra ilíquida, ao credor é lícito promover simultaneamente a execução daquela e a liquidação desta") e *art. 618*, I ("É nula a execução: I – se o título executivo não for líquido, certo e exigível"), *do Código de Processo Civil*.

Nulla executio sine titulo. A contrario sensu, presente o título executivo, autorizado está o processo de execução. Há situações, todavia, em que o título executivo precisa ser previamente liquidado. Quando a determinação do respectivo valor depender apenas de cálculo aritmético, a liquidação é feita de modo privado, por conta e responsabilidade do credor (CPC, art. 604). Se exigir outro tipo de cálculo ou depender de outras provas, a liquidação se processará por arbitramento (CPC, art. 606) ou por artigos (CPC, art. 608). Em outras palavras, é preciso que o título executivo seja exeqüível.

Por isso, adverte José Alberto dos Reis, "... há uma indagação prévia de que o órgão executivo não pode dispensar-se, sem comprometer o exercício escrupuloso da função que lhe está cometida: é a que se traduz no exame da exeqüibilidade do título. O juiz, antes de se embrenhar na via executiva ou consentir que o exeqüente comece a percorrê-la, tem de certificar-se de que se vai entrar num caminho cujo acesso não está vedado; e para se certificar disto, tem de verificar cuidadosamente se o título exibido pelo exeqüente é, na realidade, um título executivo. ... o juiz não pode permitir-se nem permitir o exercício de uma atividade ilegal" (*Processo de Execução*, Coimbra Editora, 1985, 3ª ed., reimpressão, 1º vol., p. 192).

> Se é necessário que a Justiça seja forte, é igualmente necessário que a força seja justa. Quer dizer, o uso da força só é legítimo quando o fim para que se emprega é conforme ao direito (*ib*., p. 68).

No caso, há sentença condenatória e, portanto, título executivo judicial, o mais seguro deles, porque coberto pela coisa julgada. O acórdão que confirmou a sentença explicitou que a condenação deve ser apurada "na conformidade do que estipula o art. 604 do C.P.C." (fl. 134, 1º vol.). Tudo a indicar que o título executivo depende, tão-só, de uma memória de cálculo para dotá-lo de liquidez. Mas o tribunal *a quo* identificou a inidoneidade do cálculo aritmético para essa operação, determinando que a liquidação fosse feita, primeiro, por arbitramento e, depois, por perícia.

Quid juris?

Salvo melhor juízo, o controle da legalidade do acórdão recorrido compreende duas etapas: uma destinada a verificar se, de fato, o cálculo aritmético é inadequado para a liquidação da sentença; outra voltada para o exame da solução adotada.

Uma conclusão a respeito da primeira etapa passa pela leitura da parte dispositiva do acórdão exeqüendo, *in verbis*:

> Acordam os Desembargadores componentes da Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Pernambuco, unanimemente, dar provimento em parte ao apelo interposto, para que a condenação da apelante incida, apenas, no pagamento da indenização por lucros cessantes, ou sejam, os lucros que a apelada deixou de auferir durante os 87 (oitenta e sete) meses, que *(sic)* ela ficou desfalcada do valor correspondente aos 30.777 kg de lingotes de alumínio, face a não-aplicação na empresa do dinheiro da indenização não paga pela apelante, na época própria, cuja importância deve ser apurada, mediante utilização, como parâmetro, do mesmo crescimento que a apelada obteve no exercício de 1984, fazendo-se a inclusão do valor referente aos 30.777 Kg de lingotes de alumínio, no valor da época, e daí por diante utilizando-se os mesmos critérios, até atingir os 07 anos e 03 meses, com a incidência de juros de mora e correção monetária, acrescentando-se os resíduos inflacionários de 14,36% de janeiro/1986 e 42,72% de janeiro/1989, bem como na condenação da apelante no pagamento das custas processuais, honorários dos peritos, na ordem de 100 (cem) salários mínimos da data de pagamento, sendo 50 (cinqüenta) para cada um, e, ainda, na verba advocatícia de 20%, tudo a ser apurado na conformidade do que estipula o art. 604 do CPC, tudo de acordo com as notas taquigráficas anexas, devidamente autenticadas. (Fl. 134, 1º vol.).

Prevaleceu nesse julgamento o voto do Desembargador Zamir Fernandes, a seguir transcrito em parte, salvo no que se refere à liquidação ("Naturalmente que esse valor só poderá ser encontrado em liquidação de sentença, que não

poderá deixar de ser realizada, mesmo se for o caso, como complementação do que já foi feito", fl. 200, 1º vol.), ponto em que Sua Excelência modificou seu ponto de vista (fl. 215, 1º vol.) para acompanhar o voto do Desembargador Souza Ribeiro ("... todos os elementos necessários à efetivação dos cálculos já se encontram nos autos, especialmente na perícia realizada", fl. 213, 1º vol.):

> O valor do seguro dos 30.777 Kg da carga é que deixou de ser aplicado na produção da empresa, a partir de 1985.
>
> Como esse mesmo valor foi aplicado na produção da empresa-apelada, no ano de 1984, como capital de giro, como todo o capital de giro, ou como quase todo o capital de giro, ou como parte do capital de giro, a sua participação na produção da empresa foi 'proporcional' ao seu valor real, nem mais, nem menos.
>
> Assim, o dinheiro do seguro, no ano de 1984, participou da produção da empresa-apelada, na proporção estrita do seu valor real; no percentual 'X' de sua participação, que por sua vez projetou-se no lucro da empresa-apelada, na mesma proporção de 'X'.
>
> É esse percentual de 'X', projetado no lucro da empresa, no ano de 1984, que constituiu o lucro que o dinheiro do seguro não pago deixou de produzir para a apelada, durante os sete (7) anos e (10) meses que esteve em poder da apelante.
>
> Trata-se de lucros cessantes no exato termo da palavra!

Não importa o que aconteceu a partir de 1985; não importam os casos fortuitos: a apelante assumiu o risco disto tudo (art. 1.058, do Código Civil)" – fls. 197/198, 1º vol.

Indaga-se: os elementos necessários ao cálculo aritmético dos lucros cessantes constam do laudo pericial levado a efeito no processo de conhecimento?

Os autos do agravo de instrumento não contêm cópia desse laudo pericial, e os dos apensos têm apenas cópia do que aparenta ser parte de suas peças (fls. 172/179, apenso 3).

Subsiste, por isso, a conclusão do tribunal *a quo* a respeito da incompatibilidade entre a condenação ao pagamento da indenização dos lucros cessantes e a sua apuração por meio do procedimento previsto no art. 604 do Código de Processo Civil.

Art. 467 ("Denomina-se coisa julgada material a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário"), art. 468 ("A sentença, que julgar total ou parcialmente a lide, tem força de lei nos limites da lide e das questões decididas"), *art. 471* ("Nenhum juiz decidirá novamente as questões já decididas, relativas à mesma lide...") e *art. 610* ("É

defeso, na liquidação, discutir de novo a lide, ou modificar a sentença, que a julgou") *do Código de Processo Civil*.

Mas a solução adotada no acórdão proferido no julgamento dos *primeiros* embargos de declaração, como seja, a de submeter a memória de cálculo a uma perícia, não tem precedentes, e só se explica – como já referido – pela preocupação de não enfrentar a coisa julgada que determinara seguisse a liquidação o procedimento previsto no art. 604 do Código de Processo Civil.

O acórdão proferido no julgamento do agravo de instrumento fora ao ponto. A coisa julgada abrange tanto a condenação ao ressarcimento dos lucros cessantes quanto ao modo de apurá-los. A indenização dos lucros cessantes constitui o propósito do julgado; o procedimento para liquidá-los é apenas um meio. O que se faz se o meio é inadequado ao fim ?

O tribunal *a quo* se socorreu de um "tópico jurídico" para resolver a incompatibilidade. Os tópicos jurídicos – nos dizeres de Chaim Perelman – "não passam de argumentos, que são encontrados em todos os ramos do direito e dão o alcance real ao raciocínio jurídico que não quer limitar-se à citação de textos. Alguns afirmam princípios gerais do direito, outros constituem máximas ou adágios, formulados em latim, outros, por fim, indicam valores fundamentais que o direito protege e põe em prática" (*Lógica Jurídica*, Martins Fontes, São Paulo, 2004, 2ª ed., p. 121). A respectiva importância "consiste em fornecer razões que permitem afastar soluções não eqüitativas ou desarrazoadas, na medida em que estas negligenciam as considerações que os lugares permitem sintetizar e integrar em uma visão global do direito como *ars aequi et boni*" (*op. cit.*, p. 120).

"*Impossibilia nemo tenetur*" (Ninguém é obrigado ao impossível) – está dito no acórdão recorrido, valorizando o que, no julgado, é o mais relevante, a indenização. Se ela não pode ser apurada segundo o procedimento do art. 604 do Código de Processo Civil, deve ser liquidada por arbitramento.

Comentando esse tópico jurídico, o citado autor esclarece:

> Não se trata (...) de necessidade e de impossibilidades lógicas, mas de situações que decorrem 'da natureza das coisas' (*ib.*, p. 127).
>
> Quase as mesmas palavras utilizadas no acórdão recorrido, segundo o qual "parece curial que a liquidação fosse feita por arbitramento porque assim o exige a natureza do seu objeto (fl. 683, 4º vol.).

Art. 17 ("Reputa-se litigante de má-fé aquele que: I – deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso; II – alterar a verdade dos

fatos; III – usar do processo para conseguir objetivo ilegal; IV – opuser resistência injustificada ao andamento do processo; V – proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo; VI – provocar incidentes manifestamente infundados; VII – interpuser recurso com intuito manifestamente protelatório") e *art. 18* ("O juiz ou tribunal, de ofício ou a requerimento, condenará o litigante de má-fé a pagar multa não excedente a 1% (um por cento) sobre o valor da causa e a indenizar a parte contrária dos prejuízos que esta sofreu, mais os honorários advocatícios e todas as despesas que efetuou") do Código de Processo Civil.

O modo desordenado como os atos processuais se sucederam após o julgamento dos *primeiros* embargos de declaração, gerando incerteza inclusive sobre quem relataria o respectivo acórdão (fls. 1.032/1.067, 5º vol.), a juntada dos segundos embargos de declaração e respectivo acórdão em volume apenso (fls. 02/93 e 113/151, apenso 2), com inversão na ordem dos votos, e mesmo as obscuridades contidas no julgamento dos *primeiros* embargos de declaração, que não foram esclarecidas, tudo isso autorizava a oposição dos *terceiros* embargos de declaração.

Nesse contexto, o reconhecimento da litigância de má-fé foi um exagero, e, conseqüentemente, indevida a aplicação da multa de 1% sobre o valor da causa.

Arts. 1º, 17, 18, 420 a 439, 598, 604, 610, 652, 657, 659, 669, 680, 686, 708, 736 e 737, I, do Código de Processo Civil

As normas legais contidas nos artigos acima arrolados ou não foram prequestionadas, ou são impertinentes ao *thema decidendum* ou não estão contrariadas no modo como o recurso especial foi decidido.

Recurso especial. Letra **c**.

Reabilitando a autoridade do acórdão proferido nos primeiros embargos de declaração, isto é, para que a liquidação do acórdão exeqüendo se processe por meio de arbitramento, deste modo valorizando a coisa julgada substancial, em detrimento do meio processual de liquidação, fica prejudicada a tentativa de demonstrar a divergência jurisprudencial quanto aos seguintes tópicos: "inadmissibilidade de provas em exceção de pré-executividade" (fl. 1.261, 7º vol.), tendo como paradigma os acórdãos proferidos no REsp n. 143.571-RS (fls. 1.309/1.313) e no REsp n. 7.410-MT (fls. 1.314/1.317); "coisa julgada" (fl. 1.266 e fl. 1.278, 7º vol.), tendo como paradigma o acórdão proferido no REsp n. 29.788-0-SP (fls. 1.318/1.324, 7º vol.); "inaplicabilidade subsidiária, no processo de execução, de norma do processo de conhecimento, em havendo norma específica" (fl. 1.269, 7º vol.), tendo como paradigma o acórdão proferido

no REsp n. 767-GO (fls. 1.325/1.327, 7º vol.); "*reformatio in pejus*" (fl. 1.270, 7º vol.), tendo como paradigma o acórdão proferido no REsp n. 141.335-PE (fls. 1.328/1.334, 7º vol.) e no REsp n. 44.460-8-RS (fls. 1.335/1.339, 7º vol.); "é líquido o título se a determinação do seu valor depende de simples operações aritméticas" (fl. 1.273, 7º vol.), tendo como paradigma os acórdãos proferidos no REsp n. 4.703-MG (fls. 1.340/1.345, 7º vol.), no REsp n. 29.661-8-MG (fls. 1.346/1.350, 7º vol.) e no REsp n. 10.555-PR (fls. 1.351/1.357, 7º vol.); "o contraditório, com ampla defesa, somente pode ser exercido com respeito ao devido processo legal" (fl. 1.281, 7º vol.), tendo como paradigma o REsp n. 143.571-RS (fls. 1.328/1.334, 7º vol.).

Voto, por isso, no sentido de conhecer do recurso especial e de dar-lhe provimento em parte, para determinar que a liquidação do acórdão exeqüendo se processe por meio de arbitramento, excluindo a multa aplicada porque não caracterizada a litigância de má-fé.

VOTO-VISTA

A Sra. Ministra Nancy Andrighi: Trata-se de recurso especial interposto por Fulô Lingotes Comércio e Indústria de Metais Ltda. com fundamento nas alíneas **a** e **c** do permissivo constitucional.

Ação: de execução, na qual foi interposto agravo de instrumento cujo acórdão é impugnado neste recurso especial.

Origem: A recorrente Fulô Lingotes havia proposto, em face da recorrida Bradesco Seguros, uma ação visando a obter indenização securitária pelo extravio de 30.777 quilos de lingotes de alumínio. Após julgada procedente essa ação, com o pagamento da indenização pleiteada (US$ 112.027,49), novo processo foi instaurado por Fulô Lingotes. Desta vez, sua pretensão era de receber o valor dos lucros cessantes decorrentes da falta, por 87 meses, em seu capital de giro, do valor da indenização securitária cujo pagamento Bradesco Seguros inicialmente se recusara a promover.

Esta segunda ação foi julgada procedente em primeiro e segundo graus, restando assim ementado o acórdão que a julgou definitivamente:

> Apelação cível. Indenização. Demora no pagamento de seguro. Lucros cessantes. Danos morais. Prescrição. Condenação *ultra* e *extra petita*. Apelo acolhido em parte.
>
> Agravo Retido rejeitado, vez que não se pode reapreciar matéria já decidida, através de sentença transitada em julgado. À unanimidade de votos.

> Preliminar de prescrição que se rejeita, já que os prejuízos causados à empresa estão vinculados ao retardamento no pagamento da indenização e não à indenização complementar ao contrato de seguro. À unanimidade de votos.
>
> No mérito, acolher, em parte, o Apelo para excluir da condenação a indenização correspondente aos prejuízos sofridos pela empresa segurada, durante os exercícios de 1985, 1986, 1987, 1988, 1991 e 1992, já que não existe, na peça inicial, formulação nesse sentido, bem como para reduzir o percentual do resíduo inflacionário, aplicável no mês de janeiro de 1989, para 42,72% e afastar da condenação a indenização por danos morais, face à insuficiência de provas, ficando, finalmente, quanto ao mais, mantida a sentença condenatória, especialmente no que diz respeito aos lucros cessantes, pela falta do valor do dinheiro não pago na época devida e que devem ser apurados tomando-se como parâmetro o lucro obtido pela empresa seguradora no exercício de 1984, com a inclusão do valor da mercadoria indenizada em cada período, com iniciação no exercício de 1985 até atingir os oitenta e sete (87) meses, e, na conformidade do art. 604 do CPC. Decisão à unanimidade de votos.

Esse acórdão foi impugnado por recurso especial que teve seu seguimento negado pelo Tribunal de origem. Dado o não conhecimento, pelo STJ, do agravo de instrumento interposto contra referida decisão, o acórdão acabou por *transitar em julgado*.

O que há de mais importante nesse *decisum*, todavia, especificamente para os fins deste recurso especial, é observar que *ele determina, em seu dispositivo, que a liquidação dos lucros cessantes experimentados pelos autores fosse feita mediante simples cálculo, conforme art. 604 do CPC*.

Execução: proposta por Fulô Lingotes, mediante elaboração de cálculo pelo qual o valor total da dívida a ser paga, a título de lucros cessantes decorrentes da perda, por 87 meses, de US$ 112.027,49 no capital de giro da recorrida, equivaleria à significativa quantia de R$ 454.269.161,57 (quatrocentos e cinqüenta e quatro milhões, duzentos e sessenta e nove mil, cento e sessenta e um reais e cinqüenta e sete centavos).

Em face dessa execução, três petições foram apresentadas pela recorrida, antes de qualquer penhora.

A pretensão da exeqüente foi inicialmente impugnada pela recorrida mediante petição na qual procura evidenciar a desproporção entre o cálculo elaborado e o critério exposto pelo acórdão recorrido. Nessa petição foi requerido, outrossim, concessão de prazo para apresentação de pareceres.

O Juízo de Primeiro Grau determinou a remessa dos autos ao contador do juízo, o que motivou a apresentação de uma segunda petição por parte da executada, porquanto se trataria de cálculo impossível de ser elaborado por contador. Finalmente, uma terceira petição foi apresentada pela executada, na qual são apresentados pareceres atestando os equívocos do cálculo promovido.

Decisões: inicialmente, o Juízo de Primeiro Grau determinou a suspensão das execuções e a remessa do processo ao contador. Posteriormente, com o retorno do processo e a confirmação, pelo contador, da coerência do cálculo elaborado, ordenou o prosseguimento da execução, determinando o *desentranhamento* das petições mediante as quais haviam sido juntados pareceres que evidenciavam o exagero do cálculo do credor. Finalmente, determinou-se o bloqueio de todas as contas, inclusive reservas técnicas, da Bradesco Seguros, ora recorrente, até o valor da execução.

Agravo de instrumento: interposto visando à impugnação das três decisões. Inicialmente, dada a ausência do desembargador relator, o efeito suspensivo foi apreciado por desembargador substituto, que o deferiu para o fim de determinar a permanência dos documentos cujo desentranhamento fora inicialmente determinado, bem como para reduzir a penhora ao montante de R$ 2.974.040,35, mais acréscimos legais (fls. 398/400).

Posteriormente, o relator a quem o recurso fora originalmente distribuído, ponderando que reputava "não escrita" a decisão proferida pelo relator substituto, reapreciou o pedido de efeito suspensivo e concedeu-o de maneira mais ampla, suspendendo todas as decisões agravadas (fls. 444/448).

Acórdão: deu provimento ao agravo de instrumento (fls. 662/713), nos termos da seguinte ementa:

> Execução. Memória do cálculo. Exorbitância. Exceção de pré-executividade. Procedência.
>
> • Execução. Acórdão ilíquido. Complexidade. Arbitramento.
>
> • Na execução por cálculo, a memória oferecida pelo exeqüente faz conjunto unívoco com a inicial. Em aparentando exorbitância, pode o juiz apreciar a matéria em exceção de pré-executividade.
>
> • Ilíquido o acórdão exeqüendo e exigindo-se maiores indagações quanto à sua extensão, impõe-se seja a liquidação procedida mediante arbitramento.
>
> • Apelo provido. Decisão por maioria de votos.

Primeiros Embargos de declaração: opostos pela exeqüente, Fulô Lingotes (fls. 716/747). Argúi entre outras matérias, a existência de contradição entre os votos do Des. Relator e do Des. Souza Ribeiro, que o acompanhou. Isso porque

no voto do relator, o agravo teria sido provido para determinar a *liquidação do título executivo por arbitramento*, enquanto no voto do Des. Souza Ribeiro apenas se falou em "determinar que seja feita a devida verificação dos cálculos apresentados, de forma a se apurar o valor efetivamente devido pela Agravante, tudo como estipulado no acórdão recorrido." Posteriormente, os embargos foram aditados pela Fulô Lingotes (fls. 749/754).

Respondidos os embargos (fls. 856/863), estes foram ele acolhidos, com efeitos infringentes, pelo Tribunal *a quo*.

O julgamento desse recurso, todavia, foi muito tumultuado. Durante a sessão, surgiu uma dúvida a respeito de qual dos desembargadores deveria ficar incumbido da relatoria do processo. Inicialmente, o relator era o Des. Zamir Fernandes, que votou no sentido de conhecer e prover os Embargos de Declaração, conferindo-lhes efeitos infringentes para determinar a realização de perícia para apuração do crédito exeqüendo. O Des. Antônio Amorim votou no sentido de prover os embargos de declaração, conferindo-lhes efeitos infringentes para modificar o julgamento de maneira completa, mantendo-se a decisão de primeiro grau, que fora agravada. E o Des. Ed Ek Gonçalves votou no sentido de não extinguir a execução. No bojo de tal controvérsia, por sugestão do Des. Zamir Fernandes, foi designado relator para acórdão o Des. Antônio Amorim, que inicialmente aceitou o encargo.

Todavia, mediante Embargos de Declaração (fls. 868/873), a Bradesco Seguros chamou a atenção para a incoerência dessa determinação, uma vez que, de todos os que participaram do julgamento, o único que restara *integralmente* vencido fora o Des. Antônio Amorim, que acabou por ser quem ficou incumbido da relatoria do feito. Tal irresignação foi acolhida e o Des. Zamir Fernandes novamente foi designado para elaboração do acórdão. Eis a ementa do julgado (fls. 880/1.067):

> 1) Embargos de Declaração. Efeitos infringentes.
>
> 2) Acórdão. Omissões e contradições reconhecidas. Decisão em processo de conhecimento que manda proceder-se à execução conforme a norma do art. 604, do CPC, enquanto que se manda, no *agravo*, que se renove a liquidação, e, por arbitramento. Ofensa à coisa julgada.
>
> 3) *Votos divergentes:*
>
> a) O primeiro voto, em reapreciando a pretensão e o pedido formulado pelo *agravante*, o que é próprio destes *embargos de declaração* com Efeitos Infringentes. 1) reconhece o erro de cálculo apresentado na *execução*, nos moldes do art. 604, do CPC, por não haver conformidade com o título exeqüendo; 2) e admitindo a exceção da pré-executividade argüída, determina que se proceda à perícia conforme

o pedido, nos termos do art. 598 c.c. os arts. 420/439, do CPC; b) O segundo voto considera o cálculo referido, corretamente elaborado, e assim sendo, indefere o pedido de perícia formulado; c) Por fim, o terceiro voto, como o primeiro, reconhece o erro do cálculo, mas vai mais além e declara a *extinção da execução*.

