

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL N. 230.555 – MA

(Registro n. 99.0083139-0)

Relatora: Ministra Nancy Andrighi
Embargante: Juarez Gabriel Faria
Advogados: Cícero Francisco de Oliveira e outros
Embargado: Nacional Gás Butano Distribuidora Ltda
Advogados: Oséas de Souza Martins Filho e outro

EMENTA: Embargos de declaração – Ação rescisória – Valor da causa – Benefício patrimonial a ser obtido em caso de procedência do pedido rescisório – Procedência da impugnação ao valor da causa – Nova fixação de honorários advocatícios, por critério de equidade, evitando-se distorções e abusos – Legalidade – Ausência de omissão – Pretensão infringente – Recurso conhecido como agravo regimental e improvido.

I – Na ação rescisória de sentença ou acórdão de conteúdo condenatório, o valor da causa deve corresponder à vantagem patrimonial que seria acrescida ou deixaria de ser subtraída no caso de desconstituição do provimento judicial rescindendo.

II – Provido o incidente de impugnação ao valor da causa, é lícito ao magistrado, por decorrência lógica do acolhimento do incidente processual, e para suprimir eventuais distorções, dar aplicação ao art. 20 do CPC, promovendo um juízo de equidade.

III – Julgada improcedente a ação rescisória, não se pode obrigar o autor a promover o recolhimento da diferença entre o valor atribuído e o valor fixado judicialmente, nem a título de custas, nem a título de multa a ser revertida para a parte contrária (art. 488, II, CPC), porque a única sanção que poderia lhe ser imposta – pelo não-recolhimento da diferença do depósito, que é prévio – seria o indeferimento do processamento da ação rescisória e sua extinção sem julgamento de mérito, o que não se faz mais possível porque exaurido todo o iter procedimental.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da

Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas constantes dos autos, por unanimidade, rejeitar os embargos de declaração. Votaram com a Sra. Ministra-Relatora os Srs. Ministros Waldemar Zveiter, Ari Pargendler e Carlos Alberto Menezes Direito. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro.

Brasília-DF, 18 de dezembro de 2000 (data do julgamento).

Ministro Ari Pargendler, Presidente.

Ministra Nancy Andrichi, Relatora.

Publicado no DJ de 5.3.2001.

RELATÓRIO

Trata-se de embargos de declaração opostos em face de decisão monocrática lavrada nos seguintes termos:

“Cuida-se de recurso especial interposto com fulcro na alínea c do permissivo constitucional, contra acórdão que julgou improcedente o pedido rescisório, e a impugnação ao valor da causa, considerado como o valor atribuído à ação originária atualizado monetariamente.

Entende o Recorrente que o valor da causa, em se tratando de ação rescisória, deve ser aquele equivalente ao benefício patrimonial pretendido pela parte, que corresponde, no caso em tela, ao valor da condenação apurado em liquidação.

O acórdão tido como paradigma, publicado na RT 571/86, preenche os requisitos do art. 255 do RISTJ, procedido o devido cotejo analítico.

Na mesma esteira é a jurisprudência desta Corte Superior de Justiça, para a qual o valor da ação rescisória não é o atribuído à ação originária, mas ao próprio benefício patrimonial buscado. Veja-se:

“Valor da causa. Ação rescisória. Hipótese em que o montante da condenação imposta pela sentença rescindenda já foi objeto de liquidação, valor que deve corresponder ao benefício patrimonial visado pelo autor.

Objetivando o autor desconstituir sentença condenatória, cujo montante já foi objeto de liquidação, o valor da causa na

ação rescisória deve corresponder ao benefício patrimonial buscado pelo demandante.

Recurso especial conhecido, mas desprovido.' (RESp n. 164.059, Rel. Min. Barros Monteiro, DJ de 8.12.1999).

Forte nestas razões, com espeque no art. 557, **caput**, c.c. art. 20, § 4º, ambos do CPC, *dou provimento* ao recurso especial para julgar procedente o incidente de impugnação ao valor da causa, e estabelecê-lo em R\$ 4.141.124,44. Por consequência da modificação do critério de fixação do valor da causa, fixo a condenação dos honorários advocatícios em R\$ 5.000,00 (cinco mil reais).”

O Recorrente, réu na ação rescisória que foi julgada improcedente, se insurgindo quanto à improcedência do seu incidente de impugnação ao valor da causa, obteve provimento monocrático de seu recurso especial, tendo esta Relatoria fixado o valor da causa em R\$ 4.141.124,44 e fixado a condenação honorária em R\$ 5.000,00.

Em embargos de declaração, o Recorrente sustenta obscuridade, porque não poderia haver minoração dos honorários advocatícios, e omissão porque não veiculada a obrigação do Autor recolher a diferença da importância de depósito prévio, prevista no art. 488, II, do CPC.

É o relatório.

VOTO

Insurge-se o Embargante contra o teor da decisão monocrática que deu provimento ao seu recurso especial, para corrigir o valor da causa atribuído à ação rescisória, mas sem a amplitude pretendida, porque entende que os honorários advocatícios não podem ser fixados em R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), mas em 20% (vinte por cento) sobre o valor atribuído à causa.

Inicialmente, anote-se que a condenação de verba honorária em R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) é decorrência da própria alteração do valor da causa, em decisão monocrática desta Relatora, não podendo se admitir o enriquecimento sem justa causa do Recorrente, que pretende conjugar o percentual de 20% deferido a título de condenação honorária pelo acórdão recorrido com o valor da causa fixado, na decisão embargada, em R\$ 4.141.124,44 (quatro milhões, cento e quarenta e um mil, cento e vinte e

quatro reais e quarenta e quatro centavos), o que levaria à teratológica condenação honorária em R\$ 828.248,88 (oitocentos e vinte e oito mil, duzentos e quarenta e oito reais e oitenta e oito centavos).

Sem razão a Embargante quando impugna a fixação da verba honorária em valor diverso do acórdão estadual, sem recurso da parte interessada, porque transitado em julgado, para a Autora-recorrida, a condenação “ao pagamento de custas e da verba honorária, que arbitro em 20% (vinte por cento) sobre o valor da causa corrigido, aplicando quanto ao depósito o disposto no art. 494, combinado com o art. 485, II, ambos do CPC”.

Isto porque o valor atribuído à causa, originariamente, era de R\$ 4.380,32 (quatro mil, trezentos e oitenta reais e trinta e dois centavos), e 20% sobre seu valor equivale a R\$ 876,00 (oitocentos e setenta e seis reais), não tendo havido minoração de honorários advocatícios, mas sua majoração para R\$ 5.000,00, porque devolvido ao juízo da causa o conhecimento do tema quanto à sucumbência das partes.

Provido o incidente de impugnação ao valor da causa, é lícito ao magistrado, por decorrência lógica do acolhimento do incidente processual, e para suprimir eventuais distorções, dar aplicação ao art. 20 do CPC, promovendo um juízo de equidade.

Neste sentido, julgou esta colenda Turma no AgRg no Ag n. 255.997, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJ de 2.10.2000:

“Agravo regimental. Recurso especial não admitido. Honorários. Fixação. Hipótese em que não houve condenação.

I – Não havendo condenação, hipótese destes autos, devem os honorários ser fixados nos moldes do § 4º do art. 20 do Código de Processo Civil, observando-se o critério de equidade e não ficando o julgador adstrito aos limites percentuais previstos no § 3º do mesmo artigo. Precedentes.”

Leciona **Nelson Nery Junior**¹ que “O critério da equidade deve ter em conta o justo valor não vinculado à legalidade, não significando necessariamente modicidade”, vinculada à razoabilidade da condenação honorária em relação ao bem jurídico protegido.

1. **Nery Junior, Nelson e Rosa Maria Andrade Nery.** Código de Processo Civil Comentado e Legislação Processual Civil Extravagante em Vigor, 4ª ed., São Paulo, RT, 1999, p. 435.

Por outro lado, uma vez julgada improcedente a ação rescisória, não se pode obrigar o Autor a promover o recolhimento da diferença entre o valor atribuído e o valor fixado judicialmente, nem a título de custas, nem a título de multa a ser revertida para a parte contrária, porque a única sanção que poderia lhe ser imposta – pelo não-recolhimento da diferença do depósito, que é prévio – seria o indeferimento do processamento da ação rescisória e sua extinção sem julgamento de mérito, o que não se faz mais possível porque exaurido todo o *iter* procedimental.

Não se vislumbra, portanto, nenhum vício na decisão recorrida, mas sua reapreciação, com atribuição de efeito infringente, que é próprio do agravo regimental.

Ainda que recebido o presente recurso como agravo regimental, dado o princípio da fungibilidade recursal, a decisão recorrida é escoreita, não contendo vício ou ilegalidade.

Forte nestas razões, *nego provimento* ao recurso.

É o voto.

MEDIDA CAUTELAR N. 2.942 – RJ

(Registro n. 2000.0063469-7)

Relator: Ministro Antônio de Pádua Ribeiro
Requerente: Evadin Indústrias Amazônia S/A
Advogados: Carlos Roberto de Siqueira Castro e outros
Requerida: Mitsubishi Electric Corporation – Melco
Advogados: Alexandre Henrique Del Nero Poletti e outros

EMENTA: Processual Civil – Medida cautelar – Pressupostos não atendidos – Citação feita por Oficial de Justiça – Prazo – Contagem (CPC, art. 241, II).

I – No caso, não se acha caracterizada a plausibilidade de êxito do recurso especial que se insurge contra acórdão que decidiu a contenda à luz de interpretação de cláusulas contratuais e verificação de situação fático-probatória. (Súmulas n. 5 e 7-STJ).

II – Requerendo a parte a citação do Réu por Oficial de Justiça, o prazo inicial conta-se a partir da juntada aos autos do mandado devidamente cumprido (CPC, art. 241, II).

III – Pedido indeferido, liminar cassada, agravo regimental prejudicado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, em que são partes as acima indicadas, decide a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas anexas, por unanimidade, julgar improcedente a medida cautelar, cassar a liminar e julgar prejudicado o agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Impedido o Sr. Ministro Waldemar Zveiter. Participaram do julgamento os Srs. Ministros Ari Pargendler, Carlos Alberto Menezes Direito e Nancy Andrighi.

Brasília-DF, 5 de dezembro de 2000 (data do julgamento).

Ministro Ari Pargendler, Presidente.

Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, Relator.

Publicado no DJ de 12.3.2001.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro: Evadin Indústrias Amazônia Ltda ajuizou, perante o Juízo da 32ª Vara Cível da Comarca da Capital do Estado do Rio de Janeiro, ação cautelar inominada, com pedido de liminar, em face de Mitsubishi Electric Corporation – Melco, requerendo, para tanto, **verbis**:

“... Julgar integralmente procedente a presente medida cautelar para o fim de determinar, até julgamento final de mérito a ser proferido na ação principal, (1) a permissão de utilização e exploração econômica, pela Autora, com exclusividade, da marca, nome e símbolo Mitsubishi (*three diamonds*), sem qualquer ônus adicional para a mesma, bem como que (2) a Ré se abstenha de praticar qualquer ato, direto ou indireto, que impeça e/ou prejudique a continuidade das atividades comerciais e industriais da Autora, inclusive, no que se relaciona ao setor de crédito bancário internacional” (fl. 306).

Requeru, ainda, “a citação da Ré, por Oficial de Justiça” (fl. 307).

Concedida a liminar (fl. 790), interpôs Mitsubishi Electric Corporation agravo de instrumento.

O egrégio Tribunal **a quo**, sem discrepância, após rejeitar a preliminar de intempestividade do agravo, desproveu-o, restando o v. acórdão assim ementado:

“Agravo de instrumento. Medida cautelar. Liminar. Tempestividade do recurso, face ao disposto no art. 241, inciso II, do CPC. Ausência de motivação legal para tramitação deste recurso em segredo de Justiça. Contratos havidos entre litigantes, que evidenciam os direitos e obrigações, sem aparente violação pela Agravante. Ausência dos requisitos essenciais, para fins de concessão liminar, face à prova por momento produzida. Julgado que não tem conotação de solução do mérito da demanda, vez que a análise se restringe ao postulado e prova produzida até o presente momento. O **fumus boni juris** e o **periculum in mora** devem se apresentar de forma indiscutível para fins de deferimento da liminar frente à prova produzida. O **fumus boni juris** não se limita só à possibilidade jurídica da ação principal, mas, também, à demonstração da forte certeza do sucesso dela em conexão com os pactos existentes. A insuficiência de tais demonstrações impõe o indeferimento da liminar. Rejeitadas as preliminares de intempestividade e segredo de Justiça. Provimento.” (fl. 933).

Inconformada, Evadin Indústrias Amazônia Ltda interpôs embargos de declaração ao fundamento de que o v. acórdão não se pronunciou sobre o art. 525 do CPC, que exige o traslado da certidão de intimação da decisão hostilizada, objetivando comprovar sua tempestividade; ausência de menção ao art. 131 do Código Comercial; negativa de vigência aos arts. 801 e 804 do CPC, bem assim aos artigos 160, I; e 964 do Código Civil. Ademais, aludiu a Embargante ter o acórdão embargado omitido ponto de suma importância ao deslinde da controvérsia, qual o princípio da boa-fé. Por fim, que a Embargante possui em seus estoques enorme quantidade de componentes e aparelhos eletroeletrônicos para serem industrializados e comercializados, sendo que a maioria deles foi fornecida pela Embargada antes do término do prazo da denúncia contratual.

Rejeitados os embargos (fls. 963/966), interpôs Evadin Indústrias Amazônia Ltda recurso especial insistindo na tese de negativa de vigência aos dispositivos legais referidos nos embargos de declaração.

Em virtude dos efeitos do art. 542, § 3^a, do CPC, que determina fique o recurso excepcional de decisão interlocutória retido nos autos, requereu Evadin Indústrias Amazônia Ltda, junto a este Superior Tribunal, medida cautelar pugnando, liminarmente, pelo processamento do recurso especial e concessão de efeito suspensivo ao mesmo.

Requerida a cautelar durante o recesso forense do mês de julho do corrente ano, S. Ex.^a o eminente Ministro-Presidente desta Corte deferiu, em parte, a cautelar, nos seguintes termos:

“A Requerente celebrou, em 1978, contrato de licenciamento de tecnologia e desenvolvimento de produtos, assistência técnica e transferência de tecnologia, bem como de utilização de marca, de modo a permitir a fabricação, com exclusividade, de modelos básicos e desenvolvidos de televisores da marca Mitsubishi, representada pelo símbolo de três diamantes.

Com lastro no contrato e na execução regular do ajuste ao longo de quase trinta anos, ajuizou ação cautelar objetivando o prosseguimento do contrato sem incidência de ônus adicional, compelindo-se a Requerida a abster-se de impedir ou prejudicar a continuidade das atividades comerciais, industriais e de crédito bancário, nacional e internacional, até o julgamento do mérito da ação principal, já ajuizada.

Deferida a liminar pelo MM. Juízo da 32^a Vara Cível da Comarca da Capital do Estado do Rio de Janeiro, houve interposição de agravo por instrumento pela Requerida, que restou provido pela egrégia Sexta Câmara Cível do Tribunal de Justiça daquele Estado.

Rejeitados os embargos de declaração, foi interposto recurso especial e pretende-se, com esta medida, agregar efeito suspensivo ao apelo especial e determinar-se o processamento.

Nessa cognição sumária afiguram-se-me presentes os requisitos autorizadores da cautela de urgência, tendo em vista que milita em favor da Requerente o fato (reconhecido pelo MM. Juízo da 32^a Vara do Rio de Janeiro-RJ) da estabilidade da relação contratual há décadas.

Em verdade, essa circunstância envolve, além da representação exclusiva de marca, a produção, comercialização e assistência técnica de produtos de tecnologia de ponta, num universo de capital e trabalho socialmente significativos.

Por isso convém seja mantido o **status quo** até o exame da

presente medida cautelar. Assim, *defiro, em parte, a cautelar, para comunicar efeito suspensivo ao recurso especial interposto, até melhor exame do tema pelo eminente Relator.*

Cite-se a Requerida.

Conclusos ao Ministro-Relator tão logo se inicie o período judiciário.

Intimem-se. Publique-se” (fls. 971/972).

Agora, inconformada, a Mitsubishi interpôs agravo regimental aduzindo, em síntese, carecer a cautelar dos pressupostos ensejadores da medida liminar. Quanto ao processamento do recurso especial pleiteado pela Requerente e denegado pela decisão agravada, diz que concorda com a Agravada quanto ao seu imediato processamento.

Devidamente citada, ofereceu Mitsubishi contestação, enaltecendo, basicamente, que a cautelar se desmerece porquanto pretende rediscutir acórdão que cassou liminar requerida em ação cautelar, cassação essa que adveio de exame de cláusulas contratuais. Por outro lado, sustenta ser manifestamente incabível o recurso especial, em razão de ausência de prequestionamento de dispositivos legais tidos por malferidos, salvo no tocante ao art. 525 do CPC que, no entanto, não teve negada vigência porquanto a jurisprudência deste Superior Tribunal, encontra-se pacificada no sentido da decisão hostilizada, vale dizer, nas intimações feitas por Oficial de Justiça, começa a correr o prazo a partir da juntada da intimação devidamente cumprida. Conclui pugnando pela extinção desta cautelar, sem julgamento do mérito, e conseqüente revogação da medida liminar, à vista da inexistência de plausibilidade do recurso especial.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro (Relator): Do v. acórdão que cassou a liminar concedida pelo juízo monocrático, destaco os seguintes trechos, para melhor compreensão da matéria:

“Cuida-se de agravo de instrumento atacando r. decisão em sede cautelar, que deferiu a liminar no sentido de permitir à Requerente a utilização e exploração comercial da marca, nome e símbolo da Requerida, impedindo ainda, que esta última prejudique tais atividades comerciais e industriais, inclusive nos setores de créditos.

Analisa-se, inicialmente, a preliminar de intempestividade.

Não merece prosperar tal sustentação, haja vista que aplicável, **in casu**, é o art. 241, inciso II, do CPC, que estabelece a contagem do prazo da data da juntada aos autos do mandado cumprido e não, como quer a Agravada da simples intimação. ... Por outro lado, forçoso é reconhecer que necessário, **ictu oculi**, a análise do ocorrido frente ao pactuado, sem, entretanto, adentrar-se na interpretação dos contratos.

Observa-se pelos documentos acostados às fls. 122/136, 165/175, 199/210 e 231/242, que as partes realizaram vários contratos autorizativos de fabricação de produtos da Agravante no Brasil.

Estabelece o artigo VII, seção I, no contrato acostado às fls. 231/242, que há possibilidade de denúncia do pactuado, desde que efetivada a notificação, por escrito.

Assim, fica grafado o avençado supramencionado, à fl. 239, **verbis**:

‘Este contrato terá vigência em 1^a de janeiro de 1995 e continuará em vigência até 31 de dezembro de 1997, sendo automaticamente estendido em base anual, a menos que qualquer das partes dê notificação por escrito sobre a sua intenção de término do contrato, à parte contrária, pelo menos dois (2) anos antes da data de vencimento deste contrato ou de qualquer extensão do mesmo.’

Como se pode notar de fl. 375, a Agravante fez notificar a Agravada, consoante permissivo contratual, em 17.12.1997.

Registre-se, ainda, pelo que consta de fl. 397, que a Agravante autorizou a utilização e a produção/venda de CTV/VCR com marca da Agravante.

Enfatiza o documento, em seu item n. 1, últimos parágrafos, à fl. 397, **verbis**:

‘A sua utilização da marca/logotipo Mitsubishi baseia-se no TAA. Portanto, teoricamente, não podemos permitir que V. S.^{as} usem a marca/logotipo Mitsubishi após o término do TAA.

Entretanto, contamos com o longo relacionamento com V. S.^{as} e concedemos a utilização e a produção/venda de CTV/VCR

com a marca/logotipo Mitsubishi, no máximo, até o final do ano 2001, sem qualquer pagamento de *royalties* e sem qualquer assistência técnica de nosso setor de engenharia.’

Ora, o objeto da liminar, como deferida, foi de permitir a utilização e a exploração comercial com exclusividade do nome, marca e símbolo Mitsubishi, sem qualquer ônus adicional para a Agravada e, ainda, que a Agravante se abstenha de impedir ou prejudicar a continuidade das atividades comerciais e industriais da Suplicante, inclusive nos setores de crédito, já que tal é o precípua escopo da cautelar.

Sem dúvida, em muito, a liminar, em tese, ultrapassa a notificação de fl. 375 e, em última análise, tudo em tese e só para fins da presente r. decisão, quanto ao permissivo constante de fl. 397, até o ano 2001, com as restrições nele explanadas.

Registre-se que, igualmente em tese, a autorização de fl. 397 é unilateral e, para fins de liminar, assim deve ser analisada.” (fls. 938/940).

Após referir doutrina sobre a finalidade do processo cautelar, da fumaça do bom Direito e do perigo da demora, trazendo escólios dos eminentes processualistas **Barbosa Moreira**, **Galeno Lacerda** e **José Abreu**, assim desata a contenda:

“**In thema**, ocorreu a notificação, a concessão do prazo contratualmente previsto e até uma autorização extra, não obstante limitada, mas evidentemente unilateral, como a constante de fl. 397, fatos incontroversos nos autos, o que não autoriza, por momento, qualquer presença do **periculum in mora**, com as provas existentes, para fins de prestígio da liminar como deferida, que, diga-se, tem uma elasticidade sem limites temporal.

Impõe-se, assim, em suma, reconhecer, pelo acima fundamentado, que não se apresentam os requisitos essenciais à concessão da liminar, impondo provimento do presente recurso” (fl. 942).

Os embargos de declaração, integrativos do acórdão, restaram desprovidos, como fiz ver do relatório.

Do que pude colher da leitura destes autos, não há os pressupostos

ensejadores da cautelar. Com efeito, para que se conceda cautelar, em casos tais, é mister verificar-se a plausibilidade de acolhimento do recurso especial o que, em princípio, parece inócurre na hipótese. A uma, porque, consoante ressaí do acórdão contra o qual a Requerente interpôs recurso especial, a cassação da medida liminar pelo egrégio Tribunal **a quo** decorreu da verificação de situação fática e exame de cláusulas contratuais, o que afasta a possibilidade do trânsito recursal, dada a incidência das Súmulas n. 5 e 7 deste Superior Tribunal.

A duas, porque as vislumbradas violações aos arts. 131 do Código Comercial, 801 e 804 do Código de Processo Civil tudo leva a crer, num primeiro exame, não terem sido prequestionados.

A circunstância de terem sido opostos embargos de declaração, insistindo na apreciação, não tem força de prequestionar o tema como, aliás, o proclama a Súmula n. 211 desta Corte.

Quanto à aludida violação ao art. 525 do Código de Processo Civil, único dispositivo legal prequestionado, é ver que a ora requerente, ao ajuizar na instância ordinária cautelar, requereu, expressamente, conforme fri-sei no relatório, a citação da R. por Oficial de Justiça. Daí ter o v. acórdão que cassou a liminar aplicado o comando do art. 241, II, do Código de Processo Civil que reza fluir o prazo a partir da data da juntada aos autos do mandado cumprido, o que demonstra, também, o aparente insucesso do recurso especial inviabilizando, destarte, a cautelar, ação que tem por escopo garantir a eficácia de um processo, diversamente do que se pretende nesta cautelar, qual seja, eternizar-se uma liminar, dada em cautelar, ajuizada em 1ª instância e cassada pelo órgão **ad quem**.

Por outro lado, a concessão parcial da liminar, comunicando efeito suspensivo ativo ao recurso retido, já não mais pode perdurar, pena de significar uma ordem perene em favor de uma das partes que, por certo, não mais terá interesse na subida do recurso especial tirado de agravo.

Postas tais considerações, nego provimento ao pedido, julgo prejudicado o agravo regimental e casso a liminar.

Custas e honorários advocatícios suportados pelo Autor que fixo em 10% do valor atribuído na exordial desta cautelar.

VOTO

O Sr. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito: Sr. Presidente, quando li os memoriais, fiquei bastante impressionado porque havia um rol de

violações ao Código Comercial e ao Código de Processo Civil. Mas a impressão que ficou foi a de que a interrupção imediata do contrato geraria um transtorno muito grande, porque, pela natureza da cautelar, o objetivo seria deixar prosseguir com a fabricação, sob pena de inviabilização total da empresa.

Não tive acesso aos autos, e o eminente Relator fez um apanhado, mostrando que essa disciplina legal invocada no recurso especial não está prequestionada, salvo com relação ao art. 525 do Código de Processo Civil, que, todavia, no caso, não teria viabilidade.

É certo que houve a interposição de embargos de declaração, que foram rejeitados, ou seja, a parte apontou a omissão, o Tribunal afirmou não existir omissão, mas a parte não ingressou no recurso especial com suporte do art. 535 do Código de Processo Civil.

Com essas razões, Sr. Presidente, louvando o esforço dos advogados, que apresentaram um substancial memorial para nosso exame, acompanho o voto do Sr. Ministro-Relator.

RECURSO ESPECIAL N. 20.762 – SP

(Registro n. 92.0007812-5)

Relator: Ministro Nilson Naves
Recorrente: Concremix S/A
Advogados: Nelson Altemani e outros
Recorrida: Empresa Municipal de Urbanização – Emurb
Advogados: Neide Maria Massaro, Rubens de Barros Brisolla e outros
Interessados: Escritório Administrativo Germaine Lucie Burchard Empreendimentos Imobiliários Ltda

EMENTA: Águas – Código (Decreto n. 24.643/1934) – Rio – Mudança da corrente (álveo abandonado) – Indenização prévia (desnecessidade, no caso) – Propriedade (pública).

1. De uso comum do povo, o rio é bem público (Código Civil, art. 66, I).

2. No caso de mudança da corrente pública pela força das águas ou da natureza, o álveo abandonado é regido pelo disposto no art. 26 do Código de Águas.

3. Mas, no caso de mudança da corrente pública por obra do homem, o leito velho, ou o álveo abandonado pertence ao órgão público (atribui-se “a propriedade do leito velho a entidade que, autorizada por lei, abriu para o rio um leito novo”). Código de Águas, art. 27.

4. Em tal caso de desvio artificial do leito, a acessão independente do prévio pagamento de eventuais indenizações. Conforme o acórdão estadual, “Não é premissa dessa aquisição que o Poder Público indenize previamente o proprietário do novo álveo”.

5. Recurso especial pela alínea a (alegação de ofensa aos arts. 26 e 27), de que a Terceira Turma não conheceu.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do recurso especial. Participaram do julgamento os Srs. Ministros Eduardo Ribeiro, Ari Pargendler e Carlos Alberto Menezes Direito. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Waldemar Zveiter.

Brasília-DF, 15 de fevereiro de 2000 (data do julgamento).

Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, Presidente.

Ministro Nilson Naves, Relator.

Publicado no DJ de 7.8.2000.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Nilson Naves: Em 1979, a Empresa Municipal de Urbanização promoveu, fundada no art. 524 do Código Civil, ação reivindicatória contra a Concremix – Engenharia de Concreto S/A, a fim de reaver área que adquirira da Municipalidade, situada na av. Marginal Direita do Rio Tietê, “estando a mesma devidamente registrada no 8^a Ofício de Registro de Imóveis, sob a Transcrição n. 92.479, datada de 27 de novembro de 1973, à fl. 166, do livro 3”.

Em 1º grau, foi a ação julgada em 1988: acolheu-se em parte o pedido, “para condenar a Ré a desocupar em favor da Autora a área demarcada em marrom, sem sinalização em amarelo que figura no anexo 3 do laudo”; condenou-se a Ré “a pagar à Autora indenização correspondente ao valor locativo mensal”; entendeu-se que a Autora “ressarcirá a Ré pelas benfeitorias necessárias, consoante apuração em artigos de liquidação”. Em 2º grau, deu-se apenas provimento à apelação da Ré, para alterar-se o termo inicial da indenização, “a ser contada do ajuizamento da ação”.

Fundada na alínea a, alega a Concremix S/A, nas razões de interposição do especial, que

“A Emurb se diz proprietária do imóvel, que fora conferido pela Municipalidade de São Paulo na formação do capital social da companhia. E, segundo sustenta a Municipalidade, o imóvel constitui parte do álveo abandonado do Rio Tietê, o qual passara ao seu domínio por força do artigo 27 do Código de Águas, porque o leito do rio fora artificialmente desviado, na obra pública de retificação. Foi com apoio nessa idéia que a Municipalidade autoatribuiu-se a propriedade, transferindo-a à Emurb.

Já a tese do Recorrente é a de que a Municipalidade somente comprovaria seu domínio se demonstrasse ter expropriado a faixa de terras do novo leito do Rio Tietê e indenizado o proprietário, condição **sine qua non** para que adquirisse a propriedade do álveo abandonado (antigo leito do rio), como exige o art. 27 do Código de Águas. Não produzida tal prova de expropriação e indenização, incide o art. 26 do mesmo Código, a dispor que o álveo abandonado passa a pertencer aos proprietários ribeirinhos das duas margens.

Rejeitando a defesa da Recorrente, nesse particular, o v. acórdão contrariou a lei federal, especificamente os mencionados artigos 26 e 27 do Código de Águas (Decreto n. 24.643, de 10 de julho de 1934, mantido pelo Decreto-Lei n. 852, de 11 de novembro de 1938).”

Admitido o recurso, o Ministério Público Federal emitiu parecer contrário ao seu conhecimento, consoante esta ementa: “Ação reivindicatória de certo imóvel. Decisão impugnada, que concedeu o pedido, salvo no pertinente à parcela em que se verificou superposição nos respectivos registros. Recurso especial insistindo em tema que, a rigor, importaria em reexame

de prova, insuscetível na instância excepcional. Parecer pelo malogro da insurgência extrema”.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Nilson Naves (Relator): Num e noutra recurso, a matéria impugnada diz respeito exclusivamente aos arts. 26 e 27 do Código de Águas, de 1934 (Decreto n. 24.643, de 10.7), cuja redação é a seguinte:

“Art. 26. O álveo abandonado da corrente pública pertence aos proprietários ribeirinhos das duas margens, sem que tenham direito a indenização alguma os donos dos terrenos por onde as águas abrigarem novo curso.

Parágrafo único. Retornando o rio ao seu antigo leito, o abandonado volta aos seus antigos donos, salvo a hipótese do artigo seguinte, a não ser que esses donos indenizem ao Estado.

Art. 27. Se a mudança da corrente se fez por utilidade pública, o prédio ocupado pelo novo álveo deve ser indenizado, e o álveo abandonado passa a pertencer ao expropriante para que se compense da despesa feita.”

Tal suscitada e discutida questão tem mais a ver com a imagem fornecida pelo indigitado art. 27, haja vista as disposições dos dois acórdãos: no da ação reivindicatória, em tópico se opondo ao parecer de **Sílvio Rodrigues**, “A erudita interpretação, tirada do art. 27 do Código de Águas, não tem encontrado eco na doutrina e na jurisprudência”; no acórdão da ação declaratória, “É sabido que o rio Tietê sofreu alterações em seu curso através de obras públicas, passando o antigo álveo para o domínio público, nos termos do art. 27 do Código de Águas”. Com efeito, há de vir a pêlo, em termos de regência do caso, a disposição inserida no art. 27, pois o art. 26 e seu parágrafo dispõem a propósito da mudança do curso pela força das águas ou da natureza, ao passo que, aqui, indiscutivelmente a mudança se deu por obra do homem.

Na sentença da ação reivindicatória, o juiz não se aproximou da questão nos termos em que agora se acha colocada, pois lá, para se acolher a pretensão da Autora, entendeu-se em suma que “A demandada obteve por

consentimento dos proprietários a posse direta das áreas tingidas em amarelo (fl. 246), mas avançou com suas instalações sobre porção de terreno correspondente à parte do antigo leito e faixa marginal do Tietê, hoje registrada no cartório imobiliário em nome da Autora (fl. 247)". No acórdão, porém, entendeu-se, em atenção ao parecer de **Dinamarco**, que o tema atinente ao domínio da Autora não dispensava apreciação, daí, disse-se lá, **incidenter tantum**, é o que se passa a examinar".

Veja-se que ao quesito "qual dos dois títulos deve prevalecer, ou seja, o que indica a Emurb ou o que indica os Srs. Mereb como donos de parte da área controvertida?", respondeu **Cândido Dinamarco** que "deve prevalecer, por força da correta interpretação do art. 27 do Código de Águas, a transcrição imobiliária que favorece os Srs. Mereb e não a que indica a Emurb como dona do imóvel litigioso". Em seus pareceres, **Sílvio Rodrigues** e **Dinamarco** defenderam a idéia de que a incorporação do álveo abandonado no patrimônio público dependeria do prévio pagamento do prédio ocupado pelo novo álveo. "Essa justificativa", disse **Dinamarco**, "que legitima o domínio público, é a despesa correspondentemente feita por ele para a aquisição dos terrenos para o novo álveo. Enquanto não indenizar, sem ter feito despesas, não há por que receber gratuitamente o leito abandonado. Prevalece o que sempre foi, desde os romanos".

Ocorre, no entanto, que o meu pensamento coincide com o do Tribunal Estadual, para o qual, num e noutro acórdão, (I) "Não é de boa lógica impor requisito para que um bem ingresse na qualidade de público (o leito do rio), quando público (art. 66, I, CC) ele já o é", (II) "Sendo público o rio, seu leito e margens, afrontaria discriminação constitucional de competência pudesse o Executivo, à revelia do Legislativo, aliená-lo pelo só expediente de não pagar desapropriação da área de seu novo curso", (III) "O rio público (corrente d'água, álveo e terrenos marginais reservados) só perde esta classificação por ato legítimo, por concessão feita pelo Poder Público (**Bandeira de Mello**, RT 379/149). Na mesma linha de não perder a qualidade de bem público o álveo abandonado em razão de obra pública é o magistério da **Scialoja**", (IV) "Melhor não é, assim, a tese de alteração da classe do bem público, como reflexo de desapropriação não quitada. Não parece de boa exegese buscar, no instituto da inadimplência, efeitos sobre categoria jurídica de bens" e (V) "Não é premissa dessa aquisição que o Poder Público indenize previamente o proprietário do novo álveo. A respeito, já se decidiu que a expressão 'o álveo abandonado passa a pertencer ao expropriante para que se compense da mesma despesa feita' tem

maior abrangência, envolvendo também os gastos necessários às obras de retilificação e não apenas a indenização a ser paga eventualmente ao particular (RT 556/108)”.

Ora, fundado nas lições de **João Luiz Alves, Corrêa Telles, Bevilacqua, Valladão, Carvalho de Mendonça, Lobão** e doutrinadores italianos e franceses, já escrevia **Eurico Sodré**, em 1936, conclusivamente:

“Como se vê, ha uma unanimidade fundamental, na legislação dos povos cultos, em attribuir a propriedade do leito velho à entidade que, autorizada por lei, abriu para o rio, um leito novo. Pois no próprio Direito francez, para que o ribeirinho do leito velho o venha possuir, precisará compral-o do Estado, atravez notificação da Prefeitura.

Esta digressão, aliás dispensável, pelo Direito de França e Itália, serve para mostrar a universalidade do principio firmado no Direito brasileiro, atravez o direito reinól.

No Direito brasileiro ninguém discute que o leito velho de um rio pertence a quem, cumprindo uma lei declaratória de utilidade pública, excavou o leito novo” (RT-XXV, p. 6).