4) Interpretação sobre a extensão do julgado: Aplicação do critério da redução ao mínimo, uma vez reconhecida a procedência do pedido, inteligência do art. 119 do RITJ-PE.

5) *Decisão*: Por maioria de votos reconheceu-se o erro do cálculo diante da desconformidade do valor apresentado com aquele a ser alcançado conforme o título exeqüendo (redução ao mínimo) e determinou-se que se procedesse à perícia (ainda redução ao mínimo) nos termos do pedido formulado do *agravo de instrumento*, por ser esta a conseqüência lógica da pretensão do *agravante* e do reconhecimento judicial do erro do cálculo, por isto que a própria dinâmica do *processo* da Execução aludida exige esse procedimento.

Segundos Embargos de declaração: opostos por Fulô Lingotes (autuados, não nos autos do próprio processo, mas do segundo volume dos apensos, fls. 2/43). Pretende a recorrente que o Tribunal confira ao recurso efeitos modificativos para "declarada a nulidade do título, manter a execução nos moldes do art. 604 do CPC, afastada a suposta nulidade e a realização da perícia, com a determinação de que se enseja à Exeqüente, Fulô Lingotes, ora embargante, a retificação da memória do cálculo, para dela expungir o erro material encontrado". O recurso foi rejeitado pelo TJ/PE nos termos da seguinte ementa (fls. 113/151):

Embargos de Declaração. Alegação de contradições e omissões que não as houve, posto que matéria já analisada e julgada quando da apreciação do mérito da causa.

Mesmo assim, há de se tomar conhecimento do recurso em atendimento à pretensão a um possível prequestionamento da matéria, com vista à sua possível reapreciação em outra instância.

Improvimento dos Embargos por não se ter verificado qualquer omissão, obscuridade ou contradição no julgado atacado.

Terceiros Embargos de declaração: opostos novamente por Fulô Lingotes (fls. 4/128, do terceiro apenso). Foram rejeitados pelo Tribunal *a quo* à unanimidade. Por maioria, foi imposta multa ao embargante por litigância de má-fé.

Recurso especial: interposto por Fulô Lingotes com fundamento nas alíneas **a** e **c** do permissivo constitucional. Alega-se violação aos arts. 128, 245, 249, §1º, 250, 512, 586, 604, 618, I, 657, todos do CPC.

Também foi interposto recurso extraordinário.

Ambos os recursos foram admitidos na origem.

Revisados os fatos, decido.

I - Esclarecimento necessário

Antes de iniciar as considerações que tenho a tecer a respeito da questão *sub judice*, friso que procurarei, neste voto, ser *concisa* e *articulada*. Faço esta observação como um verdadeiro protesto à postura predominante até este momento no processo.

De fato, já há, neste processo, um acórdão de 51 laudas, que inicialmente decidiu o agravo de instrumento. Após, um acórdão de 187 laudas para decidir os primeiros embargos de declaração opostos (a maioria dessas páginas contém a transcrição de discussões absolutamente irrelevantes para a solução do feito, travadas entre os desembargadores que participaram do julgamento). Depois disso, com a segunda oposição de embargos de declaração (de 42 páginas), mais um acórdão de 38 laudas. Ato contínuo, dada a interposição dos terceiros embargos de declaração, agora com 134 páginas, mais um acórdão foi lavrado, desta vez contando com 17 laudas. Tudo isso para gerar, ao final, um recurso especial com mais 76 páginas.

Não vejo problemas no fato de as decisões judiciais e as petições serem extensas. *Contanto, porém, que isso seja necessário*. Na hipótese dos autos, o processo se avolumou desnecessariamente. Em vez de os julgamentos serem feitos mediante a lavratura de acórdãos, o Tribunal *a quo* optou por fazer constar, sempre, as *transcrições integrais* das discussões travadas durante o julgamento, mediante a juntada de *notas taquigráficas*. É preciso cuidado e responsabilidade ao lidar com processos judiciais. O desnecessário avolumar de um processo toma, de seu julgador, muito mais tempo do que o que seria necessário para decidi-lo, em prejuízo de todos os outros processos sob sua responsabilidade, e, portanto, de toda a sociedade que espera, do Poder Judicário, soluções rápidas e efetivas. Este processo tramitou na contra-mão dos princípios que orientam o Processo Civil – economia e celeridade processuais.

II - Identificação da controvérsia

Passando a enfrentar as questões aduzidas no presente processo, temos, *sub judice*, a seguinte questão: O credor, Fulô, calculando os lucros cessantes decorrentes da perda, em seu capital de giro, de quantia equivalente a US$ 112.027,49, por 87 meses, chega à quantia de mais de meio bilhão de reais. A execução é proposta por esse valor, e o cerne da controvérsia diz respeito a saber: (i) se, em primeiro lugar, seria possível ao credor efetuar, como ele de resto fez, a liquidação do

título executivo mediante simples elaboração de cálculo (art. 604 do CPC); (ii) se, diante do exagero nos cálculos elaborados, seria possível à executada impugnar a execução mediante exceção de pré executividade; e, finalmente, se (iii) o Tribunal, em sede de embargos de declaração opostos por uma das partes, poderia ter reformado a decisão que havia proferido no julgamento do agravo de instrumento *piorando* a situação da embargante.

Assim, assumem relevância para a presente controvérsia apenas os arts. 250, 604 e 610, do CPC, por um lado, bem como 128 e 512, também do CPC, por outro. Os demais artigos, ou não restam prequestionados pelo acórdão recorrido, ou são irrelevantes para a solução da lide.

III - A regularidade, prima facie, da execução

Em princípio, é importante observar que foi regular o procedimento adotado pela recorrente, Fulô Lingotes. O acórdão recorrido efetivamente determinou a liquidação do julgado mediante cálculo da parte (art. 604 do CPC), e foi assim que a credora procedeu. Diante dos cálculos oferecidos pela credora-recorrida, foi oferecida exceção de pré-executividade e a questão sob julgamento é saber se poderia o Tribunal acolher tal exceção, em primeiro lugar, e, em segundo, se ele poderia ter determinado, como fez, a *realização de perícia* independentemente de penhora.

Quanto ao primeiro ponto, a exceção de pré-executividade, que não é regulada de maneira expressa pelo nosso diploma processual, é amplamente admitida pela doutrina e pela jurisprudência em duas hipóteses: (i) a de *nulidade do título executivo*, cognoscível de ofício pelo juiz; e, (ii) a de evidente excesso de execução, que seja perceptível de plano, independenemente de maiores indagações. Nesse sentido, cite-se, por todos, o seguinte precedente, de minha relatoria:

> Processual Civil. Recurso Especial. Embargos do devedor. Acolhimento integral. Honorários advocatícios. Critérios de fixação. Exceção de pré-executividade. Excesso de execução. Cabimento. Precedentes
>
> • Segundo a jurisprudência do STJ, acolhidos integralmente os embargos do devedor, os honorários advocatícios serão fixados ou por arbitramento, na forma do § 4º do art. 20 do CPC, isto é, estabelecendo-se um valor fixo, independentemente do valor executado (REsp n. 218.511-GO, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJ 25.10.1999); ou em percentual sobre o valor executado, nos termos do art. 20, § 3º do CPC (REsp n. 87.684-SP, Rel. Min. Nilson Naves, DJ 24.03.1997).
>
> • É cabível a chamada exceção de pré-executividade para discutir excesso de execução, desde que esse seja perceptível de imediato, sem dilação probatória e,

para tanto, baste examinar a origem do título que embasa a execução; na esteira dos precedentes das Turmas da 2ª Seção.

Recurso especial não conhecido. (REsp n. 733.533-SP, de minha relatoria, DJ de 22.5.2006)

Nesse precedente, cito ainda um julgamento anterior, exarado por ocasião da decisão do REsp n. 545.568-MG (Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, DJ de 24.11.2003), do qual extraio as seguintes ponderações:

Com a devida permissão, não creio seja possível estabelecer regra linear, no sentido de que a alegação de excesso de execução somente possa encontrar espaço em ação de embargos.

É preciso discernir a natureza que o excesso assume para evitar que, de forma *extremamente onerosa e desnecessária, obrigue-se o devedor a oferecer garantia aparentemente irreal em face do crédito reclamado judicialmente*.

Na espécie em exame, o excesso de execução de que se ocupou o agravado é aquele mencionado pelo art. 743, I, CPC, pois, aparentemente, o agravante pleiteia quantia superior ao estipulado no acórdão.

Sabe-se que este fundamento não extingue o processo de execução, apenas corrige o seu curso, a fim de se outorgar ao título executivo a indispensável certeza e liquidez a proporcionar a correta e justa satisfação do credor.

A execução por quantia excessiva e que seja perceptível de imediato, se averiguada a origem do título que a embasa, constitui tema que não pode apenas ser invocável por vontade exclusiva do devedor em embargos.

Com fundamento na doutrina e jurisprudência do STJ, é possível impugnar o *excesso evidente de execução* pela via de exceção de pré-executividade. Todavia, resta estabelecer *como se fará* o julgamento da exceção. Ou seja, verificar se é possível ao juízo determinar, nesse excepcional procedimento, a *produção de prova pericial*, como ocorreu na hipótese sob julgamento.

A exceção de pré-executividade é admissível para discussão do débito *apenas nas hipóteses em que não seja necessária dilação probatória para demonstrar o excesso de execução*. Nesse sentido, confira-se o seguinte precedente, também de minha relatoria:

Exceção de pré-executividade. Utilização em execução de título judicial. Defeito de citação no processo de conhecimento. Exigência de prova pré-constituída.

• Se o afirmado defeito de citação no processo de conhecimento depender da produção de provas, a parte deverá valer-se dos embargos do devedor, após seguro o juízo, não, da exceção de pré-executividade.

> A chamada exceção de pré-executividade, embora mereça prestigiada, somente será admissível se versar sobre matéria que possa ser conhecida pelo juiz de ofício, ou quando tratar de evidente nulidade do título, que independa de contraditório ou de dilação probatória.
>
> Recurso não conhecido. (REsp n. 439.856-MG, de minha relatoria, DJ de 1º.07.2005)

Se a exceção de pré-executividade não admite dilação probatória, o TJ-PE não poderia ter *diferido* a liquidação do título executivo para o momento *posterior* à propositura da execução. Ou estamos diante de uma hipótese em que é necessária a *liquidação da sentença por arbitramento*, em que a perícia deve ser promovida para a definição do *quantum debeatur*, antes de proposta a execução; ou estamos diante de uma hipótese de execução por cálculo, em que qualquer prova, que não a documental, deve ser produzida *apenas por ocasião da oposição dos embargos do devedor*.

A solução da questão, portanto, está em estabelecer qual desses dois procedimentos adotar.

III - A liquidação da sentença exeqüenda: arbitramento ou cálculo.

Apreciando o recurso especial, o i. Min. Relator houve por bem aderir ao posicionamento que determina a liquidação. Ou seja, determinou que se anulasse a execução e que se promovesse, como um *prios, a liquidação, por arbitramento, da sentença*. Assim determinou sob o argumento de que o meio de apuração dos lucros cessantes, determinado pelo acórdão recorrido, é inadequado ao fim a que se destina. Ou seja: não obstante a determinação expressa contida no acórdão transitado em julgado, é impossível a liquidação do débito por mero cálculo, de modo que a coisa julgada em relação a essa parcela do *decisum* não pode prevalecer.

Ouso discordar do eminente Relator. Em que pese esta Terceira Turma já ter se pronunciado, por ocasião do julgamento do REsp n. 657.476-MS, de minha relatoria (DJ de 12.06.2006), no sentido de que *não há transito em julgado da parcela da sentença que determina a forma de liquidação da sentença*, a solução proposta pelo i. Relator implicaria promover, aqui no STJ, verdadeira reformatio in pejus, à medida que *não foi requerido, no recurso especial, que a liquidação da sentença fosse promovida por arbitramento*. Com efeito, em que pesem os argumentos do recorrente contidos no item 1.4 de seu recurso (fls. 1.252/1.255), ele *não requer, no respectivo pedido, que a execução fosse anulada para a liquidação do título executivo*.

Importante salientar que *este recurso foi interposto pelo credor*, Fulô, cujo interesse é no sentido do prosseguimento de sua execução. Assim, não estando, a matéria, entre aquelas que podem ser conhecidas de ofício, no meu modo de ver, com a devida vênia, é impossível dar *parcial provimento* ao recurso *do credor* para o fim de *extinguir a execução que ele mesmo propôs*, determinando seja promovida, previamente, a liquidação do título.

Portanto, o que ficou disposto no acórdão recorrido tem de ser respeitado: a liquidação da sentença *sub judice* deve ser promovida por cálculo do credor.

IV - A redução da penhora

A exceção de pré-executividade *sub judice* não visa, necessariamente, à fixação do *quantum debeatur* na execução ora discutida. O alegado excesso de execução, notadamente na hipótese dos autos, é matéria precípua de embargos do devedor. Na presente hipótese, a função da exceção de pré-executividade é apenas possibilitar o oferecimento de garantia para exercer o direito de defesa. Assim, a exceção não se presta para viabilizar o exercício do direito de defesa quanto ao montante cobrado, o que deverá ser feito nos embargos, mas apenas viabilizar a apresentação desses embargos, mediante a realização de penhora de valor que, em princípio, garanta a futura eficácia dos atos executórios.

Tendo isso em vista, a solução que deve ser dada à questão é a que o próprio exeqüente sugeriu, em seu recurso especial. Citando Luiz Rodrigues Wambier, o exeqüente pondera, a fl. 1.256, que:

> Há um problema, todavia, que, ao nosso ver, merece considerações. Trata-se da possibilidade de que a memória discriminada do cálculo, a que se refere a parte final do art. 604 do Código de Processo Civil, contenha erros que impliquem infidelidade aos termos da condenação contida na sentença.
>
> (...)
>
> A solução que ao nosso ver pode ser aplicada, sem desnaturar a reforma do Código de Processo Civil e sua meritória – e bem sucedida – intenção de agilizar a prestação do serviço jurisdicional é o devedor oferecer bens à penhora suficientes para cobrir o débito, no limite que entende efetivamente devido, suscitando, desde logo, a questão, com a juntada da memória do cálculo que entende correto e requerendo ao juiz que, antes de considerar ineficaz a nomeação, nos termos do art. 656, V, determine a correção do cálculo, a teor do que permite o parágrafo do art. 657, do CPC.

Na hipótese dos autos, foi exatamente essa a postura que adotou inicialmente o Des. Macêdo Malta, despachando em substituição (fls. 398/400), por ocasião da

apreciação do efeito suspensivo requerido no agravo de instrumento originário — em decisão posteriormente considerada não escrita pelo Des. Relator do processo, Dr. Etério Galvão (fls. 444/448). O Des. Substituto havia determinado a penhora de R$ 2.974.040,35 (dois milhões, novecentos e setenta e quatro mil, quarenta reais e trinta e cinco centavos), mais acréscimos legais. Esse valor foi arbitrado com base na maior das estimativas feitas pelo devedor, a respeito do valor da dívida em execução (conforme parecer acostado a fls. 345/351, esp. fl. 350), valor que é razoável e não põe em risco a solvabilidade da devedora.

A penhora limitada a esse valor, mais os respectivos acréscimos legais (juros, correção monetária, custas judiciais e demais verbas de sucumbência fixadas no acórdão objeto de execução) é a medida mais adequada a ser tomada na hipótese dos autos. Com a garantia do juízo nesse montante, deve ser admitida a oposição de embargos do devedor para discussão do alegado excesso de execução, inclusive com a realização, caso seja de interesse das partes, de perícia para a solução do litígio.

É importante frisar, outrossim, que adotar essa solução não foge do objeto deste recurso especial, uma vez que ela é expressamente requerida no item 462, **c**, do recurso.

Por esses motivos, ouso divergir do i. Min. Relator quanto ao ponto, para restabelecer o que ficou decidido pelo D. Des. Macêdo Malta, por ocasião da primeira análise que fez, a respeito do efeito suspensivo requerido no agravo de instrumento que deu origem a este recurso especial.

V - Reformatio in pejus

O provimento do recuso especial quanto ao prosseguimento da execução, com a reforma do acórdão recorrido, torna sem efeito os argumentos da recorrente no sentido de que teria sido promovida *reformatio in pejus* por ocasião do julgamento dos primeiros embargos de declaração opostos.

VII - Multa por litigância de má fé

Com relação à multa por litigância de má fé, acompanho integralmente o voto do i. Min. Relator, no sentido de afastá-la, adotando integralmente as razões aduzidas em seu articulado voto.

Forte em tais razões, divergindo em parte do voto do i. Min. Relator, conheço parcialmente do recurso especial e, nessa parte, dou-lhe provimento para o fim de determinar a imediata penhora, no patrimônio da executada, do valor de R$ 2.974.040,35, mais acréscimos legais, como pressuposto para viabilizar a oposição de embargos à execução, tudo nos termos das razões supra aduzidas.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Castro Filho: Trata-se de pedido de vista formulado em processo de relatoria do eminente Ministro Ari Pargendler, nos autos da ação de execução de sentença proposta por Fulô Lingotes Comércio E Indústria De Metais Ltda, em relação ao Bradesco Seguros S/A, ora recorrido.

A autora havia proposto uma ação visando a obter indenização securitária pelo extravio de 30.777 quilos de lingotes de alumínio. A ação foi julgada procedente, e novo processo foi instaurado, desta vez objetivando receber o valor dos lucros cessantes decorrentes da falta, por 7 anos e 3 meses, em seu capital de giro, do valor da indenização securitária cujo pagamento Bradesco Seguros inicialmente se recusara a pagar.

A ação foi julgada procedente em primeiro e segundo graus, ocasião em que ficou determinado, em seu dispositivo, que a liquidação dos lucros cessantes experimentados pelos autores fosse feita mediante simples cálculo, consoante o artigo 604 do Código de Processo Civil.

Após relatar o feito, o ilustre Ministro proferiu seu voto no sentido de conhecer do apelo extremo e lhe dar provimento, em parte, para anular a execução, determinando que a liquidação do acórdão exeqüente se promovesse por meio de arbitramento, por entender que o meio de apuração dos lucros cessantes, estabelecido pelo acórdão hostilizado, é inadequado ao fim a que se destina, não obstante a determinação expressa contida no acórdão transitado em julgado, excluíndo, ainda, a multa aplicada porque não caracterizada a litigância de má-fé.

Em seguida, a eminente Ministra Nancy Andrighi inaugurou a divergência, conhecendo parcialmente do recurso especial e, nessa parte, lhe dando provimento, com base nos seguintes fundamentos, *verbis*:

> *II - Identificação da controvérsia*
>
> Passando a enfrentar as questões deduzidas no presente processo, temos, sub judice, a seguinte questão: O credor, Fulô, calculando os lucros cessantes decorrentes da perda, em seu capital de giro, de quantia equivalente a US$ 112.027,49, por 87 meses, chega à quantia de mais de meio bilhão de reais. A execução é proposta por esse valor, e o cerne da controvérsia diz respeito a saber: (i) se, em primeiro lugar, seria possível ao credor efetuar, como ele de resto fez, a liquidação do título executivo mediante simples elaboração de cálculo (art. 604 do CPC); (ii) se, diante do exagero nos cálculos elaborados, seria possível à executada impugnar a execução mediante exceção de pré-executividade; e, finalmente, se (iii) o Tribunal, em sede

de embargos de declaração opostos por uma das partes, poderia ter reformado a decisão que havia proferido no julgamento do agravo de instrumento piorando a situação da embargante.

Assim, assumem relevância para a presente controvérsia apenas os artigos 250, 604 e 610, do Código de Processo Civil, por um lado, bem como 128 e 512, também do Código de Processo Civil, por outro. Os demais artigos, ou não restam prequestinados pelo acórdão recorrido, ou são irrelevantes para a solução da lide.

III - A regularidade, prima facie*, da execução*

Em princípio, é importante observar que foi regular o procedimento adotado pela recorrente, Fulô Lingotes. O acórdão recorrido efetivamente determinou a liquidação do julgado mediante cálculo da parte (art. 604 do CPC), e foi assim que a credora procedeu. Diante dos cálculos oferecidos pela credora-recorrida, foi oferecida exceção de pré-executividade e a questão sob julgamento é saber se poderia o Tribunal acolher tal exceção, em primeiro lugar, e, em segundo lugar, se ele poderia ter determinado, como fez, a realização de perícia independentemente de penhora.

Quanto ao primeiro ponto, a exceção de pré-executividade, que não é regulada de maneira expressa pelo nosso diploma processual, é amplamente admitida pela doutrina e pela jurisprudência em duas hipóteses: (i) a de nulidade do título executivo, cognoscível de ofício pelo juiz; e, (ii) a de evidente excesso de execução, que seja perceptível de plano, independentemente de maiores indagações.

Nesse sentido, cita vários precedentes e prossegue:

Com fundamento na doutrina e jurisprudência do STJ, é possível impugnar o excesso evidente de execução pela via de exceção de pré-executividade. Todavia, resta estabelecer como se fará o julgamento da exceção. Ou seja, verificar se é possível ao juízo determinar, nesse excepcional procedimento, a produção de prova pericial, como ocorreu na hipótese sob julgamento.

A exceção de pré-executividade é admissível para discussão do débito apenas nas hipóteses em que não seja necessária a dilação probatória para demonstrar o excesso de execução.