Veja-se **Pádua Nunes**, valendo-se da lição de **Themístocles Cavalcanti**: “o notável jurista se manifesta favorável ao princípio do Direito francês, no qual o álveo abandonado pertence sempre ao Estado, que pode vendê-lo” (Código de Águas, 1^a vol., 1980, p. 86). No Direito francês, se o rio forma um novo curso, abandonando seu antigo leito, “*les propriétaires riverains peuvent acquérir la propriété de cet ancien lit, chacun en droit soi, jusqu’à une ligne qu’on suppose tracée au milieu de la rivière. Le prix de l’ancien lit est fixé par des experts nommés par le président du tribunal de la situation des lieux, à la requête du préfet du département*” (Code Civil, art. 563). Veja-se que, pelo Direito francês, ainda quando as águas abrem novo curso, os proprietários ribeirinhos, querendo, hão de adquirir a propriedade do antigo leito, por ela pagando preço fixado por peritos. A saber, têm eles direito de preferência. Entendendo, no entanto, que o sistema brasileiro adotava solução mais justa, em 1924 escreveu **Sá Pereira**, em face do art. 544 do Código Civil:

“Nós admittimos uma solução radical e mais justa. Não demos aos ribeirinhos um direito de preferência, mas lhes reconhecemos a propriedade: ‘O álveo abandonado do rio público ou particular *pertence* aos proprietários ribeirinhos das duas margens’.

Se lhes pertence o leito, com maioria de razão lhes hão de pertencer as margens. O Estado não se attribue a propriedade dellas, e mais a do leito, senão como constitutivos do rio. Se não ha rio, assim como desaparece a propriedade do leito, desaparece a das margens. O nosso systema differe essencialmente do francez, no qual a propriedade é sempre do Estado; entre nós ella o é si et **in quantum** o rio existe. Vasio o leito surge a propriedade particular dos ribeirinhos, que se estende até ao meio do álveo abandonado. Este limite fixado no Código é o mesmo que já ficára estabelecida para as ilhas” (Manual do Código Civil Brasileiro, vol. VIII, p.p. 196/197).

Sucede, pelo visto, que em 1934 sobreveio o Código de Águas, inovando a matéria com o texto do art. 27 e, em decorrência da leitura que dele também faço, parece-me mais razoável, qual a lição de **João Luiz Alves, Pádua Nunes** e outros ilustres doutrinadores da época, atribuir a propriedade do leito velho à entidade que abriu o novo leito. E digo mais, independentemente de expropriação e indenização. Em tal aspecto, compartilho o entendimento do Tribunal paulista.

Do exposto, não conheço do recurso especial.

RECURSO ESPECIAL N. 49.987 – SP

(Registro n. 94.0018085-3)

Relator: Ministro Ari Pargendler
Recorrente: Banco Econômico de Investimento S/A
Advogados: Pedro Augusto de Freitas Gordilho e outros
Recorrido: Josef Ernst Machler
Advogados: José Carlos de Magalhães e outros
Recorrido: Banco Itaú S/A
Advogados: Neli dos Santos Fabro e outros
Interessada: Companhia de Indústria Química do Nordeste – Ciquine
Sustentação oral: Pedro Augusto de Freitas Gordilho (pelo recorrente)

EMENTA: Civil – Venda fraudulenta de ações – Terceiro de boa-fé.

Venda de ações sem o conhecimento do respectivo titular, mediante fraude apurada em processo criminal. Responsabilidade da companhia e da sociedade por ela encarregada de guardar e escriturar os livros de registro e transferência de ações. Restabelecimento do patrimônio do proprietário das ações mediante a substituição por outras da mesma natureza, sem prejudicar o terceiro de boa-fé.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, prosseguindo o julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Waldemar Zveiter, acompanhando o Sr. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, prevalecendo o voto médio do Sr. Ministro-Relator, conhecer dos primeiro e terceiro recursos e dar-lhes provimento e não conhecer do segundo recurso especial. Participaram do julgamento os Srs. Ministros Carlos Alberto Menezes Direito, Nilson Naves, Eduardo Ribeiro e Waldemar Zveiter.

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

Ministro Ari Pargendler, Presidente e Relator.

Publicado no DJ de 12.3.2001.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Ari Pargendler: Josef Ernst Machler é titular de 50.250 ações preferenciais nominativas, classe A, emitidas, sob forma escritural, por Ciquine – Companhia de Indústrias Químicas do Nordeste, que foram transferidas, mediante fraude praticada por Antônio Rogério Faria Sandes, já condenado em processo criminal. Em razão de ajuste celebrado com Ciquine – Companhia de Indústrias Químicas do Nordeste, o Banco Itaú S/A era o responsável pela escrituração e guarda dos livros de registro e transferência de ações, de modo que ambos são solidariamente responsáveis pelo restabelecimento da situação anterior ou, alternativamente, pelo ressarcimento dos prejuízos – tudo nos termos do pedido articulado em ação ordinária (fls. 2/14, 1^a volume).

Por provocação do Banco Itaú S/A (fls. 56/61, 1ª volume), Josef Ernest Machler requereu a citação do Banco Econômico de Investimento S/A, que adquiriu as indigitadas ações (fl. 107, 1ª volume).

A final, o MM. Juiz de Direito Dr. Teodozio de Souza Lopes julgou procedente o pedido,

“... para o fim de declarar nula a compra e venda das ações, restabelecendo as partes ao **status quo** da seguinte forma: o co-réu Banco Econômico de Investimento S/A devolverá para a co-ré Ciquine as ações adquiridas, ressavaldo o seu direito de, pelas vias próprias, ser indenizado do prejuízo que sofreu.

A Ciquine restituirá, solidariamente com o Banco Itaú, as ações ao Autor, procedendo à regularização destas, restaurando nos seus livros a titularidade, além de pagarem para o Autor os dividendos declarados na assembléia-geral de 15 de março de 1989, além das bonificações ocorridas no período em que o Autor foi desfalcado da propriedade” (fl. 168, 1ª volume).

A egrégia Primeira Câmara Civil do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, por maioria de votos, Relator o eminente Desembargador Gomes de Amorim, reformou, em parte, a sentença (fls. 233/238, 1ª volume).

Lê-se no julgado:

“Quanto ao mérito, a prova colhida indica, com segurança, que a alienação das ações ao BEI foi derivada de fraude praticada por Antônio Rogério Faria Sandes, o qual, inclusive, foi condenado no juízo criminal em razão da mesma.

Em conseqüência, nulo foi tal negócio jurídico, o que devia ser declarado nesta ação.

O recurso de Ciquine, no que diz respeito à legitimidade de parte, não procede, face ao disposto no § 3ª do artigo 34 da Lei n. 6.404/1976.

Procede, entretanto, assim como o do Itaú, no que diz respeito ao pagamento dos dividendos e bonificações determinados pela assembléia no período.

Com efeito, os autos indicam que o BEI recebeu tais parcelas, já que constava como titular das ações questionadas.

Anulada a compra das mesmas por ele, tal nulidade, por absoluta, é retroativa, pelo que tudo que o BEI conseguiu em razão daquela titularidade indevida deve ser restituído ao legítimo proprietário das ações.

Nem mesmo sua condição de terceiro de boa-fé lhe dá o direito de locupletar-se com algo decorrente de ato fraudulento, autorizando-o, apenas, a pedir perdas e danos, em ação própria, de quem causou-lhe o prejuízo.

Assim, é o BEI que deve restituir ao Autor os dividendos e bonificações recebidos no período em que esteve como titular das referidas ações, com a devida correção monetária, tal como pleiteado pelo Banco Itaú em sua contestação e na presente apelação, pedido esse que aproveita a Ciquine.

Anote-se que, doutrinariamente, talvez a solução correta fosse a de se manter a condenação da Ciquine ao pagamento de tais verbas ao Autor e a do BEI ao mesmo pagamento à Ciquine” (fls. 236/237, 1ª volume).

Seguiram-se embargos de declaração, opostos pelo Banco Econômico de Investimento S/A (fls. 243/245, 1ª volume), rejeitados (fls. 248/250, 1ª volume), destacando-se na motivação do acórdão o seguinte trecho:

“À fl. 237, o acórdão embargado esclarece a razão de ser de tal condenação, com o afastamento, desde logo, da Ciquine e do Banco Itaú S/A, solução essa não só de ordem prática, mas que encontra apoio nos artigos 48 e 75, I, do Código de Processo Civil” (fl. 249, 1ª volume).

O Banco Econômico de Investimento S/A opôs, então, concomitantemente, embargos de divergência (fls. 253/265, 2ª volume), embargos infringentes (fls. 275/291, 2ª volume) e recurso especial, este com base no artigo 105, inciso III, letras **a** e **c**, da Constituição Federal, por violação aos artigos 3ª, 6ª, 46, 47, I e II; 70, 75, 76, 128, 267, 293 e 460 do Código de Processo Civil, aos artigos 510, 520, 521, parágrafo único; 524 e 1.280 do Código Civil e aos artigos 34 e 35 da Lei n. 6.404, de 1976 (fls. 293/336, 2ª volume).

Os embargos de divergência foram, liminarmente, rejeitados (fls. 367/

368, 2ª volume), decisão atacada por agravo regimental (fls. 370/385, 2ª volume), improvido (fls. 393/395, 3ª volume).

O Banco Econômico de Investimento S/A interpôs novo recurso especial, desta feita com base no artigo 105, inciso III, letra a, da Constituição Federal, por violação ao artigo 101, §§ 1ª e 3ª, letra a, da Lei Complementar n. 35, de 1979 (fls. 398/413, 3ª volume).

A egrégia Primeira Câmara Civil do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Relator o eminente Desembargador Álvaro Lazzarini conheceu dos embargos infringentes em parte e, nessa medida, fez por rejeitá-los por maioria de votos, à base da seguinte motivação:

“E assim decidem, porque os embargos só podem ser conhecidos no ponto que diz respeito à divergência quanto à responsabilidade do Banco Itaú S/A e da Ciquine – Companhia de Indústrias Químicas do Nordeste, não podendo ser conhecidos no que se refere à responsabilidade do embargante Banco Econômico de Investimento S/A, pois votos-vencedores e vencido foram unânimes em reconhecê-la (cf. fls. 236/238 e 240), eis que todos os votos estão no sentido de que ‘Proveniente de ato nulo, não pode o Banco Econômico permanecer com as ações adquiridas’ (do voto-vencido, fl. 240).

Nulo o negócio jurídico, como todos os votos reconheceram, realmente, os recursos da empresa Ciquine – Companhia de Indústrias Químicas do Nordeste e do Banco Itaú S/A mereciam o provimento parcial concedido pela douta maioria no referente ao pagamento dos dividendos e bonificações determinados pela assembléia no período, pois todo conjunto probatório demonstra ter o embargante Banco Econômico de Investimento S/A recebido tais parcelas como titular, agora reconhecido como ilegítimo titular, das ações respectivas.

A ilegitimidade dessa titularidade das ações, repete-se, deve-se à nulidade absoluta do negócio jurídico com o conseqüente efeito retroativo, mesmo que se reconheça boa-fé por parte do mesmo embargante, ao qual só resta eventual ação de perdas e danos contra quem causou-lhe o prejuízo.

Dada a responsabilidade do Embargante, reconhecida à unanimidade pela douta Turma julgadora da apelação, não pode restar dúvida que a ele cabe a restituição dos aludidos dividendos e bonificações com a correção monetária pedida pelo Banco Itaú S/A em sua contestação e na apelação, o que aproveita, também, à empresa co-embargada” (fl. 474, 3ª volume).

O Banco Econômico de Investimento S/A interpôs outro recurso especial, com base no artigo 105, inciso III, letras a e c, da Constituição Federal, por violação aos artigos 34, § 3^o; e 35, § 1^o, da Lei n. 6.404, de 1976, bem assim aos artigos 159, 510 e 521 do Código Civil (fls. 481/519, 3^a volume).

Todos os recursos especiais foram admitidos (fls. 539/542, 3^a volume).

VOTO

O Sr. Ministro Ari Pargendler (Relator):

2^a Recurso especial (fls. 398/413, 3^a volume).

Pela ordem, deve ser examinado o 2^a recurso especial, interposto contra o acórdão que, julgando agravo regimental, negou seguimento aos embargos de divergência.

Os embargos de divergência constituem recurso restrito ao âmbito do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, para *uniformizar* o entendimento de suas Turmas. Nos Tribunais de Justiça dos Estados esse recurso é desnecessário, já em função do incidente de uniformização de jurisprudência (CPC, art. 476), já porque os respectivos acórdãos estão sujeitos a recurso especial para o Superior Tribunal de Justiça e a recurso extraordinário para o Supremo Tribunal Federal (CPC, 541).

Não discrepa desse raciocínio o disposto no artigo 101, §§ 1^a e 3^a, letra a, da Lei Complementar n. 35, de 1979, porque, na anotação de **Theotônio Negrão**: “A LOM ‘não criou ou regulamentou esse recurso. Limitou-se a definir a competência para julgá-lo (...). Não às leis de organização judiciária estaduais e tampouco à norma regimental criar recurso, quando a competência exclusiva para legislar sobre o tema é da União’ (2^a TASP – Bol. AASP 1.202/264). No mesmo sentido: RT 552/161, em., 553/185, em., 563/72, 563/84, 564/152, 565/97, em., 599/73, RJTJESP 74/281, 93/943, 93/349, 93/372, JTA 74/202, RJRJ-RP 33/280.

Pela inadmissibilidade dos embargos de divergência, à falta de lei federal que os discipline: RJTJESP 78/325-TJSP-Órgão Especial, 10 votos-vencidos. O mesmo acórdão pode ser lido em RP 26/268.

O STF, pelas suas duas Turmas e por votação unânime (Primeira Turma: RTJ 105/1.122 e Bol. AASP 1.394/295; Segunda Turma: RTJ 119/198), decidiu que ‘o recurso em causa foi previsto, porém, não instituído. A Lei Orgânica da Magistratura cingiu-se a estabelecer regras para o seu julgamento, não criando o recurso’ (RTJ 119/203, 2^a col.). Nesses dois casos,

nem o regimento interno do Tribunal nem a lei estadual previam os embargos de divergência. V., a propósito, STF-RT 577/284 (RE n. 97.691-SP).

Finalmente: ‘Inexistindo norma federal instituidora do recurso de embargos de divergência, a sua criação através de lei estadual é inconstitucional’ (RT 694/163).

1º Recurso especial (fls. 293/336)

Os autos dão conta de que 50.520 ações preferenciais nominativas, classe A, emitidas por Ciquine – Companhia de Indústrias Químicas do Nordeste, estavam registradas em nome de Josef Ernst Machler, seu legítimo proprietário.

Mediante fraude, e sem o conhecimento de Josef Ernst Machler, terceiro vendeu essas ações ao Banco Econômico de Investimento S/A, que as adquiriu de boa-fé.

Sem que pudesse recuperar as ações extrajudicialmente, Josef Ernst Machler propôs a presente demanda contra o Banco Itaú S/A, quem estava encarregado da escrituração e guarda dos livros de registro e transferência desses ativos, e contra Ciquine – Companhia de Indústrias Químicas do Nordeste, esta porque responsável solidariamente pelos atos do preposto (fls. 2/14).

A petição inicial partiu do pressuposto de que a compra e venda das ações é ato *inexistente* e de que o respectivo registro no livro próprio pode ser cancelado administrativamente, sem a oitiva do adquirente de boa-fé – esta a motivação do pedido, que foi articulado nestes termos:

“seja a ação julgada procedente para o fim de condenar os Suplicados:

a) a proceder à regularização das 50.520 ações preferenciais nominativas da classe A de Ciquine de que o Suplicante é titular, restaurando, nos seus registros, aquela titularidade ou, alternativamente, pagar-lhe o valor patrimonial daquelas ações, acrescidas das bonificações que lhes corresponderem, caso se verifique a impossibilidade da devolução” (fl. 13).

Tanto o MM. Juiz de Direito como o Tribunal **a quo** interpretaram restritivamente o pedido, *como se as ações não fossem fungíveis*, e decidiram que o pedido de sua regularização passava pela anulação do respectivo negócio de compra e venda.

Essa foi uma *interpretação literal*, portanto possível, mas a inconveniência dela resultante está retratada nos efeitos do julgado, que, a ser mantido, infligirá ao *terceiro de boa-fé* prejuízos a que não deu causa.

Outra interpretação possível era a de entender o pedido no seu sentido *substancial*, de reposição do patrimônio fraudulentamente perdido (a fungibilidade das ações sugeria esse caminho) – ou de julgar procedente apenas o pedido *alternativo*, de indenização do valor patrimonial das ações, para ajustar-se à proteção devida ao terceiro de boa-fé.

Tanto mais que o interesse de agir de Josef Ernst Machler não ia além da recuperação do seu patrimônio, que podia ser alcançada por outras ações ou pela indenização do respectivo valor.

No estado dos autos, o Banco Econômico de Investimento S/A, esse terceiro de boa-fé, que, no 1^a e no 2^a grau de jurisdição, foi impedido de denunciar à lide as instituições financeiras que o representaram no negócio (fl. 163, 1^a volume e fl. 236, 1^a volume), está sujeito à *perda* das ações adquiridas, mais à restituição dos dividendos e bonificações (fl. 240, **in fine**, 1^a volume), com vantagens para os causadores do dano e sem qualquer benefício adicional para Josef Ernst Machler.

Sob essa perspectiva, o Tribunal **a quo** contrariou, sim, os artigos 47, 293 e 460 do Código de Processo Civil, bem como os artigos 34 e 35 da Lei n. 6.404, de 1976.

3^a Recurso especial (fls. 481/519, 3^a volume)

O Tribunal **a quo** imputou ao Banco Econômico de Investimento S/A a obrigação de restituir “o produto integral da compra, inclusive dividendos e bonificações” (fl. 240, 1^a volume).

Provocado por embargos de declaração, o Tribunal **a quo** esclareceu “a razão de ser de tal condenação, com o afastamento, desde logo, da Ciquine e do Banco Itaú S/A, solução essa não só de ordem prática, mas que encontra apoio nos artigos 48 e 75, I, do Código de Processo Civil” (fl. 249, 1^a volume).

Antes, havia dito:

“Anotese que, doutrinariamente, talvez a solução correta fosse a de se manter a condenação da Ciquine no pagamento de tais verbas ao Autor e a do BEI no mesmo pagamento à Ciquine.

Entretanto, tendo em vista a aceitação do litisconsórcio necessário

e o acolhimento das razões dos réus, a lógica indica a solução prática ora adotada” (fl. 237, 1ª volume).

Ora, o artigo 48 do Código de Processo Civil não autoriza essa conclusão. Muito menos, o artigo 75, que se refere ao instituto da denúncia da lide, o qual, de resto, não autoriza a condenação **per saltum**, tal como se depreende do artigo 76.

Nesse particular, o acórdão contrariou, ainda, o artigo 510 do Código Civil, a cujo teor “o possuidor de boa-fé tem direito, enquanto ela durar, aos frutos percebidos”.

Voto, por isso, no sentido de não conhecer do 2º recurso especial, e de conhecer do 1º e do 3º recursos especiais e de dar-lhes provimento para julgar procedente a ação, condenando o Banco Itaú S/A e a Ciquine – Companhia de Indústrias Químicas do Nordeste a restabelecer o patrimônio de Josef Ernst Machler, substituindo as 50.250 ações preferenciais nominativas descritas na petição inicial por outras equivalentes, mais as bonificações, e a pagar-lhes os dividendos correspondentes até o efetivo cumprimento do julgado, sem quaisquer ônus para o Banco Econômico de Investimento S/A.

As custas processuais e os honorários advocatícios, estes arbitrados em vinte por cento sobre o valor da causa, serão pagas pelo Banco Itaú S/A e pela Ciquine – Companhia de Indústrias Químicas do Nordeste, aproveitando em partes iguais a Josef Ernst Machler e ao Banco Econômico de Investimento S/A.

ESCLARECIMENTOS

O Sr. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito: A ação foi proposta por Josef Ernst Machler que tinha 50.250 ações, que sumiram do Banco Itaú. Ele era o depositário, e as ações pertenciam e eram emitidas pela Ciquine.

O autor, Josef Machler, entrou com ação contra o Banco Itaú e a Ciquine e, por provocação do Banco Itaú, a Ciquine requereu o chamamento do Banco Econômico como litisconsorte.

O Sr. Ministro Nilson Naves: Mas quem foi condenado?

O Sr. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito: Foram condenados a

Ciquine e o Banco Itaú. O Tribunal local, embora reconhecendo correta a condenação das duas empresas, achou que deveria condenar o Banco Econômico, estendendo a esse a condenação.

O Sr. Ministro Nilson Naves: Então, não seria o caso de se dar provimento, para reputar o banco parte legítima?

O Sr. Ministro Eduardo Ribeiro: V. Ex.^a, Ministro Ari Pargendler, determina que sejam providenciadas novas ações?

O Sr. Ministro Ari Pargendler (Relator): Eu não mando emitir novas ações; eles têm que adquirir novas ações e transferir para o Autor. Essa é a solução.

O Sr. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito: O Sr. Ministro Eduardo Ribeiro tem um precedente, em que o Sr. Ministro Nilson Naves pediu vista, no seguinte sentido: havia uma ação semelhante a essa que estamos julgando, com relação a ações que tinham sumido; e a parte pediu a indenização; o acórdão mandava devolver as ações e pagar a indenização. O Sr. Ministro Eduardo Ribeiro, se não me falha a memória, determinou que não; ou pagar-se-ia o preço das ações, ou, então, mandar-se-ia entregar as ações. Não era possível dar as duas coisas.

O Sr. Ministro Ari Pargendler (Relator): Mas neste caso, há um terceiro de boa-fé.

O Sr. Ministro Eduardo Ribeiro: Criar novas ações não é possível, porque envolveria aumento de capital. V. Ex.^a, Ministro Ari Pargendler, manda que eles adquiram no mercado novas ações?

O Sr. Ministro Ari Pargendler (Relator): Exatamente.

O Sr. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito: A minha sugestão para V. Ex.^a, Ministro Ari Pargendler, com base nesse precedente do Sr. Ministro Eduardo Ribeiro, é no sentido de que, como não se pode adquirir as ações, porque envolve aumento de capital, e não podemos determinar isso, poder-se-ia inverter: ao invés de mandar comprar no mercado as ações para entregar à empresa, é melhor mandar apurar o valor de mercado das ações e indenizar a pessoa pelo valor de mercado, mais as bonificações e os dividendos correspondentes. Nesse caso, seria uma indenização global.

O Sr. Ministro Ari Pargendler (Relator): Essa é uma alternativa que está prevista na própria petição inicial. Ela é uma alternativa. Podemos partir para a alternativa quando o pedido principal é outro? Não há impossibilidade. Pode sair mais caro ou, eventualmente, mais barato para os réus.

Para excluirmos o pedido principal, vamos ter que dizer... Se isso é mais prático, ou menos prático a questão não é essa. A questão é como realmente recompor o patrimônio do autor no modo em que ele está pedindo.

O Sr. Ministro Nilson Naves: Estamos tomando providências em relação ao pedido do Réu.

O Sr. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito: No grau de apelação, eles puseram toda a responsabilidade na carga do Banco Econômico. Se nós, pura e simplesmente, excluirmos o Banco Econômico, fica sem condenação.

O Sr. Ministro Nilson Naves: Estamos julgando exatamente o recurso do Banco Econômico.

O Sr. Ministro Ari Pargendler (Relator): Exatamente. Por isso, temos que julgar o recurso dele sem prejudicar o Autor.

O Sr. Ministro Nilson Naves: Qual é a dificuldade?

O Sr. Ministro Ari Pargendler (Relator): Foi condenado o Banco Econômico.

Estou sustentando que ele não é litisconsorte necessário nessa ação. Nada pode ser exigido dele em função do pedido. Não se imputa ao Banco nenhuma irregularidade, nenhuma responsabilidade pelos registros. Ele entrou, realmente, como terceiro de boa-fé no processo. Terminou sendo condenado, inclusive, a devolver os dividendos e as bonificações que recebeu em um período em que esteve com essas ações de boa-fé.

O Sr. Ministro Nilson Naves: Mas há solidariedade?

O Sr. Ministro Ari Pargendler (Relator): Existe entre o emissor, que é a Ciquine, Companhia Química do Nordeste, e o Banco Itaú S/A.

O Sr. Ministro Nilson Naves: A condenação recaiu somente sobre o Banco Econômico?

O Sr. Ministro Ari Pargendler (Relator): Na prática, sim. Embora o acórdão seja um pouco confuso, o Banco Itaú e a Ciquine não recorreram. Temos que excluir o terceiro sem prejudicar o Autor.

O Sr. Ministro Nilson Naves: Mas, como vamos excluir o terceiro? Condena-se o Banco Itaú? E os demais réus?

O Sr. Ministro Eduardo Ribeiro: Provido o recurso, não haveria mais condenação.

O Sr. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito: Seria uma situação completamente absurda, porque iríamos excluir o Banco e acabar com a condenação.

O Sr. Ministro Waldemar Zveiter: A sentença condenou o Banco Itaú?

O Sr. Ministro Ari Pargendler (Relator): A sentença condenou o Banco Econômico de Investimento S/A a devolver as ações, e ressalvou ao Banco uma ação própria para ressarcir-se dos prejuízos.

O Sr. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito: A sentença manda o Banco Econômico devolver à Ciquine as ações e dá ao Banco Econômico o direito de regresso pelos prejuízos sofridos. Essa é que é a sentença.

O Sr. Ministro Ari Pargendler (Relator): A Ciquine, junto com o Banco Itaú procederá ao restabelecimento da titularidade.

O Sr. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito: Por isso que o eminente advogado no recurso especial alega violação ao art. 35.

O Sr. Ministro Ari Pargendler (Relator): Sr. Presidente, só pedi um argumento para alterar a minha conclusão. Não me oponho se, afinal, entender-se que se pode afastar o pedido principal de mandar indenizar.

O Sr. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito: O acórdão da apelação alterou a sentença e condenou o Banco Econômico. Prover o recurso do Banco Econômico para restabelecer a sentença é o melhor caminho.

O Sr. Ministro Ari Pargendler (Relator): A apelação manteve a sentença, mas incluiu uma condenação maior. Tudo o que ele tinha teve que devolver.

O Sr. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito: A solução, talvez, é a de conhecermos do recurso e o provermos, em parte, apenas para excluir da apelação aquela condenação e prestigiar o que foi decidido na sentença. Ao mesmo tempo, não invadiremos quanto aos demais réus e asseguraremos ao Banco o direito de regresso, diante dessa objeção do Sr. Ministro Nilson Naves.

O Sr. Ministro Ari Pargendler (Relator): Essa objeção do Sr. Ministro Nilson Naves é oponível a qualquer dos dois fundamentos. Ela é de ordem processual.

O Sr. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito: Estou provendo o recurso para excluir o Banco Econômico, porque o que agravou o Banco Econômico foi a apelação.

O Sr. Ministro Ari Pargendler (Relator): A sentença já fez uma coisa absurda.

Na sentença, ela obrigou o terceiro de boa-fé a propor uma nova ação contra o Banco Itaú e a Ciquine.

Enquanto a sentença não for executada, as ações continuam a ser do

Banco Econômico, porque ele tem que devolver as ações, os dividendos e as bonificações. O que o Sr. Ministro Nilson Naves sustenta, **data venia**, não tem procedência. Não tendo o Autor interposto recurso especial, a situação não poderia ser modificada. Ela foi julgada procedente com relação a todos, porque se anulou a compra e venda e, também, anulou os registros. Anulando os registros com relação ao Banco Itaú, ela foi julgada procedente. E tendo dito que a Ciquine era solidária com o Banco Econômico, também, julgou procedente em relação à Ciquine. Eles não foram condenados a indenizar pela óbvia razão de que houve uma condenação a devolver, porém, imputada ao Banco Econômico. Eles foram vencidos na ação, embora vencidos da melhor maneira possível, ou seja, para, em outra ação, discutirem com o Banco Econômico.

VOTO

O Sr. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito: Srs. Ministros, o que se verifica nestes autos é que a sentença impôs ao Banco Econômico de Investimento a obrigação de devolver para a Ciquine as ações adquiridas, ressalvado o seu direito de, pelas vias próprias, ser indenizado do prejuízo que sofreu. E, por outro lado, impôs à Ciquine e ao Banco Itaú, solidariamente, a restituição das ações ao Autor, procedendo à regularização destas, restaurando nos seus livros a respectiva titularidade e, ainda, impôs a obrigação de pagar para o Autor os dividendos declarados na assembléia-geral de 15 de março de 1989, ademais das bonificações ocorridas no período em que o Autor foi desfalcado da propriedade.

Em grau de apelação, o Tribunal de Justiça de São Paulo entendeu que o ora recorrente, Banco Econômico de Investimento, é o responsável pela restituição ao Autor dos dividendos e bonificações recebidos no período em que esteve como titular das referidas ações, com a devida correção monetária, alterando, nesta parte, a sentença sem, todavia, modificar o sentido da condenação quanto ao mais do Banco Itaú e da empresa Ciquine, embora reconhecendo ao Recorrente a qualidade de terceiro de boa-fé.

A meu juízo, a solução adotada pelo acórdão recorrido não é a que melhor atende ao cenário dos autos, tendo presente a não-existência de litisconsórcio necessário e, também, a disciplina dos artigos 34 e 35 da Lei das Sociedades Anônimas. Essas circunstâncias levam-me a acompanhar, em parte, o voto do eminente Sr. Ministro Ari Pargendler que, com especial cuidado, tratou dos autos, para conhecer e prover o recurso especial, de

modo a excluir o Banco Econômico da condenação, restabelecendo a sentença no que concerne à devolução das ações, pura e simplesmente, do Banco Econômico de Investimento ao Autor, mantida a condenação solidária da Ciquine e do Banco Itaú.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Nilson Naves: Ao que cuido, divergem os Ministros Ari Pargendler e Menezes Direito quanto à declaração de nulidade da compra e venda das ações, visto que, para um, os efeitos da condenação não de recair sobre o Banco Itaú e a Ciquine, para o outro, não de recair também sobre o Banco Econômico, que adquirira as 50.250 ações preferenciais nominativas, escriturais, emitidas pela Ciquine e registradas em conta de depósito pelo Banco Itaú.

Do exame dos autos, melhor me parece a proposta de proteção do terceiro de boa-fé, evitando-se-lhe prejuízos a que não deu causa. **Data venia** do Ministro Direito, acompanho o Ministro Pargendler.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Eduardo Ribeiro: Os embargos de divergência não existem nos Tribunais de Justiça ou de Alçada, bem o demonstrou o eminente Relator. Nada há a acrescentar. Não conheço, pois, do segundo recurso.

O primeiro e terceiro, entretanto, merecem ser conhecidos e providos. Bastaria uma razão de natureza processual. Em relação ao Recorrente, nenhum pedido foi formulado. Determinou-se, de ofício, viesse a integrar o processo, sem que isso, entretanto, se impusesse legalmente. O litisconsórcio necessário se verifica quando realizada a hipótese prevista no artigo 47 do Código de Processo Civil. Isso não ocorreu.

Tenho como certo que, tal como posta a inicial, a condenação a “restaurar os registros”, voltando a titularidade das ações ao Autor haveria de fazer-se mediante a aquisição de novas ações ou, se isso se mostrasse inviável, seria de acolher-se o pedido sucessivo, mediante indenização em dinheiro, como salientou o Relator.

Assim não fosse, muito de duvidar-se do acerto da condenação do Recorrente, terceiro de boa-fé que adquiriu as ações em bolsa e que de nenhum modo se locupletou. Abstenho-me, entretanto, de maiores considerações,

uma vez que suficiente a primeira razão declinada. A mim se me afigura que a verdadeira responsável seria a corretora que se deixou enganar pelo falsário. Não figurou, entretanto, no processo.

Não posso, entretanto, acompanhar inteiramente o Relator, para isso pedindo vênia. É que Banco Itaú e Ciquine foram isentados da obrigação de pagar bonificações e dividendos. O Autor permitiu que se verificasse o trânsito em julgado. Não me parece possível condená-los. O provimento do recurso do Econômico só poderá conduzir a afastar sua responsabilidade.

Conheço e dou provimento ao recurso, tão-só para esse fim.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Waldemar Zveiter: Josef Ernst Machler propôs contra Ciquine – Companhia de Indústrias Químicas do Nordeste e Banco Itaú S/A ação ordinária visando a recuperar a titularidade de ações da Empresa negociadas mediante fraude na Bolsa de Valores de São Paulo ou, alternativamente, indenização pelos prejuízos que sofreu.

O Banco Econômico de Investimento S/A, que adquiriu as indigitadas ações através de leilão, foi chamado a integrar o pólo passivo da lide.

O pedido foi julgado procedente em 1ª instância, assim: O Banco Econômico deveria devolver as ações à Ciquine e esta e o Banco Itaú ao Autor, procedendo sua regularização, além de pagarem os dividendos declarados em assembléia mais as bonificações (fl. 168).

Apelaram as partes e a Primeira Câmara Cível do colendo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, por maioria, proveu o apelo do Banco Itaú e da Ciquine para carrear ao Banco Econômico o ônus do pagamento dos dividendos e bonificações.

Aduziu, para tanto, o acórdão que: “Anulada a compra das mesmas por ele, tal nulidade, por absoluta, é retroativa, pelo que tudo que o BEI conseguiu em razão daquela titularidade indevida deve ser restituído ao legítimo proprietário das ações.

Nem mesmo sua condição de terceiro de boa-fé lhe dá o direito de locupletar-se com algo decorrente de ato fraudulento, autorizando-o, apenas, a pedir perdas e danos, em ação própria, de quem causou-lhe o prejuízo.

Assim, é o BEI que deve restituir ao Autor os dividendos e bonificações recebidos no período em que esteve como titular das referidas ações, com

a devida correção monetária, tal como pleiteado pelo Banco Itaú em sua contestação e na presente apelação, pedido esse que aproveita a Ciquine.

Anote-se que, doutrinariamente, talvez a solução correta fosse a de se manter a condenação da Ciquine ao pagamento de tais verbas ao Autor e a do BEI no mesmo pagamento à Ciquine.

Entretanto, tendo em vista a aceitação do litisconsórcio necessário e o acolhimento das razões dos Réus, a lógica indica a solução prática ora adotada”. (fls. 236/237).

Foram interpostos três recursos especiais, um contra a parte unânime do julgado, um segundo contra o acórdão que rejeitou embargos divergentes apresentados pelo BEI e um terceiro tirado do aresto que julgou os infringentes.

O eminente Ministro-Relator Ari Pargendler não conheceu do segundo recurso especial e proveu o primeiro e o terceiro “para julgar procedente a ação, condenando o Banco Itaú S/A e a Ciquine – Companhia de Indústrias Químicas do Nordeste a restabelecer o patrimônio de Josef Ernst Machler, substituindo as 50.250 ações preferenciais nominativas descritas na petição inicial por outras equivalentes, mais as bonificações, e a pagar-lhe os dividendos correspondentes até o efetivo cumprimento do julgado, sem quaisquer ônus para o Banco Econômico de Investimento S/A.”

O eminente Ministro Carlos Alberto Menezes Direito também entendeu não se poder carrear todo o ônus para o terceiro que adquiriu as ações de boa-fé, ante a inexistência de litisconsórcio necessário, mas divergiu, em parte, do eminente Relator, no sentido de que o Banco Econômico deveria devolver as ações à Ciquine, como ficou determinado na r. sentença monocrática.

S. Ex.^a assim proferiu seu voto:

“Srs. Ministros, o que se verifica nestes autos é que a sentença impôs ao Banco Econômico de Investimento a obrigação de devolver para a Ciquine as ações adquiridas, ressalvado o seu direito de, pelas vias próprias, ser indenizado do prejuízo que sofreu. E, por outro lado, impôs à Ciquine e ao Banco Itaú, solidariamente, a restituição das ações ao Autor, procedendo à regularização dessas e restaurando nos seus livros a respectiva titularidade e, ainda, impôs a obrigação de pagar ao Autor os dividendos declarados na assembléia-geral de 15 de

março de 1989, ademais das bonificações ocorridas no período em que o Autor foi destacado da propriedade.