Exceção de pré-executividade. Utilização em execução de título judicial. Defeito de citação no processo de conhecimento. Exigência de prova pré-constituída.

Se o afirmado defeito de citação no processo de conhecimento depender da produção de provas, a parte deverá valer-se dos embargos do devedor, após seguro o juízo, não, da exceção de pré-executividade.

A chamada exceção de pré-executividade, embora mereça prestigiada, somente será admissível se versar sobre matéria que possa ser conhecida pelo juiz de ofício, ou quando tratar de evidente nulidade do título, que independa de contraditório ou de dilação probatória.

Recurso não conhecido. (REsp n. 439.856-MG, de minha relatoria, DJ de 1°.07.2005).

(...)

Se a exceção de pré-executividade não admite dilação probatória, o TJ/PE não poderia ter diferido a liquidação do título executivo para o momento posterior à propositura da execução. Ou estamos diante de uma hipótese em que é necessária a liquidação da sentença por arbitramento, em que a perícia deve ser promovida para a definição do *quantum debeatur*, antes de proposta a execução; ou estamos diante de uma hipótese de execução por cálculo, em que qualquer prova, que não a documental, deve ser produzida apenas por ocasião da oposição dos embargos do devedor.

A solução da questão, portanto, está em estabelecer qual desses dois procedimentos adotar.

(...)

A exceção de pré-executividade sub judice não visa, necessariamente, à fixação do *quantum debeatur* na execução ora discutida. O alegado excesso de execução, notadamente na hipótese dos autos, é matéria precípua de embargos do devedor. Na presente hipótese, a função da exceção de pré-executividade é apenas possibilitar o oferecimento de garantia para exercer o direito de defesa. Assim, a exceção não se presta para viabilizar o exercício do direito de defesa quanto ao montante cobrado, o que deverá ser feito nos embargos, mas apenas viabilizar a apresentação desses embargos, mediante a realização de penhora de valor que, em princípio, garanta a futura eficácia dos atos executórios.

Tendo isso em vista, a solução que deve ser dada à questão é a que o próprio exeqüente sugeriu, em seu recurso especial.

(...)

A solução que ao nosso ver pode ser aplicada, sem desnaturar a reforma do Código de Processo Civil e sua meritória – e bem sucedida – intenção de agilizar a prestação do serviço jurisdicional é o devedor oferecer bens à penhora suficientes para cobrir o débito, no limite que entende efetivamente devido, suscitando, desde logo, a questão, com a juntada da memória do cálculo que entende correto e requerendo ao juiz que, antes de considerar ineficaz a nomeação, nos termos do art.

> 656, V, determine a correção do cálculo, a teor do que permite o parágrafo do art. 657, do CPC.
>
> (...)
>
> Com relação à multa por litigância de má-fé, acompannho integralmente o voto do i. Min. Relator, no sentido de afastá-la, adotando integralmente as razões aduzidas em seu articulado voto.

E, a seguir, conclui:

> Forte em tais razões, divergindo em parte do voto do i. Min. Relator, conheço parcialmente do recurso especial e, nessa parte, dou-lhe provimento para o fim de determinar a imediata penhora, no patrimônio da executada, do valor de R$ 2.974.040,35, mais acréscimos legais, como pressuposto para viabilizar a oposição de embargos à execução, tudo nos termos das razões supra aduzidas.

Com a devida vênia do eminente relator, também dele ouso divergir, ressaltando que compartilho do mesmo entendimento exarado pela douta Ministra Nancy Adrighi, na linha, inclusive, da doutrina e jurisprudência desta Corte, citada no seu voto.

Com efeito, a doutrina proclama, quanto ao tema, e a jurisprudência confirma, que é cabível a exceção de pré-executividade para discussão do débito apenas nas hipóteses em que não seja necessário dilação probatória para demonstrar o excesso de execução.

Da mesma forma, entendo que, em vista do transito em julgado, deve ser respeitado o que restou decidido no acórdão recorrido, ou seja, que a liquidação da sentença deve ser promovida por cálculo do credor, e não por arbitramento, pois, como bem ressaltou a eminente Ministra Nancy Andrighi, a solução proposta pelo emérito relator implicaria promover, aqui no STJ, verdadeira *reformatio in pejus*, porque seria gravosa à situação do recorrente, a quem seria preferível – como ela própria o reconhece – o não conhecimento do recurso.

Com estas considerações, rogando vênia ao eminente relator, também dou parcial provimento ao recurso especial, nos termos do voto da digna Ministra Nancy Andrighi.

É o voto.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros: A questão objeto deste recurso gerou-se em execução de sentença, proposta pela ora recorrente. Citada para

satisfazer a condenação, a ora recorrida ofereceu petição requerendo uma "verificação de conformidade entre o título e a liquidação a que procedeu a própria exeqüente". Para tanto, solicitou:

a) prazo de 20 dias, para apresentação de parecer técnico, demonstrando a "erronia do cálculo indecoroso";

b) realização de perícia, visando a correção do cálculo;

c) suspensão de eficácia do mandado de execução, até posterior deliberação.

Após vários incidentes, o Tribunal *a quo*, tomando a petição da executada como exceção de pré-executividade decidiu que a sentença exeqüenda necessitava de liquidação. Determinou, em seqüência, que a liquidação se fizesse pelo método do arbitramento.

Para chegar a tal dispositivo, o Tribunal partiu de uma declaração do relator, a dizer: "é verdade que o acórdão exeqüente refere claramente que a execução deve ser feita mediante cálculo do contador. Ainda assim, me parece que no caso torna-se impossível a execução do julgado torna-se impossível a execução do julgado pela forma como está em seu dispositivo."

A exeqüente interpôs recurso especial.

O Relator, Ministro Ari Pargendler, iniciou seu voto com o registro de que "no caso, há sentença condenatória e, portanto, título executivo judicial, o mais seguro deles, porque coberto pela coisa julgada. O acórdão que confirmou a sentença explicitou que a condenação deve ser apurada" na conformidade do que estipula o art. 604 do CPC" No entanto, observa o Ministro Pargendler, o Tribunal *a quo* declarou o título inidôneo e determinou que a sentença fosse liquidada, primeiro, por arbitramento e, depois, por perícia.

Essa contradição foi superada pelo Relator, assentado na máxima de que frente à impossibilidade, nada se pode fazer. Seu voto conclui pelo provimento parcial do apelo, a fim de que se cancele multa aplicada à recorrente. De acordo com o voto, a liquidação se processará por arbitramento.

Conseqüência desse dispositivo seria o provimento da exceção de pré-executividade e a nulidade da execução.

Em voto-vista, a Ministra Nancy Andrighi provê o recurso, para determinar a penhora imediata de R$ 2.974.040,35, mais acréscimos legais, como pressuposto para viabilizar a oposição de embargos à execução.

A teor desse voto, observa-se o rito estabelecido no Código de Processo Civil, ou seja: efetiva-se a penhora e inicia-se a execução, com o incidente preparatório de execução mediante cálculos.

O Ministro Castro Filho acompanhou a divergência aberta pela Ministra Nancy Andrighi.

Após vista, digo:

1. A fixação de valor certo para penhora feita no voto da Ministra Nancy encontra, agasalho no § 2º do falecido Art. 604 do CPC (vigente na época do acórdão recorrido). A teor desse preceito, o valor da penhora, em caso de a memória de cálculo "aparentemente exceder os limites da decisão exeqüenda", o juiz fazia a execução pelo valor originalmente pretendido "mas a penhora terá por base o valor encontrado pelo contador";

2. não se deve admitir discussão probatória em exceção de pré-executividade;

3. há coisa julgada, determinando a execução por cálculos "na conformidade do art. 604 do CPC". Malgrado precedente desta Turma, não vejo como modificar, em execução, tal dispositivo;

4. o provimento do recurso especial para determinar liquidação por arbitramento, no sentido do voto do Relator, implicaria *reformatio in pejus*, porque alteraria para pior a situação dos recorrentes em caso de o recurso ser improvido;

4. não enxergo impossibilidade absoluta para apurar-se o valor da condenação, pelo método do cálculo.

Anoto finalmente que enxergo neste incidente uma demonstração prática do absurdo que é o permissivo de que o juiz emita sentença ilíquida. Tenho para mim – e estou cada dia mais seguro – que o processo de liquidação é um dos maiores fatores da ineficácia, lentidão e falta de confiabilidade do Poder Judiciário brasileiro. Bom será o tempo em que serão igualmente proibidas, tanto a formulação de pedidos ilíquidos como a emissão de sentenças dependentes de liquidação.

Rogo vênia ao Relator, para acompanhar a divergência.

RECURSO ESPECIAL N. 570.723-RJ (2003/0153830-0)

Relatora: Ministra Nancy Andrighi

Recorrente: Henrique da Costa Barros Couceiro (Menor)

Assist. por: Maria Theresa da Costa Barros

Advogado: Eduardo Valle de Menezes Cortes e outro

Recorrido: Alexandre Carneiro da Cunha Couceiro
Advogado: Luiz Eduardo de Souza Moraes e outros
Sustentação oral: Eduardo Valle de Menezes Cortes, pelo Recorrente

EMENTA

Direito Civil. Recurso especial. Cobrança de aluguel. Herdeiros. Utilização exclusiva do imóvel. Oposição necessária. Termo inicial.

• Aquele que ocupa exclusivamente imóvel deixado pelo falecido deverá pagar aos demais herdeiros valores a título de aluguel proporcional, quando demonstrada oposição à sua ocupação exclusiva.

• Nesta hipótese, o termo inicial para o pagamento dos valores deve coincidir com a efetiva oposição, judicial ou extrajudicial, dos demais herdeiros.

Recurso especial parcialmente conhecido e provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas constantes dos autos, prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, por maioria, conhecer em parte do recurso especial e, nessa parte, dar-lhe provimento, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Castro Filho e Carlos Alberto Menezes Direito votaram com a Sra. Ministra Relatora. Votaram vencidos os Srs. Ministros Humberto Gomes de Barros e Ari Pargendler. Ausente, justificadamente nesta assentada, o Sr. Ministro Ari Pargendler.

Brasília (DF), 27 de março de 2007 (data do julgamento).

Ministra Nancy Andrighi, Relatora

DJ 20.08.2007

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Nancy Andrighi: *Ação*: de conhecimento ajuizada pelo recorrido, com o objetivo de receber do recorrente, seu irmão por parte de pai, valor equivalente à metade de possível aluguel incidente sobre imóvel deixado

pelo falecido pai. Alegou-se que o referido imóvel vem sendo ocupado, desde antes da abertura da sucessão, exclusivamente, pelo recorrente, menor de idade, e sua genitora.

Sentença: julgou procedente o pedido para condenar o recorrente a pagar, retroativamente, desde a data da abertura da sucessão (07.03.1998), valor a título de aluguel que será arbitrado judicialmente na proporção do seu quinhão.

Acórdão: negou provimento ao recurso de apelação interposto pelo recorrente, nos termos da ementa que se segue:

> Apelação. Ordinária. Sucessão hereditária. Face norma do art. 1.572 do Cód. Civil, aberta a sucessão, transmitem-se de plano o domínio e a posse da herança aos herdeiros legítimos e testamentários.
>
> Direito de usufruir.
>
> Como dispõem os arts. 627 e 638 do Cód. Civil, todos os condôminos têm o direito de usufruir do bem, respondendo cada consorte aos outros pelos frutos recebidos e na proporção dos quinhões.
>
> Apelo improvido. (Fls. 169 e 170)

Embargos de declaração: rejeitados.

Recurso especial: alega o recorrente violação ao art. 1.778 do CC/1916, sustentando, em síntese, que não há obrigatoriedade de o herdeiro, ocupante do imóvel deixado pelo falecido, pagar o aluguel proporcional pleiteado se o bem não produzia frutos. Ainda pretende o recorrente, caso seja mantida a condenação, que o pagamento seja devido somente a partir "de quando lhe foi judicialmente exigido", e não desde a abertura da sucessão, como consignado na sentença e acórdão recorrido.

Às fls. 244/248, parecer do Ministério Público Federal opinando pelo não conhecimento do especial.

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Nancy Andrighi (Relatora): • *Da violação ao art. 1.778 do CC/1916*

Considerando que o Tribunal do origem expressamente discutiu a aplicação do art. 1.778 do CC/1916 à espécie, não tem incidência o óbice das Súmulas n. 282 e 356-STF.

Superadas as questões relativas ao juízo de admissibilidade do recurso especial sob julgamento, discute-se a possibilidade de um herdeiro exigir de outro o pagamento de aluguel proporcional, em razão da ocupação exclusiva de imóvel deixado pelo falecido.

Com a abertura da sucessão, impõe-se, transitoriamente, até a partilha, o regime de comunhão hereditária. Os herdeiros passam a ser co-titulares do patrimônio deixado pelo falecido, devendo, portanto, serem observadas as mesmas regras relativas ao condomínio, o que, inclusive, está expressamente estabelecido no art. 1.791 do CC/2002.

Dessa forma, assim como, no condomínio tradicional, cada consorte responde aos outros pelos frutos que percebeu da coisa comum (art. 627 do CC/1916), o herdeiro em posse dos bens da herança é obrigado a trazer ao acervo os frutos que, desde a abertura da sucessão, percebeu, conforme disposto no art. 1.778 do CC/1916.

Carvalho Santos, nos comentários que apresentou ao CC/1916, esclareceu as hipóteses de aplicação da regra estabelecida no art. 627:

> 1 - Hipótese prevista no artigo. É a de um dos condôminos estar usufruindo sozinho a coisa comum.
>
> 2 - Quais os frutos pelos quais responde cada consorte?
>
> Os da coisa, se utilizada em comum. Por exemplo: uma casa é ocupada por um dos condôminos; em tal caso, o aluguel, uma vez calculado ou estabelecido, deverá ser pago aos outros pela parte que lhes tocar, proporcionalmente aos quinhões.

Conclui-se, com isso, que o herdeiro que ocupa exclusivamente imóvel deixado pelo falecido deverá pagar aos demais aluguel proporcional.

Esta Terceira Turma, em outra oportunidade, já discutiu a questão trazida com o recurso especial em exame.

No julgamento do REsp n. 622.472, de minha relatoria, pub. no DJ de 20.09.2004, entendeu-se que seria possível um herdeiro exigir o pagamento de aluguel daquele que ocupa com exclusividade o imóvel. Entretanto, foi imposta uma condição para o surgimento desta obrigação: considerou-se que seria necessário demonstrar resistência do ocupante à fruição concomitante do imóvel ou oposição, judicial ou extrajudicial, por parte dos demais herdeiros.

Na hipótese sob julgamento, o recorrido sustentou na petição inicial que notificou o recorrente, na pessoa de sua representante legal, para que fosse depositado em sua conta o equivalente à metade de um aluguel e que o recorrente permaneceu inerte, sem dar aproveitamento econômico ao imóvel (fl. 3).

O recorrente, em sua contestação, deixou de refutar estes fatos, não se desincumbindo, portanto, do ônus da impugnação específica. Com isso, em conformidade com o disposto no art. 302 do CPC, presume-se verdadeira a afirmação do recorrido de que notificou o recorrente extrajudicialmente.

Incontroversa a ocorrência da notificação, conclui-se que houve, por parte do recorrido, oposição à ocupação exclusiva e manifestação expressa e inequívoca da vontade de dar ao imóvel aproveitamento econômico.

Assim, considerando a oposição extrajudicial do recorrido e a notória resistência do recorrente, deve ser reconhecido o dever de pagar pelos frutos que poderiam advir do aluguel do imóvel, sendo irrelevante, nesta circunstância, o fato invocado no recurso especial de que o bem não produzia rendimento antes da abertura da sucessão.

Ultrapassada a questão do cabimento da pretensão do recorrido de receber pagamento a título de aluguel, necessário definir o termo inicial da obrigação imposta ao recorrente.

Na sentença, confirmada pelo acórdão recorrido, ficou estabelecido que o recorrente deveria pagar "valor a título de aluguel desde a data da abertura da sucessão em 07.03.1998".

Contudo, a obrigação de pagar pelos frutos, na hipótese, surgiu com a oposição do recorrido cristalizada com a notificação extrajudicial do recorrente. Dessa forma, o termo inicial para o pagamento do valor estipulado na sentença deve ser a data da efetiva notificação do recorrente e não o momento da abertura da sucessão.

Forte em tais razões, conheço em parte do recurso especial e nesta parte lhe dou provimento para reformar o acórdão recorrido, estabelecendo que o pagamento do valor a título de aluguel deve ser feito desde a data da notificação do recorrente.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Ari Pargendler: Os autos dão conta de que Alexandre Carneiro da Cunha Couceiro, o autor da ação, e Henrique da Costa Barros Couceiro, o réu, são filhos de José Henrique Carneiro da Cunha Couceiro. Antes da morte deste, um de seus imóveis era ocupado pelo réu, que nele residia junto com a mãe, Maria Thereza da Costa Barros. Por meio da presente ação, o autor quer que, a partir do óbito do pai, o réu seja condenado a pagar-lhe metade do valor correspondente ao aluguel desse imóvel, se locado (fls. 02/12).

A MM. Juíza de Direito Dra. Maria Paula Gouvêa Galhardo julgou procedente o pedido, à base da seguinte motivação:

> No momento da morte do *de cujus*, abre-se sucessão, transmitindo-se, desde logo, a propriedade e a posse dos bens do falecido aos seus herdeiros, independentemente de qualquer ato. Nosso Código Civil adota o *droit de saisine*.
>
> A herança, de acordo com o art. 57 do Código Civil, é uma universalidade juris indivisível até a partilha, de modo que, se houver mais de um herdeiro, o direito de cada um permanecerá indivisível até que se ultime a partilha (art. 1.580 do Código Civil).
>
> Desta forma, os co-herdeiros, no período da indivisão, se encontram num regime de condomínio forçado, no qual cada um possui uma parte ideal da herança.
>
> Apesar do réu estar na posse direta do imóvel e sua representante legal ser a inventariante (art. 990, II, do Código de Processo Civil), com o fim de administrá-lo e inventariá-lo (art. 1.579 do Código Civil), não há exclusão do direito do autor em auferir os frutos comuns que originam-se do bem, uma vez que tem o domínio e a posse indireta do mesmo.
>
> Diante do regime da compropriedade e da ocupação exclusiva do bem por um dos condôminos, torna-se devida fixação de verbas a título de aluguel, na proporção do seu quinhão, destinadas ao co-herdeiro que não utiliza ou não aufere proveito econômico do imóvel. Caso contrário, haveria enriquecimento sem causa daquele que utiliza em seu único e exclusivo proveito bem do acervo hereditário, em prejuízo dos demais co-herdeiros. Tudo conforme os artigos 623, 627, 638, 1.572 e 1.778 do Código Civil. (Fl. 132)

O tribunal *a quo* manteve a sentença, Relator o Desembargador Ely Barbosa, nos termos do acórdão assim ementado:

> Apelação. Ordinária. Sucessão hereditária. Face a norma do art. 1.572 do Cód. Civil, aberta a sucessão, transmitem-se de plano o domínio e a posse da herança aos herdeiros legítimos e testamentários. Direito de usufruir. Como dispõem os artigos 627 e 638 do Cód. Civil, todos os condôminos têm o direito de usufruir do bem, respondendo cada consorte aos outros pelos frutos recebidos e na proporção dos quinhões. Apelo improvido. (Fls. 169/170)

Seguiram-se embargos de declaração, opostos para:

> a) reconhecer que o imóvel ocupado pelo réu apelante, por seu valor, cabe em seu quinhão hereditário, segundo os próprios elementos fornecidos pelo autor-apelado;

> b) ter como incontroverso o fato do réu apelado residir no imóvel desde 1988 sem nada pagar a seu pai, que faleceu a 07.03.1998, a significar que o imóvel jamais produziu qualquer fruto. (Fl. 175)

Os embargos de declaração deixaram de enfrentar esses temas, mas há elementos nos autos a esse respeito.

A circunstância aludida na alínea **b** é incontroversa, porque reconhecida pelo autor, *in verbis*:

> É verdade que o réu, juntamente com sua mãe e seu outro irmão, Fabrício (por parte de mãe) residem no imóvel comum desde quando o finado pai o adquiriu. Também é verdade que nenhum aluguel lhe foi cobrado enquanto o autor da herança estava vivo. (Fl. 94)

Já o fato de que trata a alínea **a** pode ser apurado mediante cálculo aritmético: o apartamento, cujo aluguel é reclamado, foi avaliado em R$ 190.000,00 (cento e noventa mil reais), enquanto o prédio em que o espólio tem 30% das frações ideais (fl. 20) teve o valor orçado em R$ 800.000,00 (oitocentos mil reais).

2. À vista desses elementos, a solução, *data venia,* não pode ser aquela preconizada pela Ministra Nancy Andrighi.

Aberta a sucessão, domínio e posse transmitem-se aos herdeiros (CC, art. 1.572). A herança é recebida em estado de comunhão *pro indiviso*, o qual pode, ou não, terminar com a partilha: a) deixa de existir se o patrimônio puder ser dividido entre os herdeiros, cada qual passando a ser proprietário de um ou mais bens; b) subsiste, seja porque não houve a divisão do patrimônio, seja porque este é indivisível – mas muda de natureza, porque passa a ser um estado de comunhão inter vivos, não mais um estado de comunhão hereditária. "O fim da partilha" – ensina Pontes de Miranda – "é tirar todo caráter hereditário da comunhão. A lei tem essa comunhão como transitória, e breve; por isso mesmo, impôs prazos para a abertura e para o encerramento do inventário" (*Tratado de Direito Privado*, Editor Borsoi, Rio de Janeiro, 1971, 3ª edição, Tomo LX, p. 223).

Quid, se a partilha tarda, estando um dos herdeiros na posse e gozo de imóvel sob comunhão *hereditária*?

Salvo melhor juízo, a resposta depende de saber, primeiro, se o imóvel cabe, ou não, no quinhão do possuidor e, segundo, se ele tem preferência na respectiva partilha.