Em grau de apelação, o Tribunal de São Paulo entendeu que é o ora recorrente, Banco Econômico de Investimento, o responsável pela restituição ao autor dos dividendos e bonificações recebidos no período em que esteve como titular das referidas ações com a devida correção monetária, alterando, nessa parte, a sentença, sem, todavia, modificar o sentido da condenação quanto ao mais do Banco Itaú e da empresa Ciquine.

A meu juízo, a solução adotada pelo acórdão recorrido não é a que melhor atende ao cenário dos autos, tendo presente a não-existência de litisconsórcio necessário e, também, a disciplina dos artigos 34 e 35 da Lei das Sociedades Anônimas. Essas circunstâncias levam-me a acompanhar, em parte, o voto do eminente Sr. Ministro Ari Pargendler que, com especial cuidado, tratou dos autos para conhecer do recurso e dar-lhe provimento, de modo a excluir o Banco Econômico da condenação, restabelecendo a sentença no que concerne à devolução das ações, pura e simplesmente, do Banco Econômico ao Autor, mantida, no mais, a condenação solidária da Ciquine e do Banco Itaú.

É como voto.”

O eminente Ministro Nilson Naves acompanhou o voto do Ministro-Relator e, após pedir vista dos autos, o Ministro Eduardo Ribeiro votou da seguinte forma:

“O primeiro e o terceiro, entretanto, merecem ser conhecidos e providos. Bastaria uma razão de natureza processual. Em relação ao Recorrente, nenhum pedido foi formulado. Determinou-se, de ofício, viesse a integrar o processo, sem que isso, entretanto, se impusesse legalmente. O litisconsórcio necessário se verifica quando realizada a hipótese prevista no artigo 47 do Código de Processo Civil. Isso não ocorreu.

Tenho como certo que, tal como posta a inicial, a condenação a ‘restaurar os registros’, voltando a titularidade das ações ao Autor haveria de fazer-se mediante a aquisição de novas ações ou, se isso se mostrasse inviável, seria de acolher-se o pedido sucessivo, mediante indenização em dinheiro, como salientou o Relator.

Assim não fosse, muito de duvidar-se do acerto da condenação do Recorrente, terceiro de boa-fé que adquiriu as ações em bolsa e que de nenhum modo se locupletou. Abstenho-me, entretanto, de maiores considerações, uma vez que suficiente a primeira razão declinada. A mim se me afigura que a verdadeira responsável seria a corretora que se deixou enganar pelo falsário. Não figurou, entretanto, no processo.

Não posso, entretanto, acompanhar inteiramente o Relator, para isso pedindo vênia. É que Banco Itaú e Ciquine foram isentados da obrigação de pagar bonificações e dividendos. O Autor permitiu que se verificasse o trânsito em julgado. Não me parece possível condená-los. O provimento do recurso do Econômico só poderá conduzir a afastar sua responsabilidade.

Conheço e dou provimento ao recurso, tão-só para esse fim.”

É certo que, segundo os artigos 34 e 35 da Lei n. 6.404/1976 a responsabilidade pelas perdas e danos resultantes de erros ou irregularidades na transferência ou registros das ações escriturais são da empresa-emitente, no caso, a Ciquine e da instituição depositária.

Ocorre que, embora assim reconheça o próprio acórdão recorrido, foi o Banco Econômico de Investimento, terceiro de boa-fé, que adquiriu as ações através de leilão na Bolsa de Valores, sem qualquer informação ou participação da fraude perpetrada, o maior condenado.

Ao contrário do eminente Ministro Eduardo Ribeiro, estou em que o provimento do recurso do Econômico não pode prejudicar o Autor da demanda cujo direito aos dividendos e bonificações foi reconhecido em 1ª e 2ª instâncias, discordando, apenas, os eméritos julgadores, sobre a responsabilidade quanto ao ônus de tal pagamento.

Se repudia ao Direito que o Banco-recorrente fique com as ações, tendo a venda sido feita de forma fraudulenta, de igual, não tendo sido o responsável por essa fraude e não tendo qualquer obrigação legal para com o Autor, sua condenação, da forma como feita pelo acórdão recorrido, não acompanha a legislação que rege a matéria.

Portanto, estou em que a melhor solução é aquela alvitrada pelo Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, que prestigia o interesse do terceiro de boa-fé, que tem o seu direito de regresso mantido, bem como o do Autor, carreando aos responsáveis legais (arts. 34 e 35 da lei supracitada) a obrigação de recompor o prejuízo sofrido pelo último.

É como voto.

VOTO

O Sr. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito: Srs. Ministros, o que se verifica nestes autos é que a sentença impôs ao Banco Econômico de Investimento a obrigação de devolver para a Ciquine as ações adquiridas, ressaltado o seu direito de, pelas vias próprias, ser indenizado do prejuízo que sofreu. E, por outro lado, impôs à Ciquine e ao Banco Itaú, solidariamente, a restituição das ações ao Autor, procedendo à regularização dessas e restaurando nos seus livros a respectiva titularidade e, ainda, impôs a obrigação de pagar ao Autor os dividendos declarados na assembléia-geral de 15 de março de 1989, ademais das bonificações ocorridas no período em que o Autor foi destacado da propriedade.

Em grau de apelação, o Tribunal de São Paulo entendeu que é o ora recorrente, Banco Econômico de Investimento, o responsável pela restituição ao Autor dos dividendos e bonificações recebidos no período em que esteve como titular das referidas ações com a devida correção monetária, alterando, nessa parte, a sentença, sem, todavia, modificar o sentido da condenação quanto ao mais do Banco Itaú e da empresa Ciquine.

A meu juízo, a solução adotada pelo acórdão recorrido não é a que melhor atende ao cenário dos autos, tendo presente a não-existência de litisconsórcio necessário e, também, a disciplina dos artigos 34 e 35 da Lei das Sociedades Anônimas. Essas circunstâncias levam-me a acompanhar, em parte, o voto do eminente Sr. Ministro Ari Pargendler que, com especial cuidado, tratou dos autos para conhecer do recurso e dar-lhe provimento de modo a excluir o Banco Econômico da condenação, restabelecendo a sentença no que concerne à devolução das ações, pura e simplesmente, do Banco Econômico ao Autor, mantida, no mais, a condenação solidária da Ciquine e do Banco Itaú.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 61.166 – SP

(Registro n. 95.0008013-3)

Relator: Ministro Ari Pargendler

Relator p/ acórdão: Ministro Carlos Alberto Menezes Direito

Recorrente: Banco Real S/A
Advogados: Sandra Maria Oliveira e outros
Recorrido: Cyro Ivo Porto
Advogados: Manuel Nonato Cardoso Veras e outro

EMENTA: Recurso especial – Cautelar de exibição de documentos.

1. Foge dos limites do presente especial o exame de cláusula do distrato social firmado pelos sócios, que contém quitação recíproca em relação aos negócios da sociedade extinta, tendo em vista que o Tribunal a quo dela não cuidou. Tampouco o especial está ancorado na violação ao art. 535 do Código de Processo Civil.

2. Não se pode afastar o direito de um dos sócios-quotistas de determinada sociedade a apurar prejuízos eventuais em decorrência de movimentação financeira do outro sócio, com suspeita de fraude, mesmo que já extinta a sociedade. Flagrante está o interesse na exibição dos documentos próprios da movimentação bancária, necessários ao pedido na ação principal, não havendo falar em violação ao sigilo bancário.

3. A condenação por litigância de má-fé, na hipótese em apreço, não tem amparo legal ante o interesse processual do autor, descabendo reexaminar provas, nesta Instância especial, para reformar o julgado.

4. Recurso especial não conhecido, por maioria.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, após o voto-vista do Sr. Ministro Nilson Naves, por maioria, vencido o Sr. Ministro-Relator, não conhecer do recurso especial. Participaram do julgamento os Srs. Ministros Carlos Alberto Menezes Direito, Nilson Naves, Eduardo Ribeiro e Waldemar Zveiter.

Brasília-DF, 21 de março de 2000 (data do julgamento).

Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, Presidente e Relator p/ acórdão.

Ministro Ari Pargendler, Relator.

Publicado no DJ de 26.6.2000.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Ari Pargendler: Cyro Ivo Porto propôs ação cautelar de exibição de documentos contra o Banco Real S/A, preparatória de ação de indenização por perdas e danos (fls. 2/6).

A teor da petição inicial, Cyro Ivo Porto e Mohamed Natal Fares Debouch eram quotistas da Empresa Jornalística Sud América Ltda, cuja conta-corrente, mantida junto ao Banco Real S/A, exigia a assinatura conjunta de ambos os sócios. Sem embargo disso, Mohamed Natal Fares Debouch emitiu, individualmente, cheques em nome da sociedade, que foram aceitos pelo Banco Real S/A. Cyro Ivo Porto pediu, sem sucesso, que este lhe fornecesse os extratos da conta-corrente bem como cópia dos cheques neles registrados, e por isso o pedido de exibição desses documentos.

O MM. Juiz de Direito Dr. José Antônio Pereira da Silva julgou procedente a ação (fls. 59/61).

Seguiu-se apelação com juntada do distrato social da Empresa Jornalística Sud América Ltda, assinado antes da propositura da ação, constando da cláusula terceira que os sócios “dão-se plena, geral e irrevogável quitação, reciprocamente com relação aos negócios da sociedade ora extinta” (fl. 80).

A egrégia Oitava Câmara Civil de Férias do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Relator o eminente Desembargador Villa da Costa, manteve a sentença (fls. 110/116), rejeitando, depois, os embargos de declaração (fls. 125/126).

Daí o presente recurso especial, interposto pelo Banco Real S/A, com base no artigo 105, inciso III, letra a, da Constituição Federal, por violação aos artigos 3º, 6º, 12, 14, I e II; 17, 130 e 331 do Código de Processo Civil, bem assim do artigo 38 da Lei n. 4.595, de 1964 e do artigo 18 da Lei n. 7.492, de 1986 (fls. 153/161).

VOTO

O Sr. Ministro Ari Pargendler (Relator): A petição inicial efetivamente

deu conta de que, à data da propositura da ação, a Empresa Jornalística Sud América Ltda já fora dissolvida (fl. 4, item 1.9), mas não informou que no distrato social os sócios haviam se dado mútua e recíproca quitação em relação à sociedade, caracterizando a litigância de má-fé. Por outro lado, se deu quitação ao sócio, qual o interesse Cyro Ivo Porto teria na exibição de documentos atinentes à sociedade? Nenhum. O Tribunal **a quo**, por isso, contrariou os artigos 3^a e 17, II, do Código de Processo Civil.

Voto, por isso, no sentido de conhecer do recurso especial e de dar-lhe provimento para julgar improcedente a ação, condenando Cyro Ivo Porto a pagar ao Banco Real S/A a indenização prevista no artigo 18, § 2^a, do Código de Processo Civil, arbitrada em dez por cento sobre o valor da causa, mais os honorários advocatícios fixados em vinte por cento sobre o valor da causa e custas.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito: Trata-se de medida cautelar de exibição de documentos ajuizada pelo Recorrido. O Autor alega que mantinha conta no Banco-réu, em nome da empresa da qual era sócio-quotista ao lado de Mohamad Natal Fares Debouch; em outubro de 1990, tomou o Autor conhecimento de atividades fraudulentas de seu sócio, começando, então, a temer pela segurança do patrimônio da empresa; optou o Autor pela dissolução da sociedade, encontrando oposição do outro sócio, o qual alegava que o principal capital da empresa estava bloqueado; na ocasião, dirigiu-se ao Banco-réu para verificar a movimentação financeira, sendo informado que o sócio havia feito saques isoladamente; afirma que tais saques foram realizados sob os olhos do gerente da época, embora a conta só pudesse ser movimentada pelos dois sócios; diante desses fatos, requereu a exibição de cópias dos microfimes da movimentação da conta-corrente, bem como dos cheques da própria empresa que a movimentou, desde a abertura em 17.8.1992. A sentença julgou procedente a medida. O Tribunal de Justiça de São Paulo afastou as preliminares e manteve o julgado “porque a única via de que dispõe o Requerente para atingir o seu direito: exibição de documentos em poder do Réu. Nem se pode argumentar com a proteção do sigilo bancário, porque o Autor fora partícipe da conta em questão (fl. 3), além de constar como sócio da ‘Empresa Jornalística Sud América Ltda’ (fl. 14)”. Os embargos de declaração foram rejeitados.

O Sr. Ministro Ari Pargendler conhece do especial e dá-lhe provimento, considerando que “à data da propositura da ação, a Empresa Jornalística

Sud América Ltda já fora dissolvida (fl. 4, item 1.9), mas não informou que no distrato social os sócios haviam se dado mútua e recíproca quitação a respeito, em relação à sociedade, caracterizando a litigância de má-fé. Por outro lado, se deu quitação ao sócio, qual o interesse que Cyro Ivo Porto teria na exibição de documentos atinentes à sociedade? Nenhum. O Tribunal **a quo**, por isso, contrariou os artigos 3^o e 17, II, do Código de Processo Civil”. Com esse raciocínio, impôs o eminente Relator ao Autor a obrigação de pagar a indenização prevista no art. 18, § 2^o, do Código de Processo Civil, arbitrada em 10% sobre o valor da causa, além dos honorários de 20% sobre o valor da causa e custas.

O primeiro ponto do especial é a alegada infringência dos artigos 3^o, 6^o e 12 do Código de Processo Civil. Os artigos 6^o e 12 passam ao largo do acórdão recorrido, que deles não cuidou.

O art. 3^o serviu ao eminente Relator para acolher o especial por falta de interesse de agir, ao lado do art. 17, II, ambos do Código de Processo Civil.

A meu sentir, o ponto crucial do recurso está na cláusula do distrato social firmado pelos sócios, que contém quitação recíproca com relação aos negócios da sociedade extinta. Ocorre que este aspecto não foi cuidado pelo acórdão recorrido, ou seja, o Tribunal de origem não enfrentou a existência da cláusula de quitação recíproca nem, tampouco, o Banco-réu chega ao especial com a violação ao art. 535 do Código de Processo Civil, merecendo lembrado que o Banco-réu nos embargos de declaração não indicou expressamente a cláusula, limitando-se a afirmar que apresentou documento novo para provar-se a litigância de má-fé. Ora, na minha compreensão, não pode a Corte, se está silencioso o acórdão recorrido, desafiar o pacto sobre esse particular ponto.

Não é possível afastar o interesse de um dos sócios-quotistas de determinada sociedade em apurar seus prejuízos eventuais em decorrência de movimentação financeira do outro sócio, mesmo considerando que a sociedade já está extinta. Se a sociedade era integrada por dois sócios e se um deles suspeita que houve movimentação fraudulenta, fica claro o interesse em requerer a exibição dos documentos próprios da movimentação bancária, de modo que possa instrumentar o seu pedido na ação principal. O Banco não tem fundamento algum para recusar a exibição dos demonstrativos de movimentação da conta da sociedade, sendo que qualquer dos sócios tem interesse para esse fim.

Não creio seja possível impor a pena da litigância de má-fé diante da

afirmação expressa do acórdão recorrido nos termos que se seguem: “A litigância de má-fé pressupõe patente voluntariedade na prática do ilícito, o que, aparentemente, não se provou, ao menos por enquanto, matéria mais apropriada para a ação principal, até porque, após a exibição de todo o conjunto do acervo documental, em sede de maior elastério probatório, será fácil o delineamento ou não, da alegada má-fé. Aqui não se provou”. Isso quer dizer que a prova existente nos autos não revela a má-fé. E para enfrentar essa afirmação assim tão firme seria necessário reexaminar a prova, o que não é possível no patamar do especial.

Por outro lado, como já destacado antes, as instâncias ordinárias não cuidaram da quitação recíproca, que, de resto, terá melhor ambiente na ação principal, porque é matéria que não diz respeito ao Banco-réu, mas, sim, aos dois sócios. O Banco-réu deve, tão-somente, exibir os documentos requeridos, sabendo que os bancos devem guardar os documentos necessários sobre a movimentação das contas que mantêm.

Com isso ficam afastadas as alegadas violações aos artigos 14, II e III; e 17 do Código de Processo Civil.

Não há prequestionamento quanto aos artigos 12 e 515 do Código de Processo Civil, e 18 da Lei n. 7.492/1986, que não foram desafiados pelo acórdão recorrido, como bem posto no despacho que admitiu, em parte, o especial do Banco.

Não há violação alguma aos artigos 130 e 331. A matéria não comportava mais dilação probatória. Anote-se que o acórdão recorrido destacou que o Banco teve vista dos autos fora do cartório e poderia ter juntado os documentos que entendesse, sendo certo, que o depoimento pessoal do Requerente não apresentava qualquer utilidade para o desate da lide. O fato de ter sido aberta a oportunidade para a especificação de provas não significa que o juiz deva aceitar todas as que forem requeridas.

Também não há violação alguma ao art. 38 da Lei n. 4.595/1964. Em nenhuma circunstância o pedido feito por um dos sócios de sociedade limitada malfere o sigilo bancário. Ao contrário, para os sócios, o que há é a obrigação do Banco de apresentar os documentos devidos, considerando eventual litígio entre os sócios.

Assim, pedindo vênias ao eminente Ministro Ari Pargendler, que de todos merece o reconhecimento por seu talento, eu não conheço do recurso especial.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Nilson Naves: Tal o disposto no art. 844, II, do Código de Processo Civil, penso que, no caso, o Autor não carece de interesse, porque, pretendendo ajuizar ação de perdas e danos, tem interesse na exibição do documento, em poder do Requerido. Aliás, bem disse o Tribunal Estadual, a meu ver, que “Falece também o argumento da carência de ação, por falta de interesse de agir, porquanto, embora pessoa física, tem ela o direito de indagar sobre os direitos dela contidos na jurídica, pois, seria frontalmente utópico, para não dizer antijurídico, imaginar pessoa jurídica sem o concurso da física”.

Data venia do Ministro Ari Pargendler, acompanho o Ministro Menezes Direito, não conhecendo do recurso especial.

VOTO

O Sr. Ministro Eduardo Ribeiro: Pedindo vênias ao Ministro-Relator, acompanho o voto do Sr. Ministro Nilson Naves.

RECURSO ESPECIAL N. 101.212 – RJ

(Registro n. 96.00444115-3)

Relator: Ministro Nilson Naves
Recorrentes: Victor Lapenne Cabral Guedes e outros
Advogados: Marcelo Lavocat Galvão e outro
Recorridos: Elie Michel Nasrallah e cônjuge
Advogados: Marcelo Fernandez Trindade e outros
Sustentação oral: Marcelo Fernandez Trindade (pelos recorridos)

EMENTA: Fiança (extinção) – Código Civil, art. 1.503, II (interpretação).

1. É certo que o credor não há de proceder de modo a alterar, mesmo prejudicar o direito do fiador de reembolsar-se (**Serpa Lopes**), mas se o prejuízo é parcial, não se extingue toda a fiança (**Athos Carneiro**).

2. Avalia-se na proporção do prejuízo causado ao fiador pelo fato do credor (**J. M. de Carvalho Santos**). Então, a renúncia parcial “não teve por consequência desobrigar os fiadores senão na proporção em que a sub-rogação nas garantias se impossibilitou” (**Caio Mário**). O fiador se exonera na proporção em que a sub-rogação se impossibilitou. Admissão da exoneração parcial.

3. Recurso especial fundado na alínea a, de que a Turma conheceu e deu-lhe provimento em parte.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do recurso especial e dar-lhe parcial provimento. Participaram do julgamento os Srs. Ministros Eduardo Ribeiro e Carlos Alberto Menezes Direito. Não participaram do julgamento os Srs. Ministros Waldemar Zveiter e Ari Pargendler (§ 2º, art. 162, RISTJ). Ausente, justificadamente, nesta assentada, o Sr. Ministro Eduardo Ribeiro.

Brasília-DF, 14 de dezembro de 1999 (data do julgamento).

Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, Presidente.

Ministro Nilson Naves, Relator.

Publicado no DJ de 14.8.2000.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Nilson Naves: O pedido inicialmente formulado foi acolhido, e o juiz declarou os Autores “exonerados da fiança prestada no instrumento de confissão de dívida apontado na inicial, desde a data em que houve a renúncia da hipoteca mencionada”, e a sentença foi confirmada por acórdão que contém esta ementa:

“Fiança. Renúncia na hipótese do art. 1.503, II, Civil.

1. Não pode vingar a tese de que o art. 1.503, II, do CC se refere à impossibilidade absoluta de o fiador sub-rogar-se nas outras garantias dadas pelo afiançado, porque a doutrina francamente majoritária entende que o ‘credor não pode proceder de maneira a alterar

ou mesmo prejudicar o direito do fiador de reembolsar-se da soma paga por um débito contraído, em regra, a título gratuito' (**Serpa Lopes**), de forma que a fiança não pode elastecer-se, encurtar-se ou modificar-se, sem a concordância do fiador.

2. Portanto, se o credor executa a hipoteca, por força do art. 1.503, II, renuncia à fiança, porque com esta decisão modificou a posição do fiador que se viu diminuído na sua garantia que repousava na sub-rogação legal dos direitos do credor satisfeito.

3. Apelo rejeitado.”

Rejeitados os embargos de declaração apresentados, os Réus ingressaram com o especial, indicando como contrariados os arts. 515 do Código de Processo Civil, e 1.495 e 1.503, II, do Código Civil, e o recurso foi admitido, nestes termos:

“Quanto ao artigo 1.503, II, do Código Civil, as razões recursais apresentam-se revestidas de ampla relevância, trazendo à baila tese plausível, no sentido de que pertinente seria a exoneração do fiador na proporção em que a sub-rogação na garantia se viu impossibilitada, em face da renúncia do credor e não, de forma total, por isso que essa renúncia foi parcial.

O pré-citado artigo 1.503, II, do Código Civil, refere-se à impossibilidade da sub-rogação, carecendo seja pela colenda Corte dada interpretação exata da expressão, ou seja, se a impossibilidade no referido dispositivo legal mencionada, deve ser total ou mera diminuição dos direitos e preferências.

Assim é que, presente questão federal a ser dirimida pelo egrégio Superior Tribunal de Justiça, no que tange à correta exegese do artigo 1.503, II, do Código Civil, porquanto a prevalecer o entendimento do Recorrente, tal preceptivo legal teria sido malferido, impõe-se seguimento ao apelo especial.”

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Nilson Naves (Relator): Dos motivos da contestação, reiterados nas razões da apelação, o Tribunal não cuidou do concernente ao

art. 1.495 do Código Civil, tanto assim foi que os ora recorrentes, reportando-se também ao art. 515, § 1^a, do Código de Processo Civil, pediram lá na origem, na petição de interposição dos embargos de declaração, o seguinte:

“Desta constatação decorre que, como consta do recurso, à falta de prejuízo, uma vez que, no caso, os fiadores não poderiam se subrogar nos direitos dos credores, se tem por inviável o seu pedido, com a conseqüente improcedência da ação.

Todavia, o v. acórdão que julgou o recurso, deixou de se pronunciar sobre esta parte do pedido, pelo que requer a V. Ex.^a se digne de submetê-la a julgamento, para ser reparada a omissão havida.”

Sucedede, contudo, que o Tribunal entendeu que se pretendia “o reexame da prova produzida, o que refoge”, conforme disse, “aos estreitos limites dos embargos declaratórios”, e os referidos embargos foram então simplesmente rejeitados. Em tal aspecto, afigura-se-me exata a observação consoante esta passagem do despacho denegatório “No que tange aos dois primeiros preceptivos legais apontados como vulnerados, não foi a matéria neles versada ventilada no acórdão recorrido, o que impõe reconhecer ausente o questionamento. Através dos embargos de declaração tentou o Recorrente suscitá-la, mas ao restarem esses rejeitados, a omissão subsistiu, não podendo o Recorrente pretender seja examinada pela colenda Corte. Cabia-lhe manejar o apelo especial por afronta à norma processual e não insistir em sua apresentação”. Com efeito, eis a Súmula n. 211: “Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo Tribunal **a quo**”.

Noutro ponto, o que se vem sustentando desde a resposta é que “para que se dê a total exoneração dos fiadores em casos tais, impõe-se seja impossível a sub-rogação, pelo que, se esta impossibilidade é parcial, a exoneração se dará, apenas, no tanto quanto não for possível esta sub-rogação, pelo que, visando a ação a exoneração total, se tinha a mesma, ainda que nesta hipótese extrema, por improcedente”. A questão tem a ver com o disposto no art. 1.503, II, do Código Civil, segundo o qual o fiador se desobriga “Se, por fato do credor, for impossível a sub-rogação nos seus direitos e preferências”.

Foi a norma em causa interpretada pela sentença no sentido de que “a

renúncia de parcela dos bens dados em hipoteca pode ocasionar a impossibilidade absoluta da sub-rogação. Assim, em verdade, a interpretação correta do dispositivo legal não pode ser a pretendida pelos Réus. O que o legislador quis foi exonerar o fiador na hipótese do credor, por ato seu, ampliar o risco daquele, como se dá quando o mesmo inviabiliza a sub-rogação em todos os direitos que possuía no momento da celebração do contrato de fiança”. Sentença que foi confirmada pelo Tribunal de Justiça, porquanto o juiz, ao apreciar o mérito da causa, disse o acórdão.

“... o fez de maneira irreprovável e a estou mantendo por seus próprios fundamentos, integrando esta decisão na forma regimental.

Com efeito, a tese sustentada pelos Apelantes, também com brilhantismo, de que o sentido do dispositivo contido no art. 1.503, II, não é absoluto, de forma que, se a sub-rogação se torna impossível apenas em parte, só em relação a essa parte é que fica o fiador exonerado da fiança, não está em consonância com o Direito pátrio, tanto assim que todos os autores citados não fazem esta restrição, que, certamente, foi buscada, por poucos autores nacionais, no Direito estrangeiro.

Em socorro desta posição, transcrevo o ensinamento de **Serpa Lopes**, posto na douta sentença apelada...”.

Mas os Recorrentes alegam que “a unanimidade dos que escreveram a respeito vincularam a exoneração do fiador da obrigação à eventual impossibilidade da sua sub-rogação nos direitos do credor por fato deste. Daí que, sendo possível, mantém-se a responsabilidade”. Então, concluem que “a opinião em contrário defendida no acórdão recorrido, dando ao citado inc. II do art. 1.503 sentido diverso daquele manifestado pela doutrina nacional, e, de resto, a de todo o mundo, e adotado pela Corte, se tem por contrariado o citado artigo 1.503, II, do Código Civil”.

Há, nestes autos, dois excelentes pareceres: no assinado por **Álvaro Villaça Azevedo**, advoga-se que “a renúncia pelos credores, da garantia hipotecária, ainda que parcialmente, sem a anuência dos fiadores, ocasionou a extinção da fiança, por força do disposto no inciso II do artigo 1.503 do Código Civil”; no parecer assinado por **Caio Mário da Silva Pereira**, conclui-se que “a renúncia parcial, efetuada pelos credores, incidindo em uma fração de uma das hipotecas que garantiam a dívida, não teve por consequência desobrigar os fiadores senão na proporção em que a sub-rogação nas garantias se impossibilitou”.

Na sentença, optou-se expressamente pela lição de **Álvaro Villaça**, e do parecer por ele apresentado se recolheram tópicos, dentre os quais o seguinte: “Por essa razão, diga-se logo, o credor primitivo não pode alterar ou modificar sua situação creditícia, em detrimento do fiador, ainda ante eventual necessidade deste efetuar o pagamento e vir a sub-rogar-se nos direitos daquele”, e após afirmou o juiz da causa o seguinte: “O que se tem é, pois, a perda, face à renúncia da hipoteca de um dos bens, de parte de uma futura garantia que o fiador teria no caso do pagamento do débito existente, acarretando a perspectiva apenas de uma sub-rogação parcial nos direitos do credor”.

Disse ainda o juiz que “A tese da defesa, respaldada pelo brilhante parecer do Prof. **Caio Mário da Silva Pereira**, no sentido de que a mera dificuldade ou embaraço não é capaz de trazer a aplicação do art. 1.503, inciso II, do CC, pois este exige um ato que inviabilize a ação de **in rem verso** não vinga. O dispositivo legal em comento, não fez em momento algum referência à impossibilidade absoluta da sub-rogação”. Mas, segundo a opinião de **Caio Mário**, o indigitado inciso II acha-se subordinado ao seguinte requisito: “Frustração do direito de sub-rogar nos direitos contra o fiado, impossibilitando a ação de **in rem verso**”. De mais a mais, asseverou o parecerista, nem a lei nem a doutrina falam em *dificultar, embaraçar*, e “igualmente não cogitam de extinção da fiança pela diminuição dos direitos e preferências”. Entre outros ensinamentos (de **Bevilaqua, Sílvio Rodrigues**, etc.), **Caio Mário** lembrou a doutrina de **J. M. de Carvalho Santos**, a saber:

“É preciso ter em conta que o sentido do dispositivo não é absoluto, mas, ao contrário, se avalia na proporção do prejuízo causado ao fiador pelo fato do credor. De forma que, se a sub-rogação se torna impossível somente em parte, só em relação a essa parte é que fica o fiador exonerado da fiança. Assim, por exemplo, em uma dívida de cem mil cruzeiros garantida por fiança e por duas hipotecas, cada uma no valor de vinte mil cruzeiros: se o credor renuncia ou deixa de registrar, se, enfim, deixa perecer, por qualquer modo, a garantia representada por uma das hipotecas, o fiador só fica exonerado na soma correspondente à garantia que ela representa, ou seja, vinte mil cruzeiros, e o credor pode, legitimamente, demandar o fiador pela fiança que prestou, deduzida somente a relativa à garantia desaparecida (cf. **Paul Pont**, ob. cit., n. 374; **Cunha Gonçalves**, ob. cit., p. 221)” (ver Código..., vol. XIX, 10ª ed., 1981, p. 493).

Pela sentença, entretanto, “Não se encontra em consonância com o Direito brasileiro, a posição de **Cunha Gonçalves**, defendida por **Carvalho Santos**”, daí se apresentou, aos olhos do magistrado, correta a lição de **Serpa Lopes**, da qual também se valeu o acórdão recorrido, a saber “não é dado ao credor praticar ato ou fato algum que nele se reflita, obstando o seu exercício pelo fiador... O credor não pode proceder de maneira a alterar ou mesmo prejudicar o direito do fiador de reembolsar-se”.

Pois então, no caso em exame, haveria de se observar que pelo menos se deu razoável interpretação à lei, donde ao especial faltaria cabimento pela alínea **a**, se não fossem as reflexões deste Tribunal, feitas pela maioria de seus membros, contrárias ao princípio inscrito na Súmula n. 400-STF. Se, portanto, a decisão que dá à lei razoável interpretação, ao contrário do que reza o aludido verbete, autoriza, no seio deste Tribunal, o recurso especial, quer-me parecer que me cumpre aqui e agora definir a exata interpretação do indicado inciso II do art. 1.503. É quando o juiz mais nobremente exerce tão relevante atividade, elaborando o direito para os litigantes, conforme **Cardozo**, na tradução de **Boechat** (*The Nature ...*, *Ajuris*, p.p. 57/58). Em tal sentido, **Buzaid**: “A sentença não contém outra vontade que a lei traduzida em forma concreta pelo juiz” (*Estudos de Direito*, Saraiva, 1972, p. 191).

Em duas ou três palavras, digo o que penso. Como se exonera o fiador. Total ou parcialmente? Ao que creio, o fiador se exonera, como bem asseverou **Caio Mário**, na proporção em que a sub-rogação nas garantias se impossibilitou. Essa a compreensão que se me afigura a mais razoável do indigitado inciso II. Foi em tal sentido, pretorianamente, também a reflexão de Athos Carneiro, na condição de membro do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, reportando-se a escólio de **Pontes de Miranda**, conforme essa advertência: “Se o prejuízo é parcial, não se extingue toda a fiança; dá-se então a extinção parcial da fiança”. O então Desembargador Athos igualmente se reportou ao magistério de **Carvalho Santos**, na compreensão de “não ser total a exoneração da fiança” (Apelação Cível n. 33.841, in *RJTJERS* 84/293). Daí, em sendo tal o melhor sentido da norma em questão, reputo, porque outro o entendimento da instância ordinária, ofendido o art. 1.503, II, razão pela qual conheço do especial e, julgando a causa (aplicando o direito à espécie), dou provimento em parte ao recurso.

Sem dúvida que, ao formularem o pedido, formularam-no os Autores, no sentido de que se os declarassem exonerados “da fiança prestada no instrumento de confissão da dívida oriunda da venda da Ato S/A Comércio, Indústria, Importação e Exportação, condenados os Réus às penas de

sucumbência”. Esta formulação, todavia, não impede, a meu juízo, que, aqui e agora, se os reconheçam exonerados apenas em parte. Querem os Réus-recorrentes seja mantida a “validade da fiança prestada até a liquidação da totalidade da dívida objeto da garantia”, mas também alegam, “ainda que seja possível superar-se o óbice anterior, somente comportaria a exoneração parcial da fiança, que, no entanto, não é objeto do pedido, pelo que é de se esperar seja julgada improcedente a ação”. Não, não creio, acolhido que seja o recurso, se trate de rejeição total do pedido, mesmo porque, resumindo a contestação, afirmou o juiz, no relatório da sentença, que “a parte-ré aduz, quando muito, que a renúncia à parte da garantia hipotecária acarretaria, apenas e tão-só, em extinção parcial da fiança, que continuaria existente na parte proporcional da garantia hipotecária mantida”. Aliás, na petição inicial e na contestação, Autores e Réus se louvaram no documento de fl. 32, consoante o qual, em seu fecho, “Desta forma, é a presente para declarar a renúncia das suas preferências legais até o limite da satisfação dos créditos reclamados nos mencionados processos das 18ª e 41ª Varas Cíveis, a ser feito do numerário em apreço, mantidas as preferências dos declarantes no saldo remanescente”.

Pelo que disse, admitindo a exoneração parcial da obrigação, dou provimento em parte ao recurso, de sorte que os Autores-recorridos se exonem na proporção em que a sub-rogação se impossibilitou, como se apurar em liquidação. A teor do art. 21 do Código de Processo Civil, distribuam-se e compensem-se entre os litigantes as despesas e os honorários, arbitrados estes em 10% sobre o valor da causa.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Eduardo Ribeiro: Adiro, sem outras observações, ao voto do eminente Relator, quanto às questões preliminares. E passo ao tema de fundo. Consiste em saber se, renunciando o credor à parte da garantia hipotecária, fica inteiramente exonerado o fiador, ou se essa exoneração haverá de ser proporcional.

A decisão a respeito prende-se à interpretação do artigo 1.503, II, do Código Civil. Aí se estabelece ficar desobrigado o fiador “se, por fato do credor, for impossível a sub-rogação nos seus direitos e preferências”.

Como salientado no excelente debate travado nos autos, algumas legislações cuidam expressamente da hipótese, dispondo no sentido de que a

exoneração será proporcional à diminuição da garantia. Em nosso Direito não há norma expressa, cingindo-se a regulamentação ao que consta do citado dispositivo. Creio, entretanto, que à mesma solução se há de chegar.

Refere-se a norma à impossibilidade da sub-rogação. Cumpre, então, indagar se isso se verifica quando haja diminuição da garantia real de que goza o credor. Parece-me certo que não. Continua possível a sub-rogação; apenas se exercerá em menor extensão. Na medida em que subsista a possibilidade, subsistirá também a fiança.