Na espécie, o quinhão hereditário cabe no *quantum* que deve ser partilhado ao possuidor, e ele tem preferência na adjudicação, tal qual deflui, *a contrario sensu*, do art. 1.777 do Código Civil e da elaboração doutrinária, *in verbis*:

> A comodidade dos herdeiros há de ser atendida. Os exemplos mais freqüentes são os de vizinhança de prédios herdados e prédios já de propriedade do herdeiro, os de situação do edifício ou *apartamento em lugar em que reside* ou tem negócios *o herdeiro*... (Pontes de Miranda, *op. cit*. p. 249).

Se o imóvel cabe no quinhão hereditário e o possuidor tem preferência na partilha, não está obrigado a transferir para o espólio os frutos atuais ou potenciais do bem, nem pode lançar os respectivos encargos à conta da herança (v.g., *despesas condominiais, taxas e impostos*); se prevalecesse a solução adotada nas instâncias ordinárias, ter-se-ia o resultado insólito de o proprietário pagar aluguel.

O desate da lide, evidentemente, seria outro se o quinhão hereditário fosse menor do que o bem ocupado pelo herdeiro, porque este teria então de carrear ao espólio os respectivos frutos, sob pena de enriquecimento sem causa.

Voto, por isso, no sentido de conhecer do recurso especial e de dar-lhe provimento para julgar improcedente o pedido, condenando o autor ao pagamento das custas e dos honorários de advogado à base de 20% sobre o valor da causa.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Castro Filho: Cuida-se de recurso especial interposto por H.C.B.C., assistido por sua genitora, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, sob alegação de vulneração ao artigo 1.778 do Código Civil de 1916.

Em discussão a obrigatoriedade de o condômino-herdeiro pagar aluguel proporcional a seu irmão, em razão da ocupação exclusiva de imóvel objeto de herança ainda não partilhada.

A ilustre relatora, Ministra Nancy Andrighi, proferiu voto no sentido de dar parcial provimento ao recurso, para confirmar que o pagamento dos aluguéis seria devido, mas estabelecendo a dívida tão-somente a partir da data da notificação dada pelo recorrido ao irmão ocupante, a fim de que ao imóvel fosse conferido aproveitamento econômico, e não a contar da data da abertura da sucessão, conforme determinou a sentença confirmada pelo tribunal fluminense.

Em voto divergente, o eminente Ministro Ari Pargendler sustentou o caráter insólito do pedido, ao fundamento de que o imóvel objeto da controvérsia caberia no quinhão hereditário do possuidor que, na hipótese considerada, teria preferência à sua adjudicação no momento da partilha, razão pela qual poder-se-ia considerar que o proprietário estaria pagando aluguel pelo uso de coisa própria.

Para melhor exame da controvérsia, pedi vista.

Primeiramente, é de se ter presente que, por ocasião do julgamento dos Embargos de Divergência no Recurso Especial de n. 622.472 – RJ, relator o Ministro Luiz Fux, a Corte Especial fixou entendimento a respeito do tema. Naquela oportunidade, restou decidido que a cobrança de aluguéis em casos como o presente, em que pese inexistir uma relação onerosa entre as partes, poderia ocorrer sempre que um dos condôminos-hereditários opusesse resistência ao exercício pleno e concomitante dos poderes inerentes ao domínio a qualquer dos herdeiros, circunstância constatada nos autos.

Além disso, é de se lembrar que embora o domínio e a posse se transmitam aos herdeiros por ocasião da abertura da sucessão, não lhes é possível a atribuição da propriedade dos bens herdados, individualmente considerados, até o momento da oficialização da partilha.

Pelo exposto, peço licença ao insigne Ministro Ari Pargendler para acompanhar integralmente o voto da eminente relatora.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros: Alexandre Carneiro da Cunha Couceiro ajuizou ação condenatória contra o próprio irmão, Henrique da Costa Barros.

Afirmou, em síntese, que o irmão residia em imóvel objeto da herança sem dar-lhe qualquer aproveitamento econômico.

Pediu a condenação do réu ao pagamento de metade de um aluguel do imóvel, que ocupava desde a abertura da sucessão do pai, até enquanto estivesse usando o imóvel de forma exclusiva.

A sentença julgou procedente o pedido (fls. 131/133).

A apelação foi improvida. Eis a ementa do acórdão ora recorrido:

> Apelação. Ordinária. Sucessão hereditária.
>
> Face a norma do art. 1.572 do Cód. Civil, aberta a sucessão, transmitem-se de plano o domínio e a posse da herança aos herdeiros legítimos e testamentários.
>
> Direito de usufruir.
>
> Como dispõem os artigos 627 e 638 do Cód. Civil, todos os condôminos têm o direito de usufruir do bem, respondendo cada consorte aos outros pelos frutos recebidos e na proporção dos quinhões.

Apelo improvido. (Fl. 169/170)

Opostos embargos declaratórios, foram rejeitados.

Veio o recurso especial, em que o recorrente reclama de violação ao Art. 1.778 do Código Beviláqua. Em suma, afirma que:

> • o artigo 1.778 é inequívoco: só quem recebe frutos, desde a abertura da sucessão, deve trazê-los ao acervo. Insista-se, com todas as vênias no ponto. Se o *de cujus* havia cedido o imóvel para uso de um filho, os direitos que o mesmo tinha, passaram aos herdeiros, que têm de respeitar o vínculo, até desfazê-lo pelas vias próprias. Se não produzia frutos, em decorrência do uso (CC art. 746), não é o herdeiro usuário da habitação, devedor de frutos (aluguel) ao outro herdeiro desde a abertura da sucessão (fl. 188, grifos originais); e
>
> • ainda que prevaleça a tese do acórdão recorrido, só poderia "ser devedor de aluguel ao co-herdeiro (autor da ação e ora recorrido) a partir de quando lhe foi judicialmente exigido, jamais da abertura da sucessão" (fl. 189).

O Ministério Público Federal, em parecer da lavra do e. Subprocurador Henrique Fagundes Filho, opinou pelo não-conhecimento do recurso (fls. 244/248).

A Relatora, Ministra Nancy Andrighi, votou pelo parcial provimento ao recurso para reformar o acórdão recorrido e estabelecer que o pagamento do valor a título de aluguel deve ser feito desde a notificação do ora recorrente.

O Ministro Ari Pargendler, proferiu voto-vista pela improcedência do pedido inicial.

O Ministro Castro Filho, em voto-vista, acompanhou a e. Relatora.

Pedi vista dos autos a fim de pensar melhor sobre a questão.

Pelo princípio da *saisine*, "aberta a sucessão, o domínio e a posse da herança transmitem-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários" (CC/1916, art. 1.572 – CC/2002, art. 1.784).

Com isso, no momento da abertura da sucessão os irmãos-herdeiros já assumiram o *status* de proprietários e possuidores de todo o acervo hereditário deixado pelo *de cujus*.

Henrique da Costa Barros, réu, ora recorrente, continuou a exercer posse direta do imóvel – que já ocupava – do qual, por força da *saisine*, passou a ser co-proprietário.

Ora, o venerável Código Beviláqua dizia que em "sendo chamadas simultaneamente, a uma herança, duas ou mais pessoas, será indivisível o seu direito, quanto à posse e ao domínio, até se ultimar a partilha" (art. 1.580).

Assim, até a ultimação da partilha, os herdeiros têm um condomínio, decorrente da indivisibilidade temporária, sobre o acervo hereditário. Tal conclusão, inclusive, ficou explícita no art. 1.791, parágrafo único, do Código Civil atual.

A primeira parte do art. 1.778 do CC/1916 afirma que os herdeiros, em posse da herança, são obrigados a trazer ao acervo os frutos que, desde a abertura da sucessão, perceberam.

Ora, os herdeiros são co-proprietários e o condomínio lhes outorga o direito de "usar livremente da coisa conforme seu destino, e sobre ela exercer todos os direitos compatíveis com a indivisão" (CC/1916, art. 623, I – CC/2002, art. 1.314). Note-se bem que o art. 1.778 do CC/1916 (CC/2002, art. 2.020) afirma que os herdeiros em posse de bens da herança são obrigados a trazer ao acervo *os frutos que perceberam*. Portanto, se o herdeiro, que é proprietário, não retirar frutos da coisa, nada haverá que levar ao acervo hereditário. Noutras palavras: o simples uso dos bens herdados é direito do herdeiro (co-proprietário), cujo exercício não impõe dever de recomposição ao acervo da herança.

Tenho como decisiva a circunstância de que o demandado, ora recorrente utiliza o imóvel a título de comodato instituído por seu pai (autor da herança).

Ora, imóvel sob comodato não rende frutos, ao contrário daquele que estiver alugado.

Por outro lado, a morte do comodante não transforma em locação o comodato instituído em favor de seu filho.

Vale dizer: o uso da coisa pelo herdeiro que era comodatário quando se abriu a sucessão não gera frutos e, por isso, não o obriga à recomposição do acervo hereditário.

Essa lógica, além de incorporada ao novo Código, está clara no Código revogado quando expressa que:

> Art. 623. Na propriedade em comum, compropriedade, ou condomínio, cada condômino ou consorte pode:
>
> I - usar livremente da coisa conforme seu destino (...). (Cf. CC/2002, art. 1.314).

A meu sentir, a solução preconizada pela Relatora e pelo Ministro Castro Filho pode gerar precedente perigoso. Imagine-se uma grande herança com diversos herdeiros cobrando aluguéis uns contra os outros pelo simples uso (exercício de direito do herdeiro) dos bens deixados pelo *de cujus*.

Para min ser irrelevante a preferência na aquisição da coisa ou a circunstância de o bem caber no quinhão do herdeiro que o usa. Em verdade, o uso é direito do condômino e, por conseqüência, do herdeiro enquanto não se ultimar a partilha. A Lei não restringe ao co-proprietário (ou herdeiro) o uso da coisa comum (CC/1916, art. 623, I e CC/2002, art. 1.314). Não se pode esquecer que em havendo herdeiro desconhecido, o critério do cabimento do quinhão do herdeiro-possuidor fica prejudicado, pois, em verdade, àquele herdeiro não caberia o quinhão inicialmente previsto.

No entanto, o Ministro Ari Pargendler advertiu que a circunstância de o co-proprietário (herdeiro) pagar aluguel pelo usa da coisa comum é insólita.

Realmente, penso que o ordenamento civil não admite a cobrança de aluguel pelo uso da coisa condominial, pois, a teor do texto legal, o uso é direito do condômino (CC/1916, art. 623, I – CC/2002, 1.314). *Data venia*, o art. 623 do Código Beviláqua (atual art. 1.314 do CC/2002), ao arrolar os direitos do condômino, não insere o de cobrar aluguel (negócio jurídico decorrente de acordo de vontade) dos respectivos consortes pelo simples uso da coisa comum. Ao contrário, outorga-lhes, expressamente, o direito de usar livremente a coisa.

Repito: o condômino (ou herdeiro) tem direito de usar a coisa comum. Se é impedido do exercício desse direito por algum consorte, não se afasta a possibilidade de um condômino (ou herdeiro) ajuizar ação indenizatória (CC/1916, art. 159 – CC/2002, art. 186 – dano emergente e lucros cessantes) contra outro(s) pelo impedimento no uso da coisa comum (ou herdada). No entanto, aí, a causa de pedir é outra: violação do direito de uso do co-proprietário (CC/1916, art. 623, I - CC/2002, art. 1.314), o que não se confunde com a cobrança de aluguel pelo simples uso de bem havido por herdeiro sem aproveitamento econômico (causa de pedir desta ação). Também, no caso, a causa de pedir não é propriamente o impedimento ao uso da coisa comum. O móvel (causa de pedir) da ação é a ausência de destinação econômica do bem herdado que é usado pelo réu, ora recorrente. Tanto que a notificação feita pelo autor ao réu teve o escopo de que "fosse depositado em sua conta corrente o equivalente a metade de um aluguel (...)" (fl. 03).

Portanto, em suma, trata-se dum raciocínio lógico:

(1) o falecimento do autor da herança não transforma em locação o comodato por ele instituído em favor de um de seus filhos.

(2) até a ultimação da partilha a herança deixada a dois ou mais herdeiros constitui um condomínio (CC/1916, arts. 1.580 – CC/2002, art. 1.791, par. único);

(3) o herdeiro é co-proprietário e tem o direito de "usar livremente a coisa conforme seu destino, e sobre ela exercer todos os direitos compatíveis com a indivisão" (CC/1916, art. 623, I – CC/2002, art. 1.314);

(4) se o herdeiro em posse de bens da herança obtiver frutos (exercício de direito compatível com a indivisão), é obrigado leva-los ao acervo hereditário (CC/1916, art. 1.778 – CC/2002, art. 2.020);

(5) assim, se apenas exerce o direito de usar livremente o bem conforme seu destino, nada deve ao acervo hereditário, pois o simples uso da coisa herdada pelo herdeiro – que é co-proprietário – não lhe gera frutos.

A conclusão, enfim, é a seguinte: a obrigação de levar frutos ao acervo hereditário não decorre do uso de bens da herança, pois usar é direito do herdeiro (condômino), que não se confunde com a percepção de frutos (CC/1916, art. 1.778 c.c. arts. 1.580 e 623 – CC/2002, art. 2.020 c.c. arts. 1.791, par. único, e 1.314).

A par dessa conclusão, mesmo na tese defendida pela Relatora, ainda queria alertar que a legitimidade para pedir a recomposição de frutos decorrentes da posse de bens da herança é do espólio, pois tais frutos pertencem ao acervo hereditário que será objeto de partilha entre os herdeiros. O herdeiro, em nome próprio, não pode pleitear direito do espólio, que possui capacidade processual (CPC, Art. 12, V) para fazê-lo no interesse de todos herdeiros (alguns ainda eventualmente desconhecidos e alheios ao inventário). Portanto, no caso, o autor sequer é parte legítima para pedir recomposição de "frutos" ao réu.

Louvado nessas razões, peço venia à Relatora e ao Ministro Castro Filho, para dar provimento ao recurso especial e julgar improcedente o pedido, na companhia do Ministro Ari Pargendler.

Condeno o autor ao pagamento de custas e honorários advocatícios, que fixo em 20% sobre o valor da causa.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito: O recorrido ajuizou ação ordinária alegando ser filho e herdeiro natural de José Henrique Carneiro da Cunha Couceiro com Lílian Roma de Abreu Lima, sendo irmão do réu por parte de pai. Diz que seu pai faleceu em 07.03.1998 deixando bens que de acordo com o art. 1.572 do Código Civil transmitiram-se aos herdeiros legítimos no momento da abertura da sucessão. Afirma que o inventário foi aberto pela companheira do pai, Mariza Gianini, mencionando os bens imóveis que fazem

parte do inventário. Diante da contestação do réu, com ele ficou a inventariança, representado por sua mãe, "tendo em vista sua menoridade e o fato do autor residir à época nos Estados Unidos da América" (fl. 3). O autor assevera que o réu tem usado o imóvel da Rua das Laranjeiras de forma exclusiva, "lá residindo sem dar-lhe qualquer aproveitamento econômico" (fl. 3). Diante disso, o autor notificou o réu, na pessoa de sua mãe, mas não obteve êxito. Invoca os artigos 623, 627 e 638 do Código Civil para pedir a "percepção imediata dos frutos da coisa comum" (fl. 4), trazendo precedentes. O pedido é de pagamento de metade do equivalente ao aluguel do imóvel comum enquanto estiver usando o bem de forma exclusiva.

A sentença da Dra. Maria Paula Gouvêa Galhardo julgou procedente o pedido, devendo o valor ser arbitrado judicialmente na proporção do respectivo quinhão, com juros moratórios da citação e correção monetária do ajuizamento.

O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro negou provimento à apelação. Segundo o Tribunal local, o imóvel é usado exclusivamente por um dos herdeiros com o que deve este pagar aluguel aos demais na proporção dos quinhões, não havendo suporte legal para que continue a usufruir exclusivamente do bem imóvel.

Os embargos de declaração foram rejeitados.

A eminente Relatora conheceu do especial e lhe deu provimento estabelecendo que "o pagamento do valor a título de aluguel deve ser feito desde a data da notificação do recorrente". Lembrou a Relatora precedente da Corte no sentido de que "seria possível um herdeiro exigir o pagamento de aluguel daquele que ocupa com exclusividade o imóvel. Entretanto, foi imposta uma condição para o surgimento desta obrigação: considerou-se que seria necessário demonstrar resistência do ocupante à fruição concomitante do imóvel ou oposição, judicial ou extrajudicial, por parte dos demais herdeiros". Para a Relatora, houve oposição do herdeiro autor e resistência do herdeiro réu, cabível o pedido, "sendo irrelevante, nesta circunstância, o fato invocado no recurso especial de que o bem não produzia rendimento antes da abertura da sucessão".

O Ministro Ari Pargendler divergiu entendendo que a herança é recebida em estado de comunhão "*pro indiviso*, o qual pode, ou não, terminar com a partilha: a) deixa de existir se o patrimônio puder ser dividido entre os herdeiros, cada qual passando a ser proprietário de um ou mais bens; b) subsiste, seja porque não houve a divisão do patrimônio, seja porque este é indivisível – mas muda de natureza, porque passa a ser um estado de comunhão *inter vivos*, não mais um estado de comunhão hereditária", citando Pontes de Miranda. Para o

Ministro Ari Pargendler, se a partilha tarda, estando um dos herdeiros na posse e gozo do bem, a "resposta depende de saber, primeiro, se o imóvel cabe, ou não, no quinhão do possuidor e, segundo, se ele tem preferência na respectiva partilha". E, segue o Ministro Ari Pargendler, "Na espécie, o quinhão hereditário cabe no *quantum* que deve ser partilhado ao possuidor, e ele tem preferência na adjudicação, tal qual deflui, *a contrario sensu*, do art. 1.777 do Código Civil e da elaboração doutrinária", trazendo outra vez a lição de Pontes de Miranda. Assim, para o voto divergente, "Se o imóvel cabe no quinhão hereditário e o possuidor tem preferência na partilha, não está obrigado a transferir para o espólio os frutos atuais ou potenciais do bem, nem pode lançar os respectivos encargos à conta da herança (*v.g., despesas condominiais, taxas e impostos*); se prevalecesse a solução adotada nas instâncias ordinárias, ter-se-ia o resultado insólito de o proprietário pagar aluguel". Se o quinhão hereditário fosse menor do que o bem ocupado pelo herdeiro a solução seria outra, "porque este teria então de carrear ao espólio os respectivos frutos, sob pena de enriquecimento em causa".

Em voto-vista o eminente Ministro Castro Filho acompanhou a Relatora aduzindo que "embora o domínio e a posse se transmitam aos herdeiros por ocasião da abertura da sucessão, não lhes é possível a atribuição da propriedade dos bens herdados, individualmente considerados, até o momento da oficialização da partilha".

O Ministro Humberto Gomes de Barros, também em voto-vista, acompanhou a divergência. Desenvolveu o Ministro Humberto Gomes de Barros um raciocínio lógico, a saber:

> (...)
>
> (1) o falecimento do autor da herança não transforma em locação o comodato por ele instituído em favor de um de seus filhos;
>
> (2) até a ultimação da partilha a herança deixada a dois ou mais herdeiros constitui um condomínio (CC/1916, arts. 1.580 – CC/2002, art. 1.791, par. único);
>
> (3) o herdeiro é co-proprietário e tem o direito de 'usar livremente a coisa conforme seu destino, e sobre ela exercer todos os direitos compatíveis com a indivisão' (CC/1916, art. 623, I – CC/2002, art. 1.314);
>
> (4) se o herdeiro em posse de bens da herança obtiver frutos (exercício de direito compatível com a indivisão), é obrigado levá-los ao acervo hereditário (CC/1916, art. 1.778 – CC/2002, art. 2.020);
>
> (5) assim, se apenas exerce o direito de usar livremente o bem conforme seu destino, nada deve ao acervo hereditário, pois o simples uso da coisa herdada pelo herdeiro – que é co-proprietário – não lhe gera frutos.

Pedi vista para examinar precedente da Corte Especial mencionado no voto do Ministro Castro Filho.

De fato, o tema foi objeto de julgado da Corte Especial, Relator o Ministro Luiz Fux (EREsp n. 622.472-RJ, DJ de 07.11.2005), sendo o acórdão embargado desta Terceira Turma, Relatora a Ministra Nancy Andrighi. Vejamos.

No acórdão da Terceira Turma lê-se que as partes litigantes tornaram-se co-proprietárias do bem por força de herança, sendo que nele já residia a então recorrida e lá continuou a morar "sem aparente resistência por parte dos demais herdeiros alçados, então, à condição de co-proprietários". Naquele caso, embora tenha sido reconhecida a possibilidade de cobrança de alugueres pelo uso exclusivo do bem por um dos condôminos, quando houver resistência do ocupante à fruição concomitante do bem ou houver impedimento concreto ou psicológico à utilização comum, a conclusão foi no sentido de que não estavam presentes esses requisitos para autorizar a cobrança pretendida.

Na Corte Especial, o voto do Ministro Luiz Fux assinalou que a "regra condominial é o livre usufruto do bem por cada condômino, salvo se óbices legais ou fáticos impedirem a realização plena do referido direito", mencionando precedente da Segunda Seção (EREsp n. 130.605-DF, Relator o Ministro Ruy Rosado de Aguiar, DJ de 23.04.2001). Para o Ministro Luiz Fux, examinando os termos da discussão travada naquele precedente, "a simples anuência à permanência de outro condômino em bem imóvel não enseja direito à percepção de alugueres, pelo fato de que somente faria jus a este benefício quem sofresse algum óbice ao uso, gozo e usufruto do bem condominial. Assim, somente com a negativa do exercício direto e imediato do bem condominial é que nasceria o direito à percepção de alugueres". E, ainda, afirmou o Relator que "o uso exclusivo do condômino que enseja a pretensão de percebimento de aluguéis pressupõe oposição daquele titular em relação aos demais comunheiros, os quais, na forma da lei, podem postular a alienação judicial do bem em face da indivisão incompatível com a coabitação".

Esclareço que no precedente da Terceira Turma que deu ensejo ao EREsp julgado na Segunda Seção a questão que estava posta era referente à separação judicial em que se determinou o pagamento de alugueres, seguindo o voto do Ministro Nilson Naves. No precedente da Corte Especial, ao converso, era tema de direito sucessório.

Verifico que o que ficou assentado, como resumido na ementa, é que o "uso exclusivo do condômino que enseja a pretensão de percebimento de aluguéis pressupõe oposição daquele titular em relação aos demais comunheiros, os quais, na forma da lei, podem postular a alienação judicial do bem em face da indivisão incompatível com a coabitação", considerando que o "condômino que habita o imóvel comum engendra exercício regular de direito somente encetando 'abuso

de direito' se impede os demais do manejo de qualquer dos poderes inerentes ao domínio".

Assim, havendo oposição, como no caso há e foi demonstrado pela eminente Relatora, entendo que deve prevalecer a orientação da Corte Especial já traçada.

Destarte, pedindo vênia aos votos divergentes, conheço em parte do recurso especial e, nessa parte, dou-lhe provimento, nos termos do voto da Senhora Ministra Relatora.

RECURSO ESPECIAL N. 629.346-DF (2004/0018906-6)

Relator: Ministro Ari Pargendler
Recorrente: Derval do Nascimento Rocha
Advogado: Julimar Andrade de Vieira
Recorrido: Banco Fiat S/A
Advogada: Cristiane Borges Arantes Ayres e outros

EMENTA

Processo Civil. *Astreintes*. Necessidade de intimação pessoal. A intimação da parte obrigada por sentença judicial a fazer ou a não fazer deve ser pessoal, só sendo exigíveis as *astreintes* após o descumprimento da ordem. Recurso especial não conhecido.

ACÓRDÃO

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

Brasília (DF), 28 de novembro de 2006 (data do julgamento).

Ministro Ari Pargendler, Relator

DJ 19.03.2007

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Ari Pargendler: Nos autos dos embargos opostos por Banco Fiat S/A à execução ajuizada por Derval do Nascimento Rocha, o MM. Juiz de Direito Dr. Carlos D. V. Rodrigues reconheceu a inexigibilidade da multa diária aplicada na obrigação de fazer, por falta de intimação do Banco Fiat S/A sob o seguinte fundamento:

> ... se a comunicação for destinada a produzir efeito na pessoa da parte, para que faça ou deixe de fazer alguma coisa, deverá ser pessoal, preferencialmente por mandado, certificando o oficial de justiça a intimação ou atestando o serviço postal a entrega do mandado ao destinatário. (Fl. 118)

A Segunda Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, Relatora a Desembargadora Adelith de Carvalho Lopes, negou provimento aos recursos de apelação em acórdão assim ementado:

> Embargos à execução. Título judicial. Multa diária por descumprimento do dispositivo da sentença-exclusão. Intimação pessoal. 1. Se a parte executada não foi intimada pessoalmente para implementar obrigação de fazer imposta na sentença executada, pena de multa diária, correta a decisão que acolheu parcialmente os embargos para excluir do *quantum* executado a verba apurada a esse pretexto. 2. Caracterizado o fenômeno da sucumbência recíproca (art. 21, CPC), devem as partes ratear o pagamento das despesas processuais, cada uma arcando com os honorários de seu respectivo patrono. Recursos improvidos. Maioria. (Fl. 161)

Opostos embargos de declaração (fls. 172/174) foram rejeitados (fls. 180/182).

Sobreveio recurso especial interposto com base no artigo 105, III, letras **a** e **c** da Constituição Federal por violação dos artigos 36, 128, 236, 460, 463, 467, 468 e 472 do Código de Processo Civil bem como por divergência jurisprudencial (fls. 184/198).

VOTO

O Sr. Ministro Ari Pargendler (Relator): O MM Juiz de Direito julgou procedente o pedido articulado por Derval do Nascimento Rocha contra o Banco Fiat S/A, aditando à condenação uma obrigação de fazer *in verbis*:

> Condeno o requerido a promover a imediata exclusão do nome do requerente dos cadastros da Serasa, no prazo de 10 (dez) dias contados da intimação da presente, sob pena de incorrer em multa de R$ 100,00 (cem reais), por dia de atraso,

> igualmente sujeita aos juros e correção monetária relativas à verba indenizatória, caso venha dar lugar a pedido de execução – CPC, art. 461. (Fl. 19)

O tribunal *a quo* manteve a sentença (fls. 22/35) e a decisão transitou em julgado no dia 11 de dezembro de 2000 (fl. 41).

A 05 de abril de 2001 Derval do Nascimento Rocha ajuizou a execução de sentença reclamando o pagamento da indenização do dano moral e das multas diárias pelo descumprimento da obrigação de fazer, tudo no montante de R$ 111.163,22 (cento e onze mil, cento e sessenta e três reais e vinte e dois centavos) – fls. 42/45.

Banco Fiat S/A opôs embargos à execução, seja porque alegadamente as multas são inexigíveis antes da intimação pessoal da parte seja porque não podem exceder o valor da indenização do dano moral (fls. 02/08).

O MM. Juiz de Direito julgou procedente os embargos à execução "para reconhecer a inexigibilidade do crédito relativo à multa a que se referem as planilhas de fls. 47/74, por falta de intimação pessoal da parte contra quem foi imposta" (fl. 119).

O tribunal *a quo* manteve a sentença por maioria de votos, e, rejeitados os embargos de declaração (fls. 180/182), Derval do Nascimento Rocha interpôs recurso especial sustentando a ocorrência de julgamento *extra petita* e a desnecessidade da intimação pessoal da parte sujeita à multa estabelecida na sentença (fls. 184/198).

Tanto a sentença quanto o acórdão foram coerentes com os pedidos articulados nos embargos à execução, *in verbis*:

> b) sejam julgados procedentes estes embargos para decretar a extinção da mencionada execução pelas alegações preliminares, todavia, se assim não for entendido, sejam tomadas como de mérito para os mesmos efeitos;
>
> c) alternativamente, superados os requerimentos retro, o que somente se admite em tese, pugna pela aplicação do parágrafo único do art. 644 do CPC, reduzindo-se o *quantum* a título de multa diária para quantia não superior ao dano moral propriamente dito, nos termos da mesma r. sentença executada. (Fl. 07)

Quer dizer, Banco Fiat S/A requereu a extinção da execução de sentença em razão da falta de intimação pessoal da parte, e alternativamente a redução da multa.

As instâncias ordinárias reconheceram "a inexigibilidade do crédito relativo à multa" (fl. 119), atendendo ao que fora postulado no primeiro pedido.

Quanto à exigibilidade das *astreintes*, as razões do recurso especial se desdobram em dois pontos: o de que a intimação da sentença se dá, na forma do artigo 236 do CPC, na pessoa dos advogados que representam as partes; e o de que o tribunal *a quo* teria alterado a sentença na fase da execução ao dizer que "o *dies a quo* dessa condenação específica passou a ser o 11º (décimo primeiro) dia após o trânsito em julgado da referida decisão" (fl. 192).

A respeito do primeiro tópico, a Terceira Turma tem precedente que conforta o entendimento manifestado no acórdão, aquele de que trata o Agravo Regimental no Agravo n. 774.196, RJ, Relator o Ministro Humberto Gomes de Barros, assim ementado:

> Processual Civil. Agravo regimental. Agravo de instrumento. Prequestionamento. Ausência. Decisão cominatória. Obrigação de fazer. *Astreintes*. Intimação pessoal. Necessidade. Fundamentos da decisão agravada. Falta de ataque. Súmula n. 182.
>
> • Falta prequestionamento quando o dispositivo legal supostamente violado não foi discutido na formação do acórdão recorrido.
>
> • A parte a quem se destina a ordem de fazer ou não fazer deve ser pessoalmente intimada da decisão cominatória, especialmente quando há fixação de *astreintes*.
>
> • 'É inviável o agravo do Art. 545 do CPC que deixa de atacar especificamente os fundamentos da decisão agravada'.

O segundo tópico, atinente ao desrespeito à coisa julgada deixou de ser prequestionado prejudicando o exame da controvérsia à luz dos artigos 463, 467, 468 e 472 do Código de Processo Civil.

Voto, por isso, no sentido de não conhecer do recurso especial.

RECURSO ESPECIAL N. 645.662-SP (2004/0030418-4)

Relator: Ministro Humberto Gomes de Barros
Recorrente: Irineu Negrao de Vilhena Moraes
Advogado: Ana Maria Paciello e outro(s)
Recorrido: Banco ABN AMRO Real S/A
Advogado: Alexandre Romero da Mota e outro(s)

EMENTA

Recurso especial. Prequestionamento. Inocorrência. Súmula n. 282-STF. Falta de combate aos fundamentos do acórdão. Aplicação

analógica da Súmula n. 182. Deficiência na fundamentação do recurso. Súmula n. 284-STF. Reparação de danos. Serviços advocatícios. Prescrição. Termo inicial. Responsabilidade subsidiária dos sócios. Legitimidade passiva. Princípio da economia processual.

• Falta prequestionamento quando o dispositivo legal supostamente violado não foi discutido na formação do acórdão recorrido.

• É inviável o recurso especial que não ataca os fundamentos do acórdão recorrido. Inteligência da Súmula n. 182.

• Se o recorrente apenas cita artigo de lei federal, sem demonstrar a violação, incide a Súmula n. 284 do STF.

• A prescrição da ação para reparação por danos causados por advogado, em patrocínio judicial, flui do trânsito em julgado do provimento jurisdicional resultante do erro profissional apontado.

• A condição de responsável subsidiário (EOAB, Art. 17) outorga legitimidade passiva a cada sócio de escritório de advocacia para responder ação de reparação por fato do serviço. O benefício da subsidiariedade só os protegem na execução.

• Não é compatível com o Princípio da Economia Processual forçar o autor, após longo e moroso processo de conhecimento e duma execução frustrada contra o devedor principal (sociedade advocatícia), novamente, a bater às portas do Judiciário para percorrer nova *via crucis* (enfadonha ação cognitiva além de outra execução), agora, contra os devedores subsidiários.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Ari Pargendler, Carlos Alberto Menezes Direito e Nancy Andrighi votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Castro Filho.

Brasília (DF), 28 de junho de 2007 (data do julgamento).

Ministro Humberto Gomes de Barros, Relator

DJ 1º.08.2007

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros: Banco ABN AMRO Real promoveu ação de indenização (fls. 28/38) contra Negrão e Bortoleto Advogados Associados e os sócios do escritório por suposta falha na prestação de serviços advocatícios.

Na contestação (fls. 208/251), levantaram-se preliminares de prescrição, ilegitimidade passiva *ad causam*, impossibilidade jurídica do pedido e carência de ação por falta de interesse de agir.

Decisão saneadora afastou as preliminares apontadas (fls. 268/269).

Veio agravo de instrumento, que foi improvido. Eis a ementa do julgado:

> Agravo de instrumento. Mandato. Indenização. 1. A prescrição, na ação de indenização por culpa de advogado, flui a partir da consolidação do dano que, decorrente da procedência da ação por confissão, se dá com o trânsito em julgado da sentença. 2. A legitimidade passiva *ad causam* do advogado, além da sociedade que integra, decorre da Lei n. 8.906/1994 (art. 32, c.c. art. 17). 3. A premissa de que o ofensor é obrigado a reparar o prejuízo que causa, por culpa ou dolo, torna evidente a possibilidade jurídica do pleito indenizatório e o interesse de agir do lesado. Decisão mantida. Recurso improvido (fl. 288).

Daí o recurso especial, em que os demandados dizem:

• a ação está prescrita, pois o prazo fluiu a partir do conhecimento do dano e de sua autoria, no caso, em 28.10.1999,

• é parte ilegítima porque o Art. 17 da Lei n. 8.906/1994 trata de responsabilidade subsidiária dos sócios da sociedade advocatícia,

• o pedido é juridicamente impossível já que a lei veda, expressamente, o enriquecimento ilícito,

• não há interesse de agir, em vista da ausência de necessidade da ação porque inexiste dano.

Após as contra-razões (fls. 319/328), o recurso foi aprovado no juízo de admissibilidade da origem (fls. 330/331).

VOTO

O Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros (Relator): O recorrente faz apenas meras menções aos arts. 14, § 4º, 26, 27, do CDC, 159, 172, 173 e 1.292 do Código Beviláqua, 269, IV e 267, VI, do CPC, 844 da CLT, 15, § 3º, e 17 da Lei n. 8.906/1994.

Os Arts. 14, § 4º e 26 do CDC, 172 , 173 e 1.292 do CC/1916, 269, IV e 267, VI, do CPC, 844 da CLT e 15, § 3º, da Lei n. 8.906/1994, não foram debatidos no acórdão recorrido. Falta prequestionamento. Incide a Súmula n. 282-STF.

Há, ainda, deficiência na fundamentação do recurso, porque não se apontam as razões pelas quais a maioria dos demais dispositivos foi violada pelo Tribunal de origem (CPC, Art. 541, III). Incide a Súmula n. 284-STF. Nesse sentido: REsp n. 435.384/Humberto, REsp n. 160.226/Demócrito, REsp n. 266.555/Gonçalves, REsp n. 437.506/Fischer e REsp n. 281.670/Sálvio, dentre outros.

Os recorrentes também não combatem os fundamentos do julgado recorrido, sustentando a tese de que o pedido é juridicamente possível e afirmando o interesse de agir. As razões do recurso especial são, substancialmente, cópias dos argumentos desenvolvidos nas petições de contestação e agravo de instrumento rejeitados pelo saneador e pelo acórdão recorrido respectivamente.

É inviável o recurso especial que não ataca os fundamentos do acórdão recorrido. Súmula n. 182-STJ, que incide, por simetria, no caso, quanto às questões mencionadas (impossibilidade jurídica do pedido e interesse de agir). Vide precedentes: AgRg no Ag n. 378.433/Humberto, AgRg no Ag n. 32.739/Cláudio Santos, REsp n. 255.169/Franciulli, dentre outros.

Somente em relação à prescrição e à ilegitimidade passiva há razoável combate ao acórdão recorrido.

O Segundo Tribunal de Alçada Civil de São Paulo afastou a prescrição com este argumento:

> (1) A prescrição, mesmo que considerada a qüinqüenal do art. 27, do Código de Defesa do Consumidor, não ocorreu, pois o suposto dano decorrente da indigitada negligência na prestação de serviços de advocacia se consolidou na sentença onde se aplicou a pena de confissão e, portanto, a partir da *res judicada* é que esta passa a fluir. (Fl. 291)

No REsp n. 364.168/Pádua, esta Turma, por maioria, manifestou entendimento pela aplicação do CDC aos serviços advocatícios. Noutra assentada, o julgamento do REsp n. 651.278/Direito confirmou esse entendimento.

No entanto, filio-me à posição de que o CDC não se aplica à prestação de serviços advocatícios. Nesse sentido, destaco os seguintes precedentes:

> Processo Civil. Ação de conhecimento proposta por detentor de título executivo. Admissibilidade. Prestação de serviços advocatícios. Inaplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor.

O detentor de título executivo extrajudicial tem interesse para cobrá-lo pela via ordinária, o que enseja até situação menos gravosa para o devedor, pois dispensada a penhora, além de sua defesa poder ser exercida com maior amplitude.

Não há relação de consumo nos serviços prestados por advogados, seja por incidência de norma específica, no caso a Lei n. 8.906/1994, seja por não ser atividade fornecida no mercado de consumo.

As prerrogativas e obrigações impostas aos advogados – como, v.g., a necessidade de manter sua independência em qualquer circunstância e a vedação à captação de causas ou à utilização de agenciador (arts. 31/ § 1° e 34/III e IV, da Lei n. 8.906/1994) – evidenciam natureza incompatível com a atividade de consumo.

Recurso não conhecido. (REsp n. 532.377/Cesar Rocha); e

Processual. Ação de arbitramento de honorários. Prestação de serviços advocatícios. Código de Defesa do Consumidor. Não aplicação. Cláusula abusiva. *Pacta sunt servanda*.

• Não incide o CDC nos contratos de prestação de serviços advocatícios. Portanto, não se pode considerar, simplesmente, abusiva a cláusula contratual que prevê honorários advocatícios em percentual superior ao usual. Prevalece a regra do *pacta sunt servanda*. (REsp n. 757.867/RS, de minha relatoria)

No mesmo sentido: REsp n. 539.077/Passarinho.

Por isso, concluo que a prescrição da ação por dano decorrente da prestação do serviço advocatício (CC/1916, Art. 159 – CC/2002, Art. 186) será regulada pela regra geral das ações pessoais do Código Civil. Isto é, 20 anos na vigência do Beviláqua (Art. 177) e 10 anos após a entrada em vigor do Código Reale (Art. 205).

No caso, os fatos se desenvolveram na vigência do Código Beviláqua.

Note-se que os danos emergentes de má atuação de advogado em processo judicial apenas se consolidam definitivamente com o trânsito em julgado do ato judicial decorrente da suposta falha no patrocínio da causa.

Portanto, a prescrição da ação para reparação por danos causados por fato do serviço advocatício em patrocínio judicial flui do trânsito em julgado do provimento jurisdicional resultante do erro profissional apontado.

Quero frisar que o caso não se confunde com a situação tratada no REsp n. 633.174/Nancy, cuja ementa reflete:

Civil e Consumidor. Recurso especial. Ação reparatória. Contrato de prestação de serviços advocatícios. Inexecução contratual. Prazo prescricional.

A ação para reparação de danos relativos à *inexecução de contrato de prestação de serviços advocatícios* se sujeita ao prazo prescricional previsto no art. 177 do CC 1916 (art. 205 do CC 2002), e não aquele previsto no art. 27 do CDC.

Recurso especial não conhecido. (grifei)

O voto da e. Relatora divisa bem o tema abordado no precedente:

A questão posta a desate pelo recorrente consiste em aferir se pelo descumprimento do contrato de prestação de serviços advocatícios há de ser aplicado o prazo de prescrição constante do art. 27 do CDC ou aquele previsto no art. 177 do CC 1916.

Conforme dispõe o art. 27 do CDC, 'prescreve em cinco anos a pretensão à reparação pelos danos causados por fato do produto ou do serviço prevista na Seção II deste Capítulo [Capítulo IV], iniciando-se a contagem do prazo a partir do conhecimento do dano e de sua autoria'.

É de se considerar como danos causados por fato do serviço, nos termos do art. 14 do CDC, "os danos causados ao consumidor por defeito relativo à prestação do serviço, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos'. Por fim, o § 1º do aludido artigo considera como defeituoso o serviço que não fornece a segurança que o consumidor dele pode esperar.

A ocorrência de qualquer desses danos viabiliza a propositura de ação pelo consumidor para obter reparação civil, hipótese em que o direito de ação prescreve no prazo previsto no art. 27 do CDC.

Contudo, a situação retratada nos autos não cuida de fato do serviço, mas de inadimplemento contratual. Isso porque os serviços advocatícios contratados sequer chegaram a ser prestados, posto que a reclamação trabalhista não foi proposta pelo recorrente.

Muito embora a relação jurídica firmada entre as partes se submeta à disciplina do CDC, só há de incidir o prazo prescricional previsto em seu art. 27 quando a ação proposta pelo prejudicado visar à específica reparação de dano proveniente de fato do serviço.

Se proposta a ação com lastro no inadimplemento contratual, seja esse total ou parcial, o prazo regulado pelo art. 177 do CC 1916 (correspondente hoje ao art. 205 do CC 2002) há de ser aplicado, eis que trata da prescrição de ação relativa a direito pessoal.

O STJ já se manifestou sobre o prazo prescricional a ser observado na hipótese de inadimplemento contratual, ainda que se trate de relação jurídica de consumo."

Em suma, na linha da inaplicabilidade do CDC aos serviços advocatícios, a prescrição será regulada, no caso de reparação por dano decorrente de serviço advocatício, pela regra geral das ações pessoais do Código Civil.

Prosseguindo, o Tribunal paulista disse que a "legitimidade passiva *ad causam* do advogado, além da sociedade que integra, decorre da Lei n. 8.906/1994 (art. 32 c.c. art. 17)" (fl. 291).

Os Artigos do Estatuto dos Advogados invocados pela Corte de origem dizem:

> Art. 17. Além da sociedade, o sócio responde subsidiária e ilimitadamente pelos danos causados aos clientes por ação ou omissão no exercício da advocacia, sem prejuízo da responsabilidade disciplinar em que possa incorrer.
>
> Art. 32. O advogado é responsável pelos atos que, no exercício profissional, praticar com dolo ou culpa.

No caso, o banco-recorrido firmou contrato de prestação de serviços advocatícios com o escritório, do qual o ora recorrente, Dr. Irineu Negrão de Vilhena Moraes, figurava como sócio (fls. 45/50).

Primeiramente, note-se que, malgrado o parágrafo único, do Art. 32, imputar ao advogado responsabilidade solidária com o cliente pelo desvio ético do ajuizamento de lide temerária (CPC, Arts. 16 e 17), o dispositivo está encravado no capítulo VIII, da Ética do Advogado, e, portanto, o *caput* cuida da responsabilidade ético-disciplinar do profissional.

A finalidade do *caput* deste dispositivo é impor ao advogado o dever de conduta ética mesmo no exercício profissional, sob pena de responsabilidade disciplinar nos termos do Código de Ética e Disciplina, que é obrigado a cumprir (EOAB, Art. 33).

O parágrafo único impõe uma espécie de "pena civil" (responsabilidade solidária – CPC, Art. 16) ao desvio ético do advogado, que, em conluio com o cliente, propõe lide temerária.

O *caput* do dispositivo, inclusive, menciona "atos" e não "danos". Ora, simples ato, sem dano ou prejuízo, não enseja responsabilidade civil.

Não bastasse, tal dispositivo é totalmente desnecessário para imputar responsabilidade civil ao advogado, pois, seja no sistema de proteção ao consumidor (CDC, art. 14, § 4º), seja no âmbito das relações civis (CC/1916, art. 159 – CC/2002, art. 186), quem causa dano tem o dever de indenizar. Assim é com qualquer profissão, caso contrário, seria necessário que tivéssemos normas de responsabilidade civil específicas para todas as categorias de profissionais liberais (médicos, engenheiros etc). Nunca é demais lembrar: "A Lei não contém palavras inúteis.".