A solução contrária além de, **data venia**, não se me afigurar consentânea com o texto legal, não seria razoável. Assim é que, pelo pagamento parcial do débito, a garantia hipotecária poderá vir a superá-lo de muito. Como não se ignora, não será dado ao devedor pleitear diminuição daquela, mas, ocorrendo que o credor libere uma pequena parte, permanecendo o débito amplamente garantido, seria incompreensível ficasse o fiador inteiramente desobrigado, embora nenhum prejuízo lhe pudesse advir.

Nessa falta de prejuízo, aliás, é que se há de buscar a solução. Diminui a garantia, mas diminui o débito. Para o fiador, não houve alteração.

Acompanho o Relator.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito: Os Recorridos ajuizaram ação ordinária alegando que são fiadores e principais pagadores do preço avençado na operação de compra e venda de ações de determinada sociedade anônima, ademais da garantia representada pelos próprios bens imóveis da sociedade, o que assegurava o integral cumprimento das obrigações. Pedem os Autores a sua exoneração da fiança prestada no instrumento de confissão de dívida oriunda da venda da empresa. A sentença julgou procedente o pedido “desde a data em que houve a renúncia da hipoteca mencionada”. O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro manteve a sentença entendendo que “se o credor executa a hipoteca, por força do art. 1.503, II, renuncia à fiança, porque com esta decisão modificou a posição do fiador que se viu diminuído na sua garantia que repousava na sub-rogação legal dos direitos do credor satisfeito”.

O Sr. Ministro Nilson Neves conheceu e proveu, em parte, o recurso porque, segundo a lição de **Caio Mário**, o fiador se exonera “na proporção

em que a sub-rogação nas garantias se impossibilitou. Essa a compreensão que se me afigura a mais razoável do indigitado inciso II. Foi em tal sentido, pretorianamente, também a reflexão de Athos Carneiro, na condição de membro do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, reportando-se a escólio de **Pontes de Miranda**, conforme essa advertência: ‘Se o prejuízo é parcial, não se extingue toda fiança; dá-se então a extinção parcial da fiança’. O então Desembargador Athos igualmente se reportou ao magistério de **Carvalho Santos**, na compreensão de ‘não ser total a exoneração da fiança’ (Apelação Cível n. 33.841, in RJTJERS 84/293). Daí que, em sendo tal o sentido da norma em questão, reputo, porque outro entendimento da instância ordinária, ofendido o art. 1.503, II, razão pela qual conheço do especial e, julgando a causa (aplicando o direito à espécie), dou provimento em parte ao recurso”.

Em voto-vista, o Sr. Ministro Eduardo Ribeiro, acompanhando o Relator, assinalou que diminuída a garantia real de que goza o credor, não ocorre a impossibilidade da sub-rogação, que “apenas se exercerá em menor extensão. Na medida em que subsista a possibilidade, subsistirá também a fiança”.

No presente caso, os Réus renunciaram a uma das garantias reais que também assegurava o crédito afiançado. O que se há de buscar é o alcance da renúncia parcial para efeito de liberar a fiança.

Todo o raciocínio do acórdão recorrido, amparado em parecer de **Álvaro Villaça Azevedo**, é no sentido de que mesmo que o credor renuncie apenas em parte à garantia oferecida, se não houve a anuência dos credores, incide a regra do artigo 1.503, II, do Código Civil, extinguindo-se, por consequência, a fiança, tal e qual pedido pelos Recorridos e deferido nas instâncias ordinárias. E assim é porque ocorre uma degradação da garantia, ou seja, fica o fiador reduzido no seu direito como sub-rogado.

É evidente, como reconhecem os Recorridos, que a sub-rogação pode ser parcial, se possível o é o pagamento, como anota **Pontes de Miranda** (Tratado, Borsóí, vol. 43, 2ª ed., p. 171). Mas, essa circunstância, na minha compreensão, autoriza concluir que a integridade da fiança está na dependência do efetivo prejuízo causado pelo ato do credor que renuncia a uma parte da garantia. Veja-se a lição de **Pontes**:

“Se o credor torna impossível, mesmo sem culpa, a sub-rogação nos seus direitos e preferências, extingue-se a fiança. Esperava o fiador que, com o adimplemento por ele, ocorresse a sub-rogação. Se é

o credor o causador do prejuízo, deve sofrer-lhe as conseqüências, e a lei tinha de proteger o fiador. Há *dever de velar pela sub-rogação*: o credor não há de evitar que o fiador deixe de se sub-rogar em qualquer direito, pretensão, ação ou exceção em que normalmente se sub-rogaria. (Em todo caso, pode ter havido renúncia do fiador à objeção quanto a algum, alguns ou todos os direitos, pretensões, ações e exceções com que haveria de contar; cf. **Valerio Campogrande**, *Trattato della Fideiussone nel Diritto Odierno*, 629). É erro dizer-se que se trata de preclusão (decadência) do direito do credor. O credor aí, por infração do dever, perde o direito. Outrossim, aludiu-se a culpa. Basta a relação de causalidade. As garantias são as que existiam antes de se concluir o contrato de fiança e as que foram contemporaneamente dadas, ou delas cogitou o negócio jurídico de que se irradia a dívida ou o próprio contrato de fiança. Não se apanha a *hipoteca judicial* a que se refere o art. 284 do Código de Processo Civil.

Não é por fato do credor o que resulta de fatos econômicos ou políticos.

Se o prejuízo é parcial, não se extingue toda a fiança. Dá-se então, a *extinção parcial da fiança*. Se a fiança desaparece, não pode haver a sub-rogação pessoal (**Valerio Campogrande**, *Trattato de la Fideiussone nel Diritto Odierno*, 634 s.; **Enrico Redenti**, *Dizionario Pratico del Diritto Privato*, verbo *Fideiussone*, 145)." (cit., p.p. 221/222).

Ora, de fato, chega a impressionar o argumento de ser a fiança um contrato unilateral, ou bilateral imperfeito, como preferem alguns autores, com o que deveria ser preservada a integridade da situação de fato existente no momento em que aperfeiçoado. O fiador oferece a garantia porque estima que a garantia existente para satisfazer o débito, no caso, garantia real, cobre-lhe a expectativa de vir a ressarcir-se, na eventualidade de executar a fiança, pela sub-rogação legal. Daí que a renúncia de uma parte da garantia real pelo credor induziria a alterar as condições em que a fiança foi prestada. Todavia, a fiança gera obrigações apenas para o fiador e, se houve pagamento parcial, evidentemente, não é possível manter a totalidade da garantia. Assim, incide o artigo 1.503, II, do Código Civil, na forma da proporcionalidade, isto é, com a extinção parcial da fiança, correspondente à renúncia da garantia diante do pagamento de parte da dívida.

Com essas razões, eu acompanho o eminente Relator.

(*) RECURSO ESPECIAL N. 154.943 – DF

(Registro n. 97.0081326-6)

Relator: Ministro Nilson Naves
Recorrente: Viação Aérea São Paulo S/A – Vasp
Advogados: Ana Lúcia Barbetti e outros
Recorrida: Wanda de Lourdes Moura Maciel
Advogado: Yure Gagarin Soares de Melo

EMENTA: Transporte aéreo – Extravio de bagagem (danos à bagagem/danos à carga) – Indenização (responsabilidade) – Código Brasileiro de Aeronáutica e Convenção de Varsóvia/Código de Defesa do Consumidor.

1. Segundo a orientação formada e adotada pela Terceira Turma do STJ, quando ali se ultimou o julgamento dos REsps n. 158.535 e 169.000 (sessão de 4.4), a responsabilidade do transportador não é limitada, em casos que tais. Código de Defesa do Consumidor, arts. 6º, VI; 14, 17, 25 e 51, § 1º, II.

2. Retificação de voto.

3. Recurso especial conhecido pelo dissídio, mas desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do recurso especial, mas negar-lhe provimento. Participaram do julgamento os Srs. Ministros Eduardo Ribeiro, Waldemar Zveiter, Carlos Alberto Menezes Direito e Paulo Costa Leite. Não participou do julgamento o Sr. Ministro Ari Pargendler (§ 2º, art. 162, RISTJ).

Brasília-DF, 4 de abril de 2000 (data do julgamento).

Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, Presidente.

Ministro Nilson Naves, Relator.

Publicado no DJ de 28.8.2000.

(*) Indicado, também, pelo Sr. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Nilson Naves: Tomo por relatório o despacho de fl. 167, admitindo o recurso especial, nos termos seguintes:

“Cuida-se de recurso especial, interposto com base no artigo 105, inciso III, alíneas **a** e **c**, da Constituição Federal, contra acórdão proferido pela Terceira Turma Cível deste Tribunal de Justiça, à unanimidade, cuja ementa encontra-se redigida nos seguintes termos:

‘Civil. Ação de indenização. Companhia de viação aérea. Extravio de bagagens. 1. A obrigação de indenizar é objetiva, pois se trata de companhia concessionária do serviço público de transporte aéreo (§ 6º, art. 37, CF). 2. Indenização tarifada (arts. 260, 261 e 262 do Código Brasileiro do Ar). No Brasil, a limitação da indenização está derrogada desde o advento do Código de Proteção e Defesa do Consumidor. A empresa aérea deve indenizar integralmente os danos causados aos consumidores. Doutrina e jurisprudência. 3. As empresas aéreas necessitam dar maiores atenções aos passageiros que com elas firmam contratos de transportes. Ausência de qualquer comunicação à sua passageira das providências adotadas para a localização das bagagens. 4. Valor da indenização fixado de acordo com o menor orçamento apresentado pela Autora, não impugnado especificamente (art. 302, CPC). Relação de modestos objetos de uso pessoal alegados como conteúdo das malas. Ausência de intenção de obter lucro indevido por parte da passageira. Apelação provida. Sentença reformada em parte, para condenar a Ré à indenização total do valor das bagagens.’ (fl. 138).

A Insurgente alega que o aresto supra violou o disposto no artigo 2º, § 2º, do Decreto-Lei n. 4.657/1942 – LICC, bem como nos artigos 1º, 246, 260, 261 e 262 da Lei n. 7.565/1986 – Código Brasileiro de Aeronáutica, e 7º da Lei n. 8.078/1990. Por fim, alega que a Turma julgadora adotou posicionamento diverso do Tribunal de Justiça de São Paulo.

Contra-razões às fls. 164/165.

Cabível e tempestivo o apelo, passo à análise dos demais pressupostos de admissibilidade.

A Insurgente, no tocante à assertiva de que o julgado contrariou diversos dispositivos de Direito federal, conseguiu demonstrar, com fundamentos jurídicos devidamente prequestionados e consistente base doutrinária, que se trata de questão merecedora de análise do Superior Tribunal de Justiça, com a finalidade de se unificar posicionamento a respeito do tema. Com efeito, trata-se de matéria relevante o reconhecimento, ou não, de que dispositivos do Código Brasileiro de Aeronáutica foram revogados com o advento do Código de Defesa do Consumidor.

Quanto ao dissídio jurisprudencial, não logrou êxito a Recorrente em comprová-lo. O aresto acostado não se presta à realização do confronto analítico, até porque o cerne da questão em exame é saber se, **in casu**, há de ser aplicada a Lei n. 8.078/1990, afastando-se o Código Brasileiro de Aeronáutica. Ocorre que o julgado paradigma foi prolatado em 18 de outubro de 1989 (fl. 162), ou seja, em data anterior à vigência do Código de Defesa do Consumidor, impossibilitando a visualização da divergência.

Do exposto, defiro o processamento do apelo apenas em relação à alínea **a** do permissivo constitucional.”

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Nilson Naves (Relator): A questão em debate diz respeito à limitação da responsabilidade. Segundo o acórdão, a Empresa aérea deve indenizar integralmente, porquanto a indenização tarifada estaria *derrogada*, em face do advento do Código de Defesa do Consumidor. Por isso, o Tribunal reformou a sentença, que entendera que a Autora deveria “ser indenizada nos termos do art. 260 do Código Aeronáutico, que limita a responsabilidade do transportador no que tange ao extravio da bagagem ao valor correspondente a 150 (cento e cinquenta) OTNs ...”.

A orientação do Superior Tribunal não coincide com a do acórdão recorrido. Por exemplo: “Transportes aéreos. É limitada, nos termos da legislação especial, a responsabilidade da empresa transportadora, em caso de extravio de bagagem durante a execução do contrato de transporte. Recurso especial não conhecido. Maioria” (REsp n. 57.529, Sr. Ministro Fontes de

Alencar, DJ de 23.6.1997); “Subsistência das normas constantes da Convenção de Varsóvia, sobre transporte aéreo, ainda que disponham diversamente do contido no Código de Defesa do Consumidor” (REsp n. 58.736, Sr. Ministro Eduardo Ribeiro, DJ de 29.4.1996).

Certo que, em casos tais, defendi *não* fosse aplicada a limitação, e que os pedidos, como o presente, fossem examinados à luz do art. 159 do Código Civil (a propósito, veja-se o voto do Sr. Ministro Ruy Rosado, vencido, no REsp n. 57.529): por exemplo, REsp n. 38.360. De outro lado, tenho entendido que cabe, nesses casos, pedido de indenização por dano moral (ver REsp n. 13.813 e voto que proferi por ocasião do julgamento do REsp n. 58.736). Mas não é o caso destes autos. Aqui, não se formulou esse pedido.

Diante de tal interpretação, razão assiste à Recorrente, motivo por que conheço do especial e dou-lhe provimento, para restabelecer a sentença.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito: Trata-se de ação indenizatória contra empresa aérea, em decorrência de extravio de bagagem, julgada procedente e fixada a indenização, nos termos do Código Aeronáutico, excluída a limitação do art. 262, porque cuida-se de bagagem e não de cargas, em 150 Ufirs, incidindo os juros de mora da citação. O Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios reformou a sentença para condenar a Ré à indenização total do valor das bagagens. O especial, que vem pelas letras **a** e **c**, pretende ver obedecida a disciplina do Código de Aeronáutica.

O ilustre Relator, o Sr. Ministro Nilson Naves, lembrando precedente de que foi Relator o Sr. Ministro Eduardo Ribeiro, conheceu e proveu o especial para restabelecer a sentença.

Com todo maior respeito ao eminente Ministro Nilson Naves, a meu juízo, merece mantido o acórdão recorrido.

O pedido foi de indenização “na forma do art. 159 do CCB”, no valor de R\$ 900,48, correspondente a bens de uso comum, nenhum de luxo, sem impugnação da parte, segundo o acórdão recorrido, que destacou ter havido “apenas o levantamento de ténue dúvida”.

Na minha compreensão, está corretíssima a decisão recorrida amparada no argumento de que, no caso, a “obrigação de indenizar é objetiva, pois

trata-se de companhia concessionária de serviço público de transporte aéreo (§ 6^a, art. 37, CF)” e na força do Código de Defesa do Consumidor, com a indicação da doutrina mais atualizada na matéria, assim **Carlos Roberto Gonçalves** e **Zelmo Denari**.

Merece lembrada a lição de **Sérgio Cavalieri**, na última edição de seu excelente livro Programa de Responsabilidade Civil, **verbis**:

“Antes mesmo da vigência do Código de Defesa do Consumidor, o art. 269 do Código Brasileiro de Aeronáutica, que estabelece responsabilidade limitada pelos danos causados a terceiros, já havia perdido sua eficácia a partir da Constituição de 1988. E assim é, porque – conforme vimos no item 45.5 – o art. 37, § 6^a, da Constituição estendeu às pessoas jurídicas de direito privado, prestadoras de serviços públicos, responsabilidade objetiva, idêntica à do Estado, pelos danos que os seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros. Ao fazer essa extensão, a Constituição não estabeleceu qualquer limite para indenização, como, aliás, não há limite para a responsabilidade do Estado. Ora, as empresas aéreas são concessionárias de serviços públicos e, como tais, estão sujeitas às regras do § 6^a do art. 37 da Constituição Federal, pelos danos que causarem a terceiros. Têm, destarte, responsabilidade delitual limitada, tal como o Estado e os demais prestadores de serviços públicos, e não mais sujeita aos limites do art. 269 do Código Brasileiro de Aeronáutica.” (Malheiros, 2^a ed., p. 219).

No que se refere ao transporte internacional, presente a Convenção de Varsóvia, doutrina **Cavalieri**:

“No embate entre as duas correntes que situam os tratados internacionais em face do Direito Positivo dos países que os firmarem – monista, que dá primazia ao Direito Internacional, e dualista, que atribui prevalência ao Direito Interno –, a nossa Suprema Corte, desde o julgamento do RE n. 80.004, que se desenrolou em fins de setembro de 1975 a meados de 1977, firmou entendimento no sentido de que a Convenção, embora tenha aplicabilidade no Direito Interno Brasileiro, não se sobrepõe às leis do País. Logo, em face do conflito entre tratado e lei posterior, prevalece esta última, por representar a última vontade do legislador, embora o descumprimento no plano internacional possa acarretar conseqüências (para maior aprofundamento, v. RTJ 83-809/848). Desde então – e o Supremo Tribunal Federal ainda não

mudou a sua posição – parece-me não mais existir nenhuma sustentação para a tese do primado do Direito Internacional, pelo que entendo também não mais ter aplicação entre nós a indenização limitada prevista na Convenção de Varsóvia.” (p. 214).

E, no mesmo diapasão, enfrenta a limitação prevista no Código Brasileiro de Aeronáutica, que disciplina o transporte no território nacional, invocado neste feito:

“Reiteramos, neste ponto, o que já ficou dito no item anterior: o Código de Defesa do Consumidor derogou esses dispositivos que estabelecem responsabilidade limitada para as empresas de transporte aéreo. Como prestadoras de serviços públicos, estão submetidas ao regime daquele Código (arts. 3^a, § 2^a; e 6^a, X), que estabelece responsabilidade objetiva integral, conforme se vê do seu art. 22 e parágrafo único, **verbis**: ‘Os órgãos públicos, por si ou suas empresas concessionárias, permissionárias, ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são obrigadas a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos. Nos casos de descumprimento, total ou parcial, das obrigações referidas neste artigo, serão as pessoas jurídicas compelidas a cumpri-las e a reparar os danos causados, na forma prevista neste Código’. Ora, sendo o transporte aéreo serviço público concedido pela União (Constituição Federal, art. 21, XII, c), não podem as empresas que o exploram ficar fora do regime de indenização integral estatuído no Código de Defesa do Consumidor (arts. 6^a, I e VI; e 25). A responsabilidade limitada só é admitida, em situações justificáveis, nas relações de consumo entre o fornecedor e o consumidor, pessoa jurídica, conforme o art. 51, I, parte final, jamais entre fornecedor e consumidor, pessoa física.