Assim, em sumário arremate, o *caput* do art. 32 do EOAB não trata de responsabilidade civil do advogado.

No entanto, o art. 17 do Estatuto da OAB expressa que a responsabilidade do sócio de sociedade advocatícia é subsidiária e ilimitada.

O recorrente sustenta que, em razão dessa subsidiariedade, não é parte legítima para responder a ação de reparação.

Não é bem assim: o responsável subsidiário tem legitimidade passiva para responder à ação indenizatória em litisconsórcio com devedor principal. A subsidiariedade só o protege na execução, outorgando-lhe o benefício de ordem.

Portanto, a responsabilidade subsidiária gera legitimidade passiva do sócio de empresa advocatícia para responder ação de reparação por fato do serviço.

Apenas em eventual execução, que lhe poderá ser redirecionada por insuficiência de bens da sociedade (devedora principal), gozará do "benefício de ordem", decorrente da subsidiariedade, em relação ao escritório.

Não faria sentido o autor, após longo e moroso processo de conhecimento e duma execução frustrada contra o devedor principal (sociedade advocatícia), voltar às portas do Judiciário para percorrer nova *via crucis* (em ação cognitiva e outra execução), agora, contra os devedores subsidiários.

Nego provimento ao recurso ou dele não conheço.

RECURSO ESPECIAL N. 648.072-RJ (2004/0040633-0)

Relator: Ministro Ari Pargendler
Recorrente: João Mário da Silva Pereira - Espólio
Repr. por: Maria Apparecida Pereira Werneck - Inventariante
Advogado: Danillo J G dos Santos e outro
Recorrido: João Mário da Silva Pereira Sobrinho e outros
Advogado: Rodrigo Almeida del Barrio
Recorrido: Lia Pamplona Bethlem
Advogado: José Geraldo Garcia de Souza e outros
Recorrido: Ivo José Pereira Werneck e outros
Advogado: Mara Monteiro de Castro e outro
Recorrido: João Augusto de Andrade Fortes

Advogado: Marcello Azevedo Faria Toledo
Recorrido: Ana Tereza da Silva Pereira Camargo
Advogado: Paulo Gustavo Loureiro Curicuri e outro
Recorrido: Maria Amélia Machado de Oliveira
Advogado: Vera Lúcia Cozac e outro

EMENTA

Civil. Usufruto vidual. Sucessão testamentária. O usufruto vidual é instituto de direito sucessório, independente da situação financeira do cônjuge sobrevivente, e não se restringe à sucessão legítima; tem aplicação, também, na sucessão testamentária. Recurso especial conhecido e provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer do recurso especial e dar-lhe provimento nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Carlos Alberto Menezes Direito, Castro Filho e Humberto Gomes de Barros votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausente, ocasionalmente, a Sra. Ministra Nancy Andrighi.

Brasília (DF), 20 de março de 2007 (data do julgamento).

Ministro Ari Pargendler, Relator

DJ 23.04.2007

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Ari Pargendler: O Espólio de João Mário da Silva Pereira, por sua inventariante Maria Apparecida Pereira Werneck, requereu o deferimento do usufruto vidual, bem como do direito real de habitação previstos no artigo 1.611, §§ 1º e 2º, do Código Civil de 1916 (fls. 59/69).

A MM. Juíza de Direito da 3ª Vara de Órfãos e Sucessões da Comarca do Rio de Janeiro, RJ, Dra. Vera Maria Soares da Silva indeferiu os pedidos nos seguintes termos:

O pedido da inventariante não pode ser deferido.

> O *de cujus* preferiu a sucessão testamentária e sendo assim, não cabe o usufruto vidual e o direito real de habitação do imóvel da Rua Domingos Ferreira n. 210/802 ou qualquer outro do espólio. O *de cujus* não possuía herdeiros necessários, ou seja, ascendentes e descendentes. Portanto, pode dispor livremente do seu patrimônio, não contemplando a inventariante com o usufruto vidual e direito real de habitação – tais direitos somente são contemplados na sucessão legítima. (Fl. 57)

Interposto agravo de instrumento (fls. 02/21), a egrégia Oitava Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, Relator o Desembargador João Carlos Braga Guimarães, manteve a decisão, adotando como razão de decidir as informações prestadas pela Juíza de 1º grau às fls. 82/83, cujo acórdão foi assim ementado:

> Somente se reforma a decisão concessiva ou não da antecipação de tutela, se teratológica, contrária à lei ou à prova dos autos. Recurso desprovido.
>
> As despesas do inventário são debitadas na conta dele, por ordem judicial.
>
> Usufruto vidual é instituto próprio da sucessão legítima, não se aplicando à sucessão testamentária, que tem regras próprias, está colocado em título diferente do livro das sucessões no CC - 1916.
>
> Não se cogita dele quanto o cônjuge sobrevivente foi também agraciado com legado, o casamento é pelo regime da separação legal. E a mulher não coabitava com o *de cujus*. Recurso desprovido." (Fls. 119/120)

Daí o recurso especial interposto pelo Espólio de João Mário da Silva Pereira com fundamento nas alíneas a e c do permissivo constitucional, alegando violação do artigo 1.611, §§ 1º e 2º, do Código Civil de 1916 (fls. 122/140).

O Ministério Público Federal na pessoa da Subprocuradora-Geral da República Dra. Amanda Soares Figueiredo opinou pelo conhecimento parcial do recurso e, nesta parte, pelo não provimento (fls. 160/163).

VOTO

O Sr. Ministro Ari Pargendler (Relator): As razões do recurso especial assim identificam a violação do artigo 1.611, §§ 1º e 2º, do Código Civil de 1916:

> A doutrina demonstra-se pacífica no sentido de conceder o usufruto vidual à cônjuge supérstite, desde que o regime de bens não seja o da comunhão universal.
>
> No bojo da questão, nada impede que a inventariante, sendo casada sob o regime da separação legal de bens, mesmo contemplada em testamento, perca o direito ao usufruto vidual, desde que os bens legados não sejam nem iguais nem superiores ao usufruto devido.

> O Ministro Ruy Rosado de Aguiar, em seu julgado, justifica o caráter protetivo da norma 'porque o direito é concedido para permitir ao cônjuge conservar, depois da morte do outro, meios suficientes para a sua subsistência' — Revista do Superior Tribunal de Justiça, vol. 63, de novembro de 1994.
>
> Não importa, outrossim, se os bens foram adquiridos por disposição testamentária.
>
> Na realidade, o legislador prevê um condomínio de acordo com a Lei n. 9.278/1996, interpretando pacificamente, os doutrinários que se aplica aos casados seja pela comunhão parcial quanto o da separação de bens.
>
> Tem-se atribuído ao usufruto vidual o caráter de legado *ex lege*, constituindo direito pessoal e intransmissível, não restringindo a lei, a sua incidência, já que dispõe que o usufruto recai sobre os bens do *de cujus*. (Fls. 127/128)

Extraem-se dos autos as seguintes circunstâncias:

(a) a sucessão foi aberta sob a égide do Código Civil de 1916;

(b) trata-se de sucessão testamentária (fls. 39/42);

(c) há cônjuge sobrevivente, casada sob regime de separação legal de bens (fls. 43/48), que exerce as funções de inventariante e que recebeu como legado "os castiçais de prata que estão sobre a escrivaninha e que foram de sua falecida irmã Edith" (fl. 40, verso).

Por se tratar de sucessão testamentária, foi negado à viúva o usufruto vidual, bem como o direito real de habitação, pelas instâncias ordinárias.

As partes, portanto, controvertem sobre a interpretação do artigo 1.611, § 1º, do Código Civil de 1916, a seguir transcrito:

> Art. 1.611 À falta de descendentes ou ascendentes será deferida a sucessão ao cônjuge sobrevivente, se, ao tempo da morte do outro, não estava dissolvida a sociedade conjugal.
>
> § 1º O cônjuge viúvo, se o regime de bens do casamento não era o da comunhão universal, terá direito, enquanto durar a viuvez, ao usufruto da quarta parte dos bens do cônjuge falecido, se houver filhos, deste ou do casal, e à metade, se não houver filhos embora sobrevivam ascendentes do *de cujus*.

O desate da lide depende de saber se a concessão do usufruto ao cônjuge sobrevivente, casado sob o regime da separação legal de bens, é possível na sucessão testamentária.

O usufruto vidual é instituto do direito sucessório, independente da situação financeira do cônjuge sobrevivo, e, ao revés do decidido pelo tribunal *a quo*, o

artigo 1.611, § 1º, do Código Civil de 1916 não restringe a respectiva aplicação à sucessão legítima.

Gustavo Tepedino, no artigo "Atualidade do usufruto vidual no Direito brasileiro", leciona:

> O caráter imperativo do art. 1.611, § 1º, não parece suscetível de discussão. O instituto, ao visar à proteção do cônjuge sobrevivente, a despeito, insista-se, de suas reais e efetivas necessidades materiais, estabeleceu uma determinada tutela *ex lege*, similar àquela concedida aos descendentes (e ascendentes), do *de cujus*, aos quais é garantida, mesmo contra o testamento, fração do patrimônio hereditário. A eventual presença de testamento, portanto, em nada pode alterar a posição do cônjuge supérstite, no tocante ao seu direito de usufruto, eis que, ao utilizar-se o legislador da expressão 'terá direito', não concede ao testador a possibilidade de contorná-la, trazendo ao seu próprio arbítrio o imperativo legal quanto ao destino da quota a ser deixada em usufruto.
>
> Mas, mesmo a prescindir de argumentos literais, a opção de limitar os direitos do cônjuge à sucessão *ab intestado* significaria, mais uma vez, restringir onde o legislador não restringiu. Comprovando-se, como se comprovou, que o usufruto tanto quanto a propriedade se sujeitam, no direito hereditário, aos mesmos princípios e aos mesmo efeito sucessórios, sendo apenas formas diversas de utilização do bem, tem-se como conseqüência que o respeito à reserva, se obriga quando a deixa é devolvida em propriedade, também obrigará quando devolvida em usufruto, independentemente da vontade dos outros herdeiros e do testador.
>
> Descarte-se, conseguintemente, a limitação do benefício do art. 1.611, § 1º, determinada por muitos arestos, às sucessões *ab intestato*. Não há qualquer indicação normativa nessa direção, não se podendo limitar a aplicação do usufruto vidual à ausência de testamento do *de cujus*, se o edito em exame não impôs tal restrição. Também nesse passo vale, pois, repetir: a previsão legal do usufruto vidual é previsão sem restrições, bastando que ocorram os pressupostos para a sua configuração, isto é, ausência de comunhão total, constância da sociedade conjugal e não contemplação do cônjuge supérstite, pelo testador, com a propriedade da herança (*O Direito na Década de 1990: Novos Aspectos*, Editora Revista dos Tribunais, p. 155/157).

Os únicos requisitos são o regime do casamento diferente da comunhão universal e o estado de viuvez.

Voto, por isso, no sentido de conhecer do recurso especial e de dar-lhe provimento para reconhecer à Maria Apparecida Pereira Werneck o direito ao usufruto legal, enquanto durar a viuvez, sobre a metade dos bens do cônjuge falecido.

RECURSO ESPECIAL N. 760.262-DF (2005/0099905-6)

Relator: Ministro Sidnei Beneti
Recorrente: New Car Veículos Ltda
Advogado: José Jonas Lacerda de Sousa e outro(s)
Recorrido: José Morais
Advogado: Augusto César de Lima Santos

EMENTA

Ação de indenização. Compra e venda de veículo usado. Vício de qualidade do produto. Artigo 18, § 1º, do Código de Defesa do Consumidor. Danos materiais. Responsabilidade objetiva do fornecedor. Cálculo dos juros de mora.

I - Restando comprovado que a extensão dos danos materiais sofridos pelo autor, ora recorrido, não se restringiu à peça danificada no motor do veículo fornecida pela ré, ora recorrente, tendo alcançado também as despesas efetuadas na realização do serviço, mostra-se insubsistente a alegação recursal de que, com a reposição da referida peça, teria desaparecido o ato ilícito.

II - Não havendo nos autos prova de que o defeito foi ocasionado por culpa do consumidor, subsume-se o caso vertente na regra contida no *caput* do artigo 18 da Lei n. 8.078/1990, o qual consagra a responsabilidade objetiva dos fornecedores de bens de consumo duráveis pelos vícios de qualidade que os tornem impróprios ou inadequados ao consumo a que se destinam ou lhes diminuam o valor, impondo-se o ressarcimento integral dos prejuízos sofridos.

III - Tratando-se de responsabilidade contratual, a mora constitui-se a partir da citação, e os juros respectivos devem ser regulados, até a entrada em vigor do novo Código, pelo artigo 1.062 do diploma de 1916, e, depois dessa data, pelo artigo 406 do atual Código Civil.

Recurso não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por

unanimidade, não conhecer do recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Ari Pargendler e Nancy Andrighi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 03 de abril de 2008 (data do julgamento).

Ministro Sidnei Beneti, Relator

DJ 15.04.2008

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Sidnei Beneti: (1) Trata-se, na origem, de ação de indenização por danos materiais e morais proposta por José Morais, ora recorrido, em face de New Car Veículos Ltda., ora recorrente, sob a alegação de haver adquirido da ré um automóvel usado, Toyota Hilux, ano 93/94, por R$ 37.000,00 (trinta e sete mil reais), cujos defeitos constatados após a compra, impossibilitaram o seu uso.

(2) Narrou o autor haver adquirido o referido veículo mediante contrato de compra e venda, com previsão de 90 (noventa) dias de garantia, mas que, decorridos 30 (trinta) dias da compra, ele apresentou o primeiro defeito, notadamente na bomba d'água e no motor, cuja assistência foi negada pela demandada ao argumento de que veículos a diesel estariam excluídos da garantia.

(3) Realizado o conserto por iniciativa do próprio autor, pouco tempo depois voltou o automóvel a apresentar o mesmo defeito, tendo a ré oferecido uma peça em substituição, a qual, contudo, não resolveu o problema de forma satisfatória.

(4) O Juízo sentenciante, às fls. 100/110, julgou parcialmente procedente o pedido, condenando a ré ao pagamento de R$ 4.256,87 (quatro mil, duzentos e cinqüenta e seis reais e oitenta e sete centavos), a título de reparação pelos danos materiais decorrentes da quebra do veículo, afastada, porém, a pretensão aos danos morais.

(5) Sobreveio apelação da demandada e recurso adesivo do autor. A primeira, argumentando que, tendo o autor efetuado o conserto do veículo em oficina não autorizada, abdicou da garantia dada quando de sua aquisição; esse, buscando a majoração do *quantum* indenizatório, bem como a reparação por danos morais.

(6) A 2ª Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, por maioria, Relator designado o Des. Waldir Leôncio Júnior, negou provimento ao recurso principal e deu provimento ao recurso adesivo, majorando o valor da condenação por danos materiais para R$ 6.325,87 (seis mil, trezentos e vinte e cinco reais e oitenta e sete centavos) reconhecendo-lhe, ainda, o direito à indenização por danos morais, em acórdão assim ementado:

> Consumidor. Responsabilidade objetiva do fornecedor. Vício de qualidade. Danos materiais e morais caracterizados.
>
> 1. Pela sistemática do CDC a responsabilidade pelo fato do produto ou serviço, como oriunda do vício do produto ou serviço, é de natureza objetiva, prescindindo do elemento culpa para que haja o dever do fornecedor de indenizar.
>
> 2. Se o consumidor, adquirente do automóvel, sofreu o dano e nenhuma responsabilidade sua pelo evento danoso restou comprovada, cumpre ao fornecedor arcar com a devida reparação.
>
> 3. O aborrecimento decorrente do fornecimento de produto viciado constitui motivo suficiente para ensejar a indenização por danos morais.
>
> 4. Apelação cível da ré não-provida. Recurso adesivo do autor provido. Por maioria. (fl. 165)

(7) Após a rejeição dos embargos de declaração opostos (fls. 196/200), adveio a interposição de embargos infringentes por parte da ré (fls. 202/213), que foram providos, redator para o acórdão o Des. Silvânio Barbosa dos Santos, cuja conclusão restou sintetizada na seguinte ementa:

> Civil e Processo Civil. Embargos infringentes. Ação de indenização. Dano moral. Venda de carro defeituoso. Caracterização de meros aborrecimentos.
>
> 1. Por se tratar de automóvel com 09 anos de uso, não refoge da normalidade a apresentação de defeito mecânico.
>
> 2. Não consta dos autos a mínima prova de que tenha sido tratado com menosprezo, ou tenha ocorrido agressão à honra do comprador.
>
> 3. A impossibilidade de utilização do veículo não tem o condão de gerar reparação por danos morais, não tendo ocorrido circunstância excepcional, mas mero dissabor causado por produto contendo vício sanável.
>
> 4. No caso de execução defeituosa do contrato, somente se justificaria a reparação por danos morais quando tal inadimplemento causar dano severo e profundo ao conforto psicológico do consumidor, e não simples desconforto momentâneo. Precedentes do STJ. Recurso provido. Maioria. (Fl. 247)

(8) Ainda inconformada, interpõe a New Car Veículos Ltda. recurso especial, com fundamento no artigo 105, III, alínea **a**, da Constituição Federal, alegando violação do artigo 927 do Código Civil - CC, porquanto não há dever de indenizar se inexistente a prática de ato ilícito, e, no caso, o dano consistente no problema mecânico do veículo de fato ocorreu, mas a recorrente não praticou nenhum ato ilícito, já que disponibilizou em tempo a peça defeituosa – cabeçote - necessária ao conserto do carro.

(9) Sob esse enfoque, reportando-se ao artigo 18, § 1º, do Código de Defesa do Consumidor - CDC (também reputado violado), argumenta que o autor só teria direito à referida indenização caso a peça defeituosa não tivesse sido oportunamente substituída.

(10) Ademais, pondera, quem compra um automóvel com mais de 10 (dez) anos de uso, assume os riscos de eventuais defeitos existentes, razão pela qual requer o afastamento de sua condenação por danos materiais.

(11) Por fim, tendo o autor adquirido o veículo em 15.02.2002, a incidência dos juros de mora deve ser realizada com base no artigo 1.062 do CC/1916, observando-se o percentual de 0,5% para todo o período.

(12) Com as contra-razões (fls. 266/271), o recurso foi admitido na origem (fls. 273/275), vindo-me os autos conclusos.

(13) É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Sidnei Beneti (Relator): (14) Trata-se de recurso especial interposto nos autos de ação de indenização por danos materiais e morais em decorrência da aquisição de veículo usado, cujos defeitos constatados após a compra, impossibilitaram o seu uso.

(15) Inicialmente, alega a recorrente violado o artigo 18 do CDC, cujo § 1º disciplina a responsabilidade do fornecedor pelos vícios de qualidade dos produtos, dispondo que, não sendo sanado o vício, no prazo de 30 (trinta) dias, o consumidor poderá exigir à sua escolha três alternativas a saber:

> I - a substituição do produto por outro da mesma espécie em perfeitas condições de uso;
>
> II - a restituição imediata da quantia paga, monetariamente atualizada, sem prejuízo de eventuais perdas e danos;
>
> III - o abatimento proporcional do preço.

(16) Busca a recorrente o afastamento de sua condenação por danos materiais, argumentando, com amparo no dispositivo retro transcrito, bem como no artigo 927 do CC que, no caso, não há que se falar na existência de ato ilícito, na medida em que disponibilizou a peça defeituosa necessária ao conserto do veículo, a qual foi oportunamente substituída.

(17) Não lhe assiste razão, contudo.

(18) Por esclarecedores, merecem destaque os seguintes excertos do acórdão da apelação, que bem elucidaram a questão:

> restou incontroverso nos autos que o conserto do automóvel foi recusado pela vendedora, a qual se limitou a oferecer a peça denominada "cabeçote" para que se promovesse a retífica do motor, não arcando, contudo, com os custos da mão-de-obra, vez que o serviço foi realizado em oficina diversa.
>
> Porém, substituída a peça, o defeito persistiu, o que deu ensejo à instalação de novo "cabeçote", também pago pela ré, em oficina da confiança do proprietário do veículo, conforme se depreende do depoimento de fl. 88.
>
> (...)
>
> Na hipótese em exame, limitou-se o consumidor a pleitear a composição das perdas e danos, razão pela qual deverá ser ressarcido do montante gasto nas duas vezes em que submeteu o motor do veículo à retificação, conforme comprovado pelas notas fiscais de fls. 18, 20, 26, 28, 30 e 32, ressaltando-se, ainda, que as demais notas trazidas aos autos não fazem qualquer referência ao automóvel objeto do feito, não se prestando, portanto, a comprovar os gastos alegados pelo consumidor.
>
> Neste aspecto, certo é que o acordo celebrado entre as partes por ocasião da primeira quebra do automóvel não impede o ressarcimento do montante gasto pelo autor visto que, ao contrário do consignado pela r. sentença não constitui prova da quitação de parte da indenização devida, demonstrando, apenas, o fornecimento da peça necessária ao conserto do automóvel pela concessionária, a qual, contudo, também estava viciada, não se prestando à retificação do bem. (Fls. 172/173)

(19) Do que se depreende, a extensão dos danos materiais sofridos pelo autor, ora recorrido, não se restringiu à peça danificada fornecida pela ré, o que poderia ser resolvido com a sua reposição. Alcançou, também, as despesas efetuadas com mão-de-obra na realização do serviço, valores esses que foram despendidos durante o prazo de validade da garantia, tudo devidamente comprovado nos autos mediante a juntada de notas fiscais, a justificar a necessidade da completa reparação dos prejuízos sofridos.

(20) Diante desses fatos, não se sustenta a alegação da recorrente de que, com a reposição da peça danificada, teria desaparecido o ato ilícito.

(21) Diversamente, inexistindo nos autos prova de que o defeito tenha sido ocasionado por culpa do consumidor, subsume-se o caso vertente na regra contida no *caput* do artigo 18 do CDC, o qual consagra a responsabilidade objetiva dos fornecedores de bens de consumo duráveis pelos vícios de qualidade que os tornem impróprios ou inadequados ao consumo a que se destinam ou lhes diminuam o valor.

(22) No ponto, não merece qualquer reparo a conclusão alvitrada pelo Tribunal de origem.

(23) Outra questão a ser enfrentada, diz com a assertiva de que, tendo o autor adquirido o veículo em 15.02.2002, a incidência dos juros de mora deve ser realizada exclusivamente com base no artigo 1.062 do CC/1916, observando-se o percentual de 0,5% para todo o período.

(24) A matéria já foi enfrentada pela Terceira Turma desta Corte, no julgamento do REsp n. 594.486-MG, Relator o E. Ministro Castro Filho, DJ 13.06.2005, que assim decidiu:

> Como os juros de mora são reguladas por normas de direito material, a regra geral é que as decisões judiciais a seu respeito dever se orientar pela lei vigente à data em que passar, a ser exigíveis, ou seja, à época de seus respectivos vencimentos. Logo, tendo a citação da recorrente se dado na vigência do Código Civil revogado, em princípio, os juros devem sujeitar-se à regra do artigo 1.062 do referido diploma. Todavia, com o advento do novo Código Civil, aquele dispositivo de lei deixou de existir, passando a matéria a ser disciplinada pelo artigo 406 da novel codificação.

(25) Confiram-se, no mesmo sentido, os seguintes julgados:

> Agravo interno. Civil. Juros de mora legais. Direito intertemporal. Art. 406 do Código Civil de 2002. Incidência a partir da respectiva vigência. Ultra-atividade do Código Beviláqua. Impossibilidade. *Tempus regit actum*.
>
> • A condenação ao pagamento de juros de mora é obrigação de trato sucessivo, pois se renova mensalmente enquanto perdurar a recalcitrância em adimplir a dívida (permanência em mora).
>
> • Os juros moratórios legais seguem o regime dos Arts. 1.062 e 1.063 do Código Beviláqua até a entrada em vigor do Código Civil de 2002 quando passam a ser contados na forma do Art. 406 do novo diploma legal civil.
>
> AgRg no REsp n. 809.788-RS, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJ 12.12.2007;

Dano material e moral. Contrato de seguro. Juros moratórios. 1. Na linha de jurisprudência da Corte, em cenário como o dos autos, não cabe a indenização por dano moral em decorrência de inadimplemento contratual.

2. Os juros legais, no caso, seguem a disciplina do art. 1.062 do Código Civil de 1916, devendo ser calculados a partir da entrada em vigor do novo Código pelo regime do respectivo art. 406.

3. Recurso especial conhecido e provido, em parte.

REsp n. 661.421-CE, Rel. Min. Menezes Direito, DJ 26.09.2005.

(26) Pelo exposto, nega-se conhecimento ao recurso.

(27) É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 767.052-RS (2005/0117282-0)

Relator: Ministro Humberto Gomes de Barros

Recorrente: Banco ABN AMRO Real S/A

Advogado: Jeferson Antonio Erpen e outro(s)

Recorrido: Ilse Bernadete Weber dos Santos

Advogado: César Levorse

EMENTA

Processual. Ação rescisória. Código do consumidor. Direitos disponíveis. Revelia. Cláusulas contratuais. Apreciação *ex officio*. Princípio. Dispositivo. Impossibilidade.

I - Ao dizer que as normas do CDC são "de ordem pública e interesse social", o Art 1º da Lei n. 8.078/1990 não faz indisponíveis os direitos outorgados ao consumidor – tanto que os submete à decadência e torna prescritíveis as respectivas pretensões.

II - Assim, no processo em que se discutem direitos do consumidor, a revelia induz o efeito previsto no Art. 319 do Código de Processo Civil.

III - Não ofende o Art. 320, II do CPC, a sentença que, em processo de busca e apreensão relacionado com financiamento garantido por alienação fiduciária, aplica os efeitos da revelia.

IV - Em homenagem ao método dispositivo (CPC, Art. 2º), é defeso ao juiz rever de ofício o contrato para, com base no Art. 51, IV, do CDC anular cláusulas que considere abusivas (EREsp n. 702.524-RS).

V - Ação rescisória improcedente.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir Prosseguindo no julgamento, após o voto-vista da Sra. Ministra Nancy Andrighi, por unanimidade, conhecer do recurso especial e dar-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Ari Pargendler, Carlos Alberto Menezes Direito, Nancy Andrighi e Castro Filho votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 14 de junho de 2007 (data do julgamento).

Ministro Humberto Gomes de Barros, Relator

DJ 1º.08.2007

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros: Sentença – emitida em processo de busca e apreensão movido contra a ora autora pelo banco ora réu – foi atacada por ação rescisória. O processo resolvido pela sentença malsinada fora movido pelo banco, visando busca e apreensão de bem, objeto de alienação fiduciária.

Citada, a então ré não respondeu. O pedido foi declarado procedente. A sentença fez coisa julgada.

A devedora exerceu ação rescisória. Alegou que a sentença ofendera literais disposições de lei, incidindo, ainda, em erros de fato. Disse, em suma:

a) os direitos envolvidos na lide são de ordem pública (Art. 1º do CDC) e, por isso, irrenunciáveis. Se assim é, não se expõem aos efeitos da revelia;

b) o pedido de busca e apreensão não foi acompanhado por exemplar do contrato de alienação fiduciária. Tal falha impediria o julgamento do pedido;

A rescisória foi declarada procedente, em acórdão assentado nas seguintes proposições:

a) o juiz deve ter em vista, ao apreciar contratos envolvendo relação de consumo, a natureza dos direitos neles envolvidos. Deve atentar, especialmente, para a indisponibilidade dos interesses nele envolvidos (CDC, Art. 1º);

b) a L. n. 8.078 permite, independentemente de pedido, a revisão contratual e a desconstituição de cláusulas abusivas;

c) é vedado o anatocismo, inda que convencionado;

d) os juros remuneratórios contratualmente fixados devem ser reduzidos a 12% ao ano;

e) a cobrança de comissão de permanência é ilícita e deve ser cancelada;

f) os juros moratórios devem ser reduzidos a 1% ao ano;

g) diante de exigências ilícitas, afasta-se a suposta mora debendi;

h) na correção monetária, aplica-se o IGPM;

i) é lícito atribuir ao consumidor o pagamento de despesas necessárias à realização do contrato;

j) é nula a cláusula-mandato, por ofensa ao Art. 51, VIII do CDC;

l) os valores pagos a maior pelo consumidor, devem ser devolvidos;

m) no caso, deve ser cancelada a inscrição da contribuinte, nos registros de proteção ao crédito;

n) desconstitui-se a sentença rescindenda;

o) na impossibilidade de retornar ao patrimônio da consumidora o bem objeto de alienação, condena-se o banco ao pagamento de indenização.

Em recurso especial, o banco queixa-se de ofensas aos artigos:

1 - 535, II do Código de Processo Civil;

2 - 128 e 460 do CPC, porque houve julgamento *extra petita*;

3 - 485, V do CPC, pois a sentença foi rescindida, sem que houvesse ofensa literal a dispositivo legal;

4 - 319 e 320 II do CPC e 1.035 do Código Beviláqua. É que a lide resolvida pela sentença rescindida envolvia direitos patrimoniais – evidentemente disponíveis. Foi legal, então, a declaração de revelia;

5 - 2º do DL n. 911/1969 e 955 do CCB, pelo afastamento da mora e negação ilegal do direito de o credor – retomada a coisa objeto de alienação fiduciária – vendê-la, nos termos da Lei;

6 - 4º, IX, da Lei n. 4.595/1964 pela ilegal limitação dos juros e afastamento da comissão de permanência;

7 - 5º da MP n. 2.170, porque foi proibida a capitalização mensal de juros;

8 - 965 do velho Código Civil, pela repetição em dobro do indébito, apesar de não haver erro no pagamento.

VOTO

O Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros (Relator): A teor do acórdão recorrido, a sentença desconstituída ofendeu literalmente o Art. 1º do CDC e o Art. 320, II do CPC.

A ofensa ao CDC resultaria da indisponibilidade dos direitos assegurados por esse diploma, em seu Art. 1º.

Já o desrespeito ao Art. 320, II do CPC decorreria de se aplicar o efeito da revelia em questões envolvendo direitos indisponíveis.

Para melhor argumentar, transcrevo o Art. 1º da Lei n. 8.078/1990, que abre o Código de Defesa do Consumidor, dizendo:

> O presente Código estabelece normas de proteção e defesa do consumidor, de ordem pública e interesse social, nos termos dos artigos 5º, inciso XXXII, 170, inciso V da Constituição Federal e art. 48 de suas Disposições Transitórias.

A leitura desse artigo revela que nele não se contém preceito consagrando uma norma. Em substância, ele expressa mera ementa, com advertência programática. Nem mesmo define, ou conceitua a expressão "normas de ordem pública e interesse social".

Afirma-se que tais normas consagram direitos irrenunciáveis – insuscetíveis de renúncia ou, mesmo, de transigência, semelhantes aos direitos da personalidade (Código Civil, Arts. 11 e ss.).

Em rigor, tais normas consagrariam – não direitos, mas o que o saudoso professor Oscar Stevenson denominava *interesses juridicamente protegidos*.

A ser correta essa tese, o consumidor equipara-se aos incapazes, definidos pelos artigos 3º e 4º do Código Civil, cujos atos de vida civil só valem se forem praticados mediante representação ou sob assistência (CC art.1.634).

Tal equiparação, contudo, não ocorre. Como observei acima, a incapacidade não exclui a personalidade. Ela, simplesmente impede quem dela sofre, "de exercer pessoalmente os atos da vida civil". Tal exercício é feito por meio de representante ou sob assistência de pessoa para tanto habilitada. O CDC não cuida de representação, nem de assistência. Se assim ocorre, ao consumidor se reconhece capacidade plena. Vale dizer: ele é livre para contratar; e se o é, pode

transigir, renunciar e exercer, pessoalmente, ações e pretensões relacionadas com o contrato.

Se assim ocorre, não se pode retirar da expressão utilizada pelo Art. 1º, o entendimento de que os direitos assegurados pelo o CDC ao consumidor são indisponíveis.

Pelo contrário, eles são disponíveis. Tanto o são, que se expõem à decadência e à prescrição. Com efeito:

a) o direito de reclamar contra defeitos aparentes decai em trinta ou noventa dias (Art. 26);

b) o próprio CDC (Art. 27) declara prescritas – quando não manifestadas em cinco anos – as pretensões relacionadas com danos causados por serviços ou produtos.

Em havendo disponibilidade, não incide a restrição contida no Art. 320, II do Código de Processo Civil. Se não incide a restrição, a sentença cumpriu literal e teologicamente o Art. 319.

Se assim ocorreu, a pretensão rescisória é improcedente.

Improcedente a rescisória, queda-se prejudicado o recurso, na parte em que ataca a revisão *ex officio* das cláusulas contratuais.

De qualquer modo, a teor do Código de Processo Civil (Art. 3º), não é lícito ao Poder Judiciário rever espontaneamente cláusulas contratuais. Essa vedação, corolário do método dispositivo, resulta do preceito contido no Art. 3º do Código de Processo Civil.

Em verdade, o Art. 3º exprime o compromisso do direito processual civil brasileiro com o método dispositivo que, de sua vez é conseqüência do estado de direito democrático, evitando que o juiz se transforme em inquisidor e se instaure odiosa ditadura judicial.

O dispositivo, hoje, é temperado com algum teor de inquisição. Permite-se, assim que, em situações legalmente definidas, o juiz ultrapasse os limites dos pedidos. A quebra do dispositivo somente ocorre por efeito de autorização legal que não ocorre, no caso.

Bem por isso, a Segunda Seção decidiu que não é lícito ao juiz rever de ofício o contrato, para anular cláusulas consideradas abusivas com base no Art. 51, IV, do CDC (EREsp n. 702.524-RS).

Dou provimento ao recurso, declaro improcedente a ação rescisória, invertidos os encargos da sucumbência.

VOTO-VISTA

A Sra. Ministra Nancy Andrighi: Trata-se de agravo interno em recurso especial interposto por Banco ABN AMRO Real S/A, contra decisão unipessoal do i. Min. Relator que não havia conhecido do recurso especial interposto pelo ora agravante.

Ação: rescisória, proposta por Ilse Bernadete Weber dos Santos em face do ora recorrente, com fundamento nos incisos V e IX do art. 485 do CPC (literal violação da lei e erro de fato, resultante dos atos e documentos da causa).

Argumenta, na inicial, que firmou contrato de financiamento com a instituição financeira para aquisição de automóvel. Não tendo podido arcar com as prestações cobradas pelo banco, em função de suposta cobrança de encargos abusivos, a ora recorrida acabou por se tornar inadimplente, motivando a propositura de ação de busca e apreensão por parte da instituição financeira.

Essa ação não foi contestada pela recorrida. Tendo isso em vista, foi reconhecida sua revelia com a aplicação dos respectivos efeitos, tendo sido o pedido formulado na ação de busca e apreensão julgado procedente pelo juízo da 10ª Vara Cível do Fórum Central da Comarca de Porto Alegre.

É a impugnação dessa sentença que visa a ação rescisória. Os fundamentos são os de que as disposições do Código de Defesa do Consumidor têm natureza de normas de ordem pública e de interesse social, de modo que competiria ao juízo, mesmo diante da revelia do réu, aplicá-las para afastar os encargos abusivos cobrados pela instituição financeira. Não haveria, portanto, ao contrário do que se ponderou, "direitos disponíveis" em jogo.

Também se alega que o juízo considerou existente o contrato de financiamento com alienação fiduciária a despeito de o respectivo instrumento não ter sido juntado aos autos, o que possibilitaria a propositura da ação rescisória com fundamento no inc. IX do art. 485.

Foi formulado pedido de antecipação dos efeitos da tutela pretendia, que foi indeferido pelo Relator a quem o feito foi distribuído, no TJ-RS.

Em contestação, a ré, ora recorrente, argumenta que a autora confundiu questão de ordem pública e direito disponível. Os direitos disponíveis são, nos termos do art. 1.035 do CC/1916, os direitos patrimoniais de caráter privado. É exatamente a respeito de tais direitos que versou a ação cuja sentença se pretende rescindir. Não haveria, portanto, segundo o réu, qualquer ofensa ao art. 1º do CDC e ao art. 320, II, do CPC.

Quanto ao argumento de que há erro maculando a sentença rescindenda, a ora recorrente afirmou, na contestação, que a sentença não foi fundada na

matéria a respeito da qual é argüido o erro. O que ocorreu foi que a existência do contrato foi afirmada na inicial e, a respeito dela, nada se disse em contestação, justamente por causa da revelia.

Parecer do MP: Pela improcedência do pedido.

Acórdão: Julgou procedente, em parte, a ação rescisória, com disposições de ofício, nos termos da seguinte ementa:

> Ação rescisória de sentença proferida em ação de busca e apreensão. Contrato de alienação fiduciária. Artigo 485, incisos V e IX, do CPC.
>
> *Da violação a literal disposição de lei*. Deve o judiciário, ao apreciar as causas envolvendo interesses de consumidores, não perder de vista a natureza do contrato sob comento, com suas feições consumeiristas, especialmente diante do caráter cogente das normas e da indisponibilidade dos interesses envolvidos, nos termos do artigo 1º, do CDC.
>
> *Do erro de fato, resultante de atos ou de documentos da causa*. Verificando-se a existência do contrato de alienação fiduciária nos autos da ação de busca e apreensão, não há que se falar em admissão da ação rescisória com fundamento no artigo 485, inciso IX, do CPC.
>
> *Incidência do Código de Defesa do Consumidor. Reconhecimento de ofício*. A Lei 8.078/90 permite a revisão contratual e a declaração *ex officio* das cláusulas abusivas, com a conseqüente revisão do pacto.
>
> 1. *Revisão Ex Officio das cláusulas contratuais*. (A) Juros remuneratórios. Limitados em 12% a.a. (B) *Capitalização*. Vedado o anatocismo, ainda que convencionado, em face da ausência de lei autorizadora. (C) *Comissão de permanência*. Impedimento. (D) *Juros moratórios*. Limitados em 1% ao ano. (E) *Elisão da* mora debendi. Em razão do afastamento da mora do devedor, são inexigíveis os encargos moratórios. (F) *Correção monetária*. Cabimento. Aplicação do IGP-M como indexador. (G) *Taxas administrativas*. Mostra-se válida a cláusula que estabelece o pagamento, pelo consumidor, das despesas administrativas à realização do contrato. (H) IOF. Tratando-se de parcela tributária incidente no negócio, e inexistente lei que determine a exoneração, mostra-se inviável a exclusão desta parcela. Diante da revisão contratual, impõe-se a devolução ao consumidor do excesso cobrado no momento da celebração do negócio. (I) *Cláusula Mandato*. Nula de pleno direito por contrariar o disposto no art. 51, VIII, do CDC. (J) *Repetição de indébito*. Cabimento da repetição simples dos valores pagos a maior em cada uma das parcelas quitadas. (L) *Inscrição nos órgãos de proteção ao crédito*. Em face da especialidade do caso concreto, veda-se a inscrição do nome da autora nos órgãos de proteção ao crédito a partir do presente julgamento, determinando-se a exclusão

de tais registros, caso já tenham ocorrido. (M) *Reintegração da autora na posse do veículo*. Inviável, em face da alienação do bem a terceiro e da preclusão.

2. *Exclusão da sentença proferida na ação de busca e apreensão*. Extinta sem julgamento de mérito, por ausência de título executivo, decorrente da procedência do presente feito.

3. *Indenização em favor da consumidora*. Devida em face dos prejuízos sofridos pela requerente com a perda do bem e da impossibilidade de sua reintegração na posse do veículo.

Ação rescisória conhecida em parte e, na parte conhecida, julgada procedente, com disposições de ofício.

Embargos de declaração: opostos pela instituição financeira, foram parcialmente acolhidos pelo Tribunal *a quo*, apenas para o fim de consignar a inexistência de cláusula-mandato no contrato *sub judice*.

Recurso especial: interposto pelo Banco. Alega-se violação:

(i) ao art. 535, I e II do CPC, com fundamento em que o Tribunal se recusou a esclarecer as questões abordadas nos embargos de declaração;

(ii) aos arts. 128 e 460 do CPC, porquanto o único pedido formulado na ação rescisória foi de desconstituição da sentença para que fosse repetido o julgamento; não obstante, o Tribunal foi além e julgou diretamente a causa, afastando, de ofício, uma série de disposições contratuais que considerou abusivas;

(iii) ao art. 485, V, do CPC, porque a ação rescisória foi julgada procedente sem a demonstração da norma que foi violada;

(iv) ao art. 319 do CPC, porque o processo cuja sentença se procurou rescindir, versava sobre direitos patrimoniais disponíveis. Assim, ao aplicar os efeitos da revelia, nenhuma ilegalidade foi cometida pelo Tribunal;

(v) ao art. 320, II do CPC e 1.035, do CC/1916, uma vez que considerou o direito patrimonial em causa indisponível, ao contrário do que tais normas disciplinam;

(vi) ao art. 2º, § 2º, do Decreto-Lei n. 911/1969, porque o Tribunal considerou inviável a busca e apreensão do bem objeto do contrato por restar, em sua opinião, descaracterizada a mora;

(vii) ao art. 2º do Decreto-Lei n. 911/1969 e ao art. 1.288 do CC/2002, uma vez que, com o trânsito em julgado da sentença que atribuiu o veículo ao banco, este o vendeu no exercício regular de um direito;

(viii) ao art. 4º, IX, da Lei n. 4.595/1964, com fundamento em que é incabível a limitação dos juros remuneratórios e da comissão de permanência;

(ix) ao art. 5º da MP n. 2.170/2001, que autoriza a capitalização mensal dos juros;

(x) aos arts. 955 do CC/1916 e 394 do CC/2002, que teriam sido violados pelo reconhecimento de inexistência da mora;

(xi) ao art. 965 do CC/1916 e 877 do CC/2002, porquanto foi concedida a repetição de indébito sem a prova do pagamento em erro.

Também se argüiu divergência jurisprudencial, tendo sido trazidos diversos julgados à colação.

Parecer do MP: Pelo não conhecimento do recurso ou, caso conhecido, pelo seu parcial provimento, para o fim exclusivo de afastar a limitação dos juros remuneratórios.

Decisão unipessoal: Inicialmente, por decisão unipessoal, o i. Min. Relator deu parcial provimento ao recurso especial, para o fim de afastar todas as disposições de ofício tomadas pelo Tribunal.

Agravo interno: interposto pela ora recorrente.

Voto do i. Min. Relator: deu provimento ao recurso, julgando improcedente a ação rescisória e invertendo os ônus da sucumbência.

Revisados os fatos, decido.

Conforme bem observado pelo i. Min. Relator, a Segunda Seção do E. STJ, por ocasião do julgamento do EREsp n. 702.524-RS, o entendimento de que não é possível ao juiz ou ao Tribunal conhecer, de ofício, a nulidade de cláusulas reputadas abusivas numa relação de consumo. Eis a ementa desse julgado, no qual restei vencida:

"Embargos de divergência. Relação de consumo. Revisão de ofício do contrato, para anular as cláusulas abusivas. Impossibilidade. Orientação da 2ª seção.

• Não é lícito ao STJ rever de ofício o contrato, para anular cláusulas consideradas abusivas com base no Art. 51, IV, do CDC."

Ora, dessa orientação (com a qual não concordei à época do julgamento mas à qual me curvo diante da necessidade de se manter a uniformidade das decisões do Tribunal quanto às matérias já pacificadas), decorre que não podem ser considerados indisponíveis os direitos do consumidor. E eles, de fato, não o são. Isso se constata facilmente diante da observação de que, como observou o relator, um processo envolvendo relações de consumo pode perfeitamente se concluir por transação. Os direitos indisponível não comportam essa figura.

Forte em tais razões, acompanho o voto do i. Min. Relator e dou provimento ao recurso, declarando improcedente o pedido formulado na ação rescisória, invertidos os ônus da sucumbência.

RECURSO ESPECIAL N. 777.088-RJ (2005/0142157-1)

Relator: Ministro Sidnei Beneti
Recorrente: Simone Barbosa
Assist. por: Nilza Barbosa
Advogado: Maria Leonor Fragoso Carreira - Defensora Pública

EMENTA

Civil e Processual Civil. Art. 557 do CPC. Violação afastada. Registro publico. Nome civil. Prenome. Retificação. Menor assistida pelos pais. Possibilidade. Precedentes. Razoabilidade do pedido. Produção de prova. Deferimento. Recurso especial provido.

I - A alteração introduzida pela Lei n. 9.756/1998, que deu nova redação ao art. 557 do CPC, conferiu ao relator a possibilidade de decidir monocraticamente, entre outras hipóteses, o recurso manifestamente inadmissível ou improcedente, tudo em respeito ao princípio da celeridade processual.

Com a interposição do agravo interno, as questões levantadas na apelação foram apreciadas pelo órgão colegiado, considerando-se superada eventual violação do artigo 557 do CPC. Precedentes.

II - A jurisprudência da Corte tem flexibilizado a regra temporal prevista no art. 56 da Lei n. 6.015/1973, admitindo que menores, devidamente assistidos por seus pais, possam postular retificação no registro civil, desde que se verifique o justo motivo.

III - O pleito, na espécie, longe de denotar mero capricho, afigura-se bastante razoável, tendo em vista que o registro original nem sequer será alterado de modo substancial, com o acréscimo do segundo nome, com o qual a requerente de fato se identifica e que a individualiza no meio em que vive.

IV - Nesse contexto, há de lhe ser oportunizada a dilação probatória requerida.

Recurso especial provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer do recurso especial e dar-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Ari Pargendler e Nancy Andrighi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 21 de fevereiro de 2008 (data do julgamento).

Ministro Sidnei Beneti, Relator

DJ 10.03.2008

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Sidnei Beneti: (1) Simone Barbosa, assistida por sua mãe, Nilza Barbosa, sob os auspícios da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, ingressou com pedido de retificação de registro civil para que fosse incluído o nome Maryana ao seu prenome, de modo que no seu assento de nascimento passasse a constar: Simone Maryana Barbosa.

(2) Sustentou, para tanto, ter sido registrada quase um ano após seu nascimento; que sempre foi tratada por Maryana e nunca por Simone; e que ninguém a identifica como Simone, o que lhe causa sérios transtornos.

(3) O Juízo de primeiro grau julgou improcedente o pedido, sob o fundamento de que, contando a requerente 19 anos de idade, não poderia pleitear a alteração de seu nome, o que só lhe seria lícito fazer no primeiro ano após ter atingido a maioridade civil, observada a legislação em vigor (Código Civil de 1916 e art. 56 da LRP).

(4) A requerente apelou alegando cerceamento de defesa, bem como a possibilidade de retificação de seu prenome, independentemente da limitação etária, ressaltando, ainda, que, no seu caso, trata-se de mero acréscimo ao prenome registrado, para melhor aceitação social.

(5) O membro do Ministério Público Estadual oficiante na primeira instância manifestou-se pela não-ocorrência de justo motivo, concluindo que, a princípio,

estar-se-ia diante de pedido juridicamente impossível. Alternativamente, pela anulação da sentença para que se viabilize a dilação probatória necessária à comprovação das alegações que fundamentam o requerimento.

(6) O membro do Ministério Público Estadual oficiante na segunda instância, ao contrário, considerou que "a pretensão é legítima e deve ser atendida, posto que é axiológico que ninguém pretenderia mudar de nome para adotar outro que não seja identificável com a sua personalidade" (fl. 36). Ponderou não ser útil a declaração de nulidade do processo por ausência de demonstração da situação narrada, que se presume verdadeira até prova em contrário.

(7) No Tribunal, a sentença foi mantida por decisão monocrática do relator, que adicionou não ter sido caracterizada a excepcionalidade e o justo motivo que autorizam a alteração do prenome no registro civil, de acordo com o princípio da imutabilidade consagrado no artigo 58 da Lei n. 6.015/1973.

(8) A Oitava Câmara Civil da Corte de origem, julgando o agravo interno, confirmou a decisão monocrática, em acórdão assim ementado:

> Agravo inominado em apelação cível. Ação de retificação de registro civil. À época da propositura da ação, a autora não tinha atingido a maioridade civil. Aplicação do artigo 56, da Lei n. 6.015/1973. A alteração do prenome no registro civil somente é possível nas hipóteses excepcionais e em decorrência de justo motivo, o que não ficou caracterizado. Recurso desprovido. (fl. 48).

(9) Contra este desate, a requerente interpôs o presente recurso especial, com fundamento na alínea **a**, do art. 105, III, da Constituição da República, alegando, inicialmente, contrariedade ao artigo 557 do Código de Processo Civil, por considerar que não era o caso da apelação ser julgada por decisão monocrática, bem assim, aos artigos 130 e 333, I, do mesmo Código, pois, nas suas palavras, "restou obstada a produção de prova documental e testemunhal, prova esta que era absolutamente indispensável à demonstração das situações de constrangimento e problemas acarretados à autora em razão da confusão quanto ao seu nome" (fl. 58). Aponta, ainda, como vulnerado, o artigo 56 da Lei de Registros Públicos, sob o argumento de que, se o acórdão for mantido, não terá mais a possibilidade de ver o seu direito analisado pelo Poder Judiciário, já que a referida norma só admite o pedido de alteração do nome até um ano após ter atingido a maioridade civil.

(10) Admitido o recurso na origem, subiram os autos a esta Corte.

(11) A Subprocuradoria-Geral da República, na pessoa do Dr. Pedro Henrique Távora Niessi, opina pelo não-conhecimento do recurso, em suma, pela ausência

de prequestionamento dos dispositivos legais que se reputam violados, bem como, pela ocorrência de fundamento inatacado, relativo à falta de justificativa plausível para a alteração do prenome da autora, tendo em vista que artigo 58 da Lei de Registros Públicos (LRP) não foi apontado como malferido.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Sidnei Beneti (Relator): (12) Antes de mais nada, de rigor consignar que as razões do especial, conquanto passíveis de melhoramento técnico, exprimem, de forma suficiente à ensejar conhecimento, o inconformismo com o desfecho conferido à pretensão levada a Juízo.

(13) Passando ao exame da insurgência recursal, afasta-se, desde logo, a alegada violação do artigo 557 do Código de Processo Civil (CPC).

(14) Nesse ponto, deve-se ter claro que a alteração introduzida pela Lei n. 9.756/1998, que deu nova redação ao mencionado artigo, conferiu ao relator a possibilidade de decidir monocraticamente, entre outras hipóteses, o recurso manifestamente inadmissível ou improcedente, tudo em respeito ao princípio da celeridade processual.

(15) No caso presente, por mais que se pudesse questionar a opção pelo julgamento singular, dada a relevância da matéria envolvida, disso não decorreu nenhum prejuízo à requerente, pois, com a interposição do agravo interno, as questões levantadas na apelação foram apreciadas pelo órgão colegiado, considerando-se superada eventual violação do artigo 557 do CPC, de acordo com a jurisprudência desta Corte.

(16) Confira-se, a título ilustrativo, o seguinte precedente:

> Processual Civil. Administrativo. Antecipação dos efeitos da tutela na sentença. Recurso cabível. Apelação. Precedentes. Recurso especial conhecido e improvido.
>
> 1. O Superior Tribunal de Justiça tem entendido que a confirmação de decisão monocrática de relator pelo órgão colegiado sana eventual violação ao art. 557 do CPC. Hipótese em que a negativa de seguimento do agravo de instrumento passa a subsistir por decisão colegiada, não monocrática.
>
> 2. Em obediência ao princípio da unirrecorribilidade, a sentença, mesmo no que tange à antecipação, em seu corpo, dos efeitos da tutela, só pode ser atacada por apelação, nos termos do art. 513 do CPC. Com efeito, a cada ato decisório recorrível corresponde um único recurso cabível.

3. Recurso especial conhecido e improvido.

(REsp n. 326.117-AL, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, DJ 26.06.2006)

(17) Cumpre verificar, em seguida, a correção da incidência do artigo 56 da Lei n. 6.015/1973, apontado como óbice ao pleito da recorrente.

(18) A norma sob enfoque tem o seguinte teor:

Art. 56. O interessado, no primeiro ano após ter atingido a maioridade civil, poderá, pessoalmente ou por procurador bastante, alterar o nome, desde que não prejudique os apelidos de família, averbando-se a alteração que será publicada pela imprensa.

(19) Consoante relatado, o Juízo de primeiro grau, antecipando-se à fase instrutória, julgou improcedente o pedido de retificação de registro, diante da consideração de que a requerente, quando ingressou em Juízo, contava com 19 (dezenove) anos de idade, ou seja, era relativamente incapaz de acordo com o Código Civil então vigente.

(20) Esta Corte Superior de Justiça, em caso análogo aos dos autos, já se pronunciou no sentido de que "se pode admitir certo tempero a tal regra, para viabilizar aos menores, devidamente assistidos por seus pais, pleitear a alteração, porém desde que se verifique justo motivo, para abreviar-se sofrimento ou constrangimento grave, a fim de afastar-se ou minimizar-se efeitos nocivos à vida da pessoa". (REsp n. 345.456-MG, Rel. Ministro Aldir Passarinho Junior, Quarta Turma, julgado em 27.11.2001, DJ 22.04.2002, p. 214).

(21) Na mesma linha, os seguintes julgados:

Direito Civil. Recurso especial. Impossibilidade. Alteração. Sobrenome. Menor absolutamente incapaz. Inexistência. Justo motivo. Art. 56 da Lei n. 6.015/1973.

1. Malgrado seja possível à autora, na qualidade de menor impúbere, devidamente representada por sua mãe, pretender a retificação no registro civil, é imprescindível a caracterização de justo motivo, inexistente na espécie. Precedentes.

2. Recurso especial não conhecido.

(REsp n. 302.325-MG, Rel. Ministro Fernando Gonçalves, Quarta Turma, julgado em 05.08.2004, DJ 23.08.2004, p. 239);

Civil. Alteração de nome requerida por menor impúbere. Inexistência de justo motivo.

Ainda que se admita possa o menor impúbere, devidamente representado por sua mãe, postular pela retificação de assento civil, não se verifica, na hipótese, justo motivo para tanto.

Recurso não conhecido.

(REsp n. 101.996-SP, Rel. Ministro Cesar Asfor Rocha, Quarta Turma, julgado em 18.05.2000, DJ 14.08.2000, p. 174)

Nome. Alteração. Patronímico do padrasto.

O nome pode ser alterado mesmo depois de esgotado o prazo de um ano, contado da maioridade, desde que presente razão suficiente para excepcionar a regra temporal prevista no art. 56 da Lei n. 6.015/1973, assim reconhecido em sentença (art. 57). Caracteriza essa hipótese o fato de a pessoa ter sido criada desde tenra idade pelo padrasto, querendo por isso se apresentar com o mesmo nome usado pela mãe e pelo marido dela.

Recurso não conhecido.

(REsp n. 220.059-SP, Rel. Ministro Ruy Rosado de Aguiar, Segunda Seção, julgado em 22.11.2000, DJ 12.02.2001, p. 92)

(22) Walter Ceneviva, comentando o referido artigo 56 da LRP, lembra que:

O STJ reconheceu a possibilidade de retificação, mesmo antes da maioridade, por menor impúbere representado por seus pais, permitindo que pessoa chamada Maria Aparecida acrescentasse prenome Simone, antes do seu, pelo qual foi conhecida desde o nascimento. Reformou, nessa decisão, pronunciamentos anteriores de primeiro e segundo grau. A autora alegou que: "desde que nasceu, é chamada de Simone; seu pai, pessoa simples, do campo, ao registrá-la - somente oito meses depois do seu nascimento - fê-lo sob o nome de Maria Aparecida; o registro civil, contudo, não modificou o modo como sempre foi chamada por todos, parentes, amigos, conhecidos, permanecendo o nome Simone; ao começar a freqüentar a escola surgiram os problemas, pois professores e colegas de classe a chamam de Maria Aparecida, o que lhe causa embaraços e constrangimento para explicar a duplicidade de nomes. (*in Lei dos Registros Públicos comentada*. 17ª ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 142; decisão citada pelo autor: REsp n. 182.846-RJ, Relator Min. Barros Monteiro, Quarta Turma, data de julgamento 02.08.2001, DJ 19.11.2001, p. 277.)

(23) Em suma, a jurisprudência da Corte tem flexibilizado a regra temporal prevista no artigo 56 da Lei n. 6.015/1973, admitindo que menores, devidamente assistidos por seus pais, possam postular retificação no registro civil, desde que se verifique o justo motivo.

(24) Em relação ao justo motivo, o acórdão atacado não enxergou "justificativas plausíveis para alteração do prenome da autora" (fl. 40), invocando o artigo 58 da LRP, segundo o qual o prenome é definitivo.

(25) Quanto ao ponto, nota-se que houve uma certa precipitação da eg. Corte fluminense, visto que não foi oportunizado à autora a realização da prova dos fatos que embasam seu pedido.

(26) O nome civil, como se sabe, está inserido nos chamados direitos da personalidade, ou seja, aqueles de conteúdo não-patrimonial, reconhecidos à pessoa tanto no campo particular quanto nos desdobramentos do convívio em sociedade. O nome é portanto, atributo da personalidade, caracterizado como elemento individualizador da pessoa no meio social.

(27) Ensina Serpa Lopes que:

> Tal individualização é realizada através do nome, correspondendo isso a uma necessidade de ordem pública, qual a de evitar a confusão de uma pessoa com outra e tornar possível a aplicação da lei, o exercício de direitos e o cumprimento de obrigações. Por conseguinte, o nome visa ministrar o conjunto de elementos que permitam, de um lado, distinguir socialmente uma pessoa de outra; de outra parte, a sua fixação jurídica, quando necessária. (*in Tratado dos Registros Públicos*, vol. I, 5ª ed. rev. e atual. pelo prof. José Serpa de Santana Maria, de acordo com a Lei n. 6.015 de 31 de dezembro de 1973. Brasília: Livraria Brasília Jurídica, 1995, p. 195).

(28) Não se discute que o nome, nele incluído o prenome, sendo um elemento identificador no meio social, por razões de segurança jurídica, só poderá ser alterado em circunstâncias excepcionais e com justa motivação, tal qual afirmou a Corte de origem. É o que preconiza o artigo 58 da Lei de Registro Públicos. Portanto, de fato, a regra é a definitividade do prenome.

(29) Contudo, não se trata de regra absoluta, pois, como acentua Euclides De Oliveira:

> (...) admite-se a sua mudança, em alguns casos até por inteiro (como na adoção), em outros parcialmente, por retificação, substituição ou acréscimos de elementos. Tais modificações são previstas na própria lei registrária (Lei n. 6.015, de 31.12.1973) e também em leis especiais, como a antiga Lei do Divórcio (Lei n. 6.515, de 26.12.1977), o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069, de 13.07.1990) o Estatuto dos Estrangeiros (Lei n. 6.815, de 19.08.1980), a Lei de Proteção a Vítimas e Testemunhas (Lei n. 9.807, de 13.07.1999) e o vigente Código Civil brasileiro. (Direito ao nome. *In Questões controvertidas no novo código civil*, São Paulo: Método, 2004. p. 80, v. 2)

(30) Com relação ao prenome, a Lei de Registro Públicos, ainda na redação original do artigo 58, admitia alterações nos casos de erro gráfico e para evitar que o portador fosse exposto ao ridículo.

(31) A partir da Lei n. 9.708/1998, que modificou a redação do referido artigo, passou a ser admitido a adoção de apelido público e notório, em substituição ao prenome ou em acréscimo ao nome.

(32) Especificamente sobre essa inovação legislativa, o autor acima citado manifesta as seguintes considerações, bem pertinentes ao deslinde da questão sob exame:

> Quanto aos apelidos, a que se refere o *caput* do art. 58, compreendem não só a alcunha ou cognome que passe a designar certa pessoa no meio em que viva, mas, também, outro nome próprio, que se entenda como "de uso", adotado de forma contínua e pública em lugar do nome original.
>
> (...)
>
> Verifica-se que o intuito da Lei n. 9.708/1998 praticamente se confunde com a adoção do chamado "prenome de uso", que a jurisprudência já vinha admitindo em casos excepcionais. Por aí se entenda o tal "apelido" de conhecimento público e notório, que realmente identifique a pessoa no meio em que vive, desde que se sobreponha ao nome constante do registro civil.

(*Op. cit*. p. 80; 83)

(33) Na espécie, Simone Barbosa pretende retificação do seu registro civil para acrescer o nome "Maryana" ao seu prenome, alegando assim ser conhecida desde que nasceu e que essa discrepância lhe causa diversos problemas. Pelo que se infere, a requerente entende que passando a se chamar Simone Maryana Barbosa, poderá continuar lidando em seu meio social com o nome pelo qual é conhecida, mas sem os transtornos ou desconfortos de ordem emocional causados pela divergência entre a realidade fática e realidade jurídica quanto a sua identificação.

(34) O pleito, na espécie, longe de denotar mero capricho, afigura-se bastante razoável, tendo em vista que o registro original nem sequer será alterado de modo substancial, com o acréscimo do segundo nome, com o qual a requerente de fato se identifica e que a individualiza no meio em que vive.

(35) Imperioso repisar que, neste processo, não houve audiência de instrução, porque o magistrado sentenciante entendeu que a requerente não fazia jus ao pedido, diante da limitação temporal do artigo 56 da LRP.

(36) Desse modo, observa-se que o aresto hostilizado, ao consignar que não havia "justificativas plausíveis para a alteração do prenome da autora" (fl. 40), acabou impedindo a produção de prova por ela solicitada na petição inicial, provas estas, no seu entender, capazes de justificar o provimento judicial perseguido.

(37) Nesse contexto, há de lhe ser oportunizada a dilação probatória requerida.

(38) A esse respeito, arrolam-se os seguintes precedentes da Casa:

Prenome: alteração. Julgamento antecipado. Necessidade da dilação probatória. Precedente da Corte.

1. Impõe-se a dilação probatória quando a parte pretende comprovar as alegações que traz para alterar o prenome, presente a circunstância de que o julgado entendeu não estarem presentes condições excepcionais que justificariam a mudança.

2. Recurso especial conhecido e provido.

(REsp n. 679.237-MG, Rel. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, Terceira Turma, julgado em 24.08.2006, DJ 18.12.2006, p. 368);

Civil. Recurso especial. Retificação de assentamento no registro civil. Alteração do prenome. Produção de prova requerida. Impugnação do Ministério Público. Julgamento antecipado da lide.

• O princípio da imutabilidade do prenome, estabelecido no art. 58 da LRP, comporta exceções, que devem ser analisadas atentamente pelo julgador.

• O art. 57 da LRP admite a alteração de nome civil, por exceção e motivadamente, com a oitiva do Ministério Público e a devida apreciação Judicial, sem descurar das peculiaridades da hipótese em julgamento. Precedentes.

• Se o Ministério Público impugna o pedido de retificação no registro civil, deve o juiz determinar a produção da prova, nos termos do art. 109, § 1º da LRP, notadamente quando requerida na inicial.

Recurso especial conhecido e provido.

(REsp n. 729.429-MG, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 10.11.2005, DJ 28.11.2005, p. 288);

Civil. Recurso especial. Retificação de registro civil. Alteração do prenome. Presença de motivos bastantes. Possibilidade. Peculiaridades do caso concreto.

• Admite-se a alteração do nome civil após o decurso do prazo de um ano, contado da maioridade civil, somente por exceção e motivadamente, nos termos do art. 57, *caput*, da Lei n. 6.015/1973.

Recurso especial conhecido e provido.

(REsp n. 538.187-RJ, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 02.12.2004, DJ 21.02.2005, p. 170);

Direito Civil. Alteração do assentamento de nascimento no registro civil. Impossibilidade jurídica do pedido afastada. Produção de prova. Deferimento.

Em que pese a divergência doutrinária e jurisprudencial, o princípio da imutabilidade do nome de família não é absoluto, admitindo-se, excepcionalmente, desde que presentes a justa motivação e a prévia intervenção do Ministério Público, a alteração do patronímico, mediante sentença judicial.

No caso dos autos, atendidos os requisitos do artigo 57 c.c. o parágrafo 1º do artigo 109 da Lei n. 6.015/1973, deve ser autorizada a produção de prova requerida pela autora, quanto aos fatos que embasam o seu pedido inicial.

Recurso provido.

(REsp n. 401.138-MG, Rel. Ministro Castro Filho, Terceira Turma, julgado em 26.06.2003, DJ 12.08.2003, p. 219);

Civil. Registro publico. Nome civil. Prenome. Retificação. Possibilidade. Motivação suficiente. Permissão legal. Lei n. 6.015/1973, Art. 57. Hermenêutica. Evolução da doutrina e da jurisprudência. Recurso provido.

I - O nome pode ser modificado desde que motivadamente justificado. No caso, alem do abandono pelo pai, o autor sempre foi conhecido por outro patronímico.

II - A jurisprudência, como registrou Benedito Silvério Ribeiro, ao buscar a correta inteligência da lei, afinada com a "lógica do razoável", tem sido sensível ao entendimento de que o que se pretende com o nome civil e a real individualização da pessoa perante a família e a sociedade.

(REsp n. 66.643-SP, Rel. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, Quarta Turma, julgado em 21.10.1997, DJ 09.12.1997, p. 64.707)

(39) Pelo exposto e, no limite da pretensão recursal: dá-se provimento ao recurso, anulando o acórdão recorrido e a sentença de primeiro grau, a fim de que se viabilize a dilação probatória necessária à comprovação das alegações que fundamentam o pedido de retificação do registro de nascimento da requerente.

É o voto.