.....

Não vale argumentar que o Código do Consumidor, por ser lei geral posterior, não derogou o Código Brasileiro de Aeronáutica, de natureza especial e anterior – **lex posterior generalis non derogat priori speciali** –, porque essa regra, além de não ser absoluta, não tem aplicação no caso em exame. E assim é porque o Código do Consumidor, em observância a preceito constitucional (Constituição Federal, art. 5^a, XXXII), veio para implantar uma Política Nacional de Relações de Consumo, vale dizer, estabeleceu uma ordem jurídica uniforme e geral destinada a tutelar os interesses patrimoniais e morais de

todos os consumidores, bem como o respeito à sua dignidade, saúde e segurança (Código de Defesa do Consumidor, art. 4^a). Ao assim fazer, disciplinou não só aquilo que ainda não estava disciplinado como, ainda, alterou a disciplina que já existia em leis especiais, vale dizer, concentrou em um único diploma a disciplina legal de todas as relações contratuais e extracontratuais do mercado de consumo brasileiro. E, se nessa nova ordem jurídica, nessa consolidação de princípios a respeito do consumidor, não mais condizentes com a atual realidade social, é forçoso concluir que o objetivo da nova lei foi, justamente, eliminá-los.

Em conclusão: é impertinente a regra **lex posterior generalis non derogat priori speciali**, porque, tratando-se de relações de consumo, o Código do Consumidor é a lei própria, específica e exclusiva; a lei que estabeleceu a Política Nacional de Relações de Consumo, consolidando em um só diploma legal todos os princípios pertinentes à matéria, em razão de competência que lhe foi atribuída pela própria Constituição Federal. E, na matéria de sua competência específica, nenhuma outra lei pode a ele (Código) se sobrepor ou subsistir. Pode apenas coexistir naquilo que com ele não for incompatível.” (p.p. 216/217).

O magistério do eminente Professor e Desembargador **Sérgio Cavalieri**, na minha avaliação, é suficiente para alicerçar a minha divergência, sempre com todo respeito aos meus eminentes pares, diante do qualificado precedente de que foi Relator o Sr. Ministro Eduardo Ribeiro, julgamento ao qual não estive presente.

Todavia, diante da relevância da matéria, peço vênias aos meus eminentes colegas para avançar mais algumas considerações.

O princípio da limitação da responsabilidade, basicamente, nasceu com o objetivo de impedir que a fixação de indenizações de valor ilimitado pudesse inviabilizar o transporte aéreo pela própria dificuldade da empresa transportadora em responder pelos prejuízos causados em casos de acidente. É necessário considerar que, à época da Convenção, o transporte aéreo ainda não dispunha de meios de segurança confiáveis, sendo a tecnologia ainda muito pouco desenvolvida. O fato é que, ao longo dos anos, tornou-se imperativo aumentar o limite fixado pela Convenção. **Michel de Juglart**, em sua conhecida obra, destaca que o novo limite, capaz de regular sem dificuldade 85% dos litígios poderia tornar-se insuficiente, sobretudo

nos Estados Unidos e na França. A própria Convenção introduziu, no art. 42, um sistema automático de revisão. Mas, o certo é que, constantemente, há pressões para melhorar o sistema. Na verdade, o sistema de limitação da responsabilidade já encontra resistências (*Traité de Droit Aérien*, LGDJ, Tomo 1, 2ª ed., 1989, p.p. 959 e 1.005).

Ignacio Quintana Carlo mostra que o fundamento da limitação da responsabilidade no transporte aéreo tem por objetivo permitir que as empresas conheçam **a priori** o montante que as indenizações podem alcançar em caso de acidente. Com isso, assevera o professor espanhol, o transportador poderá garantir os riscos inerentes ao transporte aéreo e não estará exposto às graves conseqüências ocasionadas por um acidente aéreo. Mas, adverte **Ignacio Quintana Carlo**, se esse sistema foi necessário diante do estado da indústria do transporte aéreo no período, é hoje um dos temas mais discutidos, sujeito a muitas críticas: a) a razão de ser do princípio da limitação de responsabilidade do transportador, ainda que defensável nos anos de elaboração da Convenção de Varsóvia, não pode manter-se nos dias de hoje. O princípio teve razões históricas bem concretas – facilitar o desenvolvimento da indústria aeronáutica – que, atualmente, não tem mais razão de ser; b) a situação atual dos Convênios de Direito Aéreo Privado revela que a limitação de responsabilidade estabelecida na Convenção de Varsóvia revelou-se praticamente impossível de ser levada a cabo; c) a limitação de responsabilidade chegou mesmo a ser apontada como inconstitucional em alguns ordenamentos jurídicos, como o norte-americano; d) por último, do ponto de vista prático, o estabelecimento de uma responsabilidade limitada, em um sistema com grandes diferenças econômicas e sociais entre os países, somente produz uma contínua sucessão de acordos internacionais que são absolutamente incapazes de manter-se em vigor durante muito tempo. O estudioso espanhol mostra que com a adoção do Protocolo da Guatemala a questão foi tratada por uma tríplice via: 1ª) incrementando os limites da Convenção; 2ª) adoção de um sistema suplementar de indenização que, sem modificar o regime e os limites de responsabilidade estabelecidos no art. 22 da Convenção de Varsóvia, permita aos Estados com um alto nível de vida estabelecer e aplicar em seu território um sistema para complementar a indenização paga aos Reclamantes em virtude do Convênio pelo conceito de morte ou lesão aos passageiros (art. XIX do Protocolo da Guatemala); 3ª) por último, mediante o estabelecimento de um procedimento de revisão das quantias de indenização sem necessidade de aprovação por parte de uma conferência internacional convocada para

tanto, bastando que a referida Convenção não se mostre contrária à mesma por uma maioria de dois terços das partes presentes e votantes (*La Responsabilidad del Transportista Aereo por Daños a los Pasajeros*, Universidad de Salamanca, 1977, p.p. 280 a 282).

Também **Frederico Videla Escalada** mostra que o eixo do sistema de responsabilidade, assim a limitação, enfrenta problemas de diversos ângulos, sendo que o progressivo aumento das quantias permite pensar que existe algum avanço em direção a um sistema de reparação integral. Mostra **Escalada** a resistência existente nos Estados Unidos, o que obrigou, até mesmo, para evitar que o país se retirasse do âmbito do Convênio, a assinatura de um acordo para fixar teto mais elevado nas viagens que tenham ponto de partida, destino ou escala nos Estados Unidos. Indicando que a França tem admitido a limitação, considerando que não há choque com os princípios do Código Civil Francês, assim como outros países, como a Bélgica e a Holanda, **Escalada**, que encontra bons fundamentos para a defesa do sistema de responsabilidade limitada, revela que a jurisprudência americana tem oscilado, já que em reiteradas ocasiões tem decidido ora pelo reconhecimento dos limites fixados pela Convenção de Varsóvia, ora impondo indenizações maiores, neste último caso, com base em violação aos princípios constitucionais da igualdade perante a lei e o direito de propriedade (*Derecho Aeronautico*, Victor P. de Zavalía, Editor, Buenos Aires, Tomo IV, vol. A, 1976, p.p. 334 a 379).

Em voto que proferiu sobre a matéria, o Sr. Ministro Ruy Rosado de Aguiar assinalou a mudança das normas que “protegem o usuário dos serviços prestados pelo transportador. O Código de Defesa do Consumidor tem regra expressa considerando abusiva a cláusula que restringe direitos inerentes à natureza do contrato, de tal modo a ameaçar seu objeto ou o equilíbrio contratual (art. 51, § 1º, II, do CPC), como acontece no caso de exoneração ou limitação excessiva da responsabilidade, ocasionados pelo mau serviço”. E com apoio em estudo de **Cláudia Lima Marques** destaca a restrição feita em outros países, mencionando decisão do Tribunal Federal Alemão que declarou nulas as cláusulas de contrato de vôos internacionais, embora regulados por meio de tratados (Responsabilidade do Transportador Aéreo pelo Fato do Serviço e o CDC, in *Direito do Consumidor* 3/155 a 166 e 178).

O que se verifica nessa resenha muito rápida é que o sistema nascido em 1929 não tem mais razão de ser. Cria, de fato, um privilégio injustificável, ainda mais considerando a pujança da indústria aeronáutica e

a tecnologia avançada que as aeronaves possuem, sem considerar os instrumentos de apoio e acompanhamento terrestre. A limitação da responsabilidade teve sua razão de ser. Mas, já agora não me parece mais presente a razão histórica que a originou. Limitar a responsabilidade é uma medida de caráter excepcional, que pode ser compatível com um sistema de Direito Positivo que não tenha a reparação integral como seu eixo. Todavia, no Direito brasileiro existe regra especial, posterior aos ditames da Convenção, que regula o transporte aéreo no segmento dos direitos do consumidor, agasalhando o sistema da indenização ampla, sem limitação. A regra limitativa é, a meu juízo, incompatível com o Direito Interno brasileiro. E não existe mais fundamento técnico para justificar uma interpretação favorável ao sistema da limitação.

Com essas razões, pedindo vênias ao eminente Relator, o Sr. Ministro Nilson Naves, eu conheço do especial, mas nego-lhe provimento.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Paulo Costa Leite: Reportando-me aos fundamentos do voto que proferi no REsp n. 169.000-RJ, cuja cópia farei juntar oportunamente, peço vênias para acompanhar o voto divergente do Sr. Ministro Menezes Direito.

“Anexo

RECURSO ESPECIAL N. 169.000 – RJ
(Registro n. 98.0022178-6)

VOTO

O Sr. Ministro Paulo Costa Leite (Relator): O cerne da controvérsia diz com a limitação de indenização prevista na Convenção de Varsóvia e no Código Brasileiro de Aeronáutica, que o v. acórdão recorrido entendeu não incidir, à luz de disposições do Código de Defesa do Consumidor, segundo se colhe deste relatório:

‘Entendo que têm perfeita aplicação, ao presente caso, as referidas disposições do CDC. Nos termos dos arts. 2º e 3º da Lei n. 8.078, de 11.9.1990, o autor é reputado consumidor, pois se utilizou, como destinatário final, dos serviços de agenciamento

e de transporte aéreo, fornecidos tanto pela Transportadora Fink, como pela Air France (art. 2^a) e tais empresas são consideradas fornecedoras, ante a prestação desses serviços, a que se propuseram realizar e que efetivamente realizaram (art. 3^a), sendo indisputável, que o transporte efetuado é, por igual, tido como serviço, eis que traduz atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração.

Ora, se assim se entende, é evidente que o Autor, como consumidor, **in casu**, tem por um dos seus direitos fundamentais o da efetiva reparação dos danos patrimoniais e morais, a que se julga com direito, no extravio desses livros de sua biblioteca (art. 6^a, VI), vedando-se qualquer estipulação *contratual* que impossibilite, exonere ou atenua a obrigação de indenizar, prevista nessa lei (art. 25).

E o art. 14 desse Código, a seu turno, além de consagrar a responsabilidade objetiva do fornecedor de serviços, o responsabiliza, igualmente, pela reparação dos danos causados aos consumidores, por defeitos relativos à prestação desses serviços, assim reputados os que não fornecem a segurança indispensável, que deles pode esperar o consumidor, levando em conta o modo de seu fornecimento, dentre outros.

É evidente, a meu ver, que enquadrado o presente litígio nessas regras do CDC, afastadas ficaram as limitações da responsabilidade do transportador aéreo e de seus prepostos, contemplados no CBAer e na Convenção de Varsóvia, admitindo-se pois, a incidência, ao caso, do Direito Comum Interno, não pelas razões vinculadas ao risco do vôo, como anteriormente visto, mas pelas decorrentes da Lei n. 8.078/1990, ao derrogar as disposições desses diplomas legais.

Tal entendimento discrepa da orientação que tem prevalecido nesta Turma. Na compreensão de que o estabelecido na Convenção constitui lei especial e remarcando o cunho de generalidade das regras pertinentes ao Código de Defesa do Consumidor, concluiu-se que subsiste a limitação da responsabilidade do transportador (REsp n. 58.736-MG).

Detendo-me no exame da questão, convenci-me de que a solução do acórdão recorrido merece ser prestigiada. Havendo antinomia, o

previsto em tratado perde eficácia, prevalecendo a lei interna posterior que se revela com ele incompatível.

Em verdade, uma vez editada lei específica, em atenção à Constituição (art. 5º, XXXII), destinada a tutelar os direitos do consumidor e mostrando-se irrecusável o reconhecimento da existência de relação de consumo na espécie, suas disposições devem prevalecer.

No particular, tenho como irrepreensível o raciocínio desenvolvido pelo ilustre Desembargador **Sérgio Cavalieri**, nesta passagem de sua excelente obra Programa de Responsabilidade Civil:

‘Não vale argumentar que o Código do Consumidor, por ser lei geral posterior, não derogou o Código Brasileiro de Aeronáutica, de natureza especial e anterior – **lex posterior generalis non derogat priori speciali** –, porque essa regra, além de não ser absoluta, não tem aplicação no caso em exame. E assim é porque o Código do Consumidor, em observância a preceito constitucional (Constituição Federal, art. 5º, XXXII), veio para implantar uma Política Nacional de Relações de Consumo, vale dizer, estabeleceu uma ordem jurídica uniforme e geral destinada a tutelar os interesses patrimoniais e morais de todos os consumidores, bem como o respeito à sua dignidade, saúde e segurança (Código de Defesa do Consumidor, art. 4º). Ao assim fazer, disciplinou não só aquilo que ainda não estava disciplinado como, ainda, alterou a disciplina que já existia em leis especiais, vale dizer, concentrou em um único diploma a disciplina legal de todas as relações de contratuais e extracontratuais do mercado de consumo brasileiro. E, se nessa nova ordem jurídica, nessa consolidação de princípios a respeito do consumidor, não foram excepcionados privilégios previstos em leis anteriores, não mais condizentes com a atual realidade social, é forçoso concluir que o objetivo da nova lei foi, justamente, eliminá-los.

Em conclusão: é impertinente a regra **lex posterior generalis non derogat priori speciali**, porque, tratando-se de relações de consumo, o Código do Consumidor é a lei própria, específica e exclusiva; a lei que estabeleceu a Política Nacional de Relações de Consumo, consolidando em um só diploma legal todos os princípios pertinentes à matéria, em razão de competência que lhe foi atribuída pela própria Constituição Federal. E, na

matéria de sua competência específica, nenhuma outra lei pode a ele (Código) se sobrepor ou subsistir. Pode apenas coexistir naquilo que com ele não for incompatível. (p.p. 216/217).’

Do quanto exposto, Srs. Ministros, conheço do recurso, pelo dissídio, mas nego-lhe provimento. É o meu voto.”

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Waldemar Zveiter: Sr. Presidente, solicitei vista dos autos em face de divergência estabelecida pelo Sr. Ministro Costa Leite e V. Ex.^a e o Sr. Ministro Menezes Direito. Peço vênua para subscrever os votos divergentes, mantendo coerência com o precedente da Turma.

VOTO (RETIFICAÇÃO)

O Sr. Ministro Nilson Naves (Relator): Peço a palavra, Sr. Presidente, para retificar o meu voto. Nesta sessão, ultimamos o julgamento dos REsp n. 158.535 e 169.000, Ministros Menezes Direito e Costa Leite. Com pedido de vista de ambos, escrevi para o REsp n. 169.000 esse voto:

“Lembrando o disposto no art. 22 da Convenção de Varsóvia, bem como o que rezam os arts. 246 e 262 do Código Brasileiro de Aeronáutica, alega a Recorrente, Transportes Fink S/A, que esses dispositivos ‘– expressamente citados no v. acórdão recorrido, como se viu – foram claramente contrariados e tiveram sua vigência negada, face ao entendimento então esposado, no sentido de que teriam sido eles derogados pelo advento do Código do Consumidor’. Na petição do especial, foi também alegado que se ‘deu aos dispositivos nestes contidos interpretação diametralmente oposta à que lhes atribuiu esse próprio egrégio Superior Tribunal de Justiça em hipóteses rigorosamente idênticas’, por exemplo, REsp n. 51.372 e 58.736, DJs de 19.12.1994 e 29.4.1996, ementado este do seguinte modo: ‘Lei. Tratado. O tratado não se revoga com a edição de lei que contrarie norma nele contida. Perderá, entretanto, eficácia, quanto ao ponto em que existe antinomia, prevalecendo a norma legal. Aplicação dos princípios, pertinentes à sucessão temporal das normas, previstos na Lei de Introdução ao Código Civil. A lei superveniente, de caráter geral, não afeta as disposições especiais contidas em tratado. Subsistência das

normas constantes da Convenção de Varsóvia, sobre transporte aéreo, ainda que disponham diversamente do contido no Código de Defesa do Consumidor’.

Foi o recurso, fundado nas alíneas **a** e **c**, admitido pelo Desembargador Décio Meirelles Góes, porquanto ‘A questão é, de fato, controvertida, dividindo-se a jurisprudência ora em prestigiar as normas da Convenção de Varsóvia e do Código Brasileiro de Aeronáutica, limitando a determinado montante a responsabilidade do transportador, ora fixando a indenização devida sem observância a qualquer limite pré-determinado, segundo a orientação ditada pelo Código de Defesa do Consumidor. Na realidade, a referida divergência de soluções para a mesma questão restou evidente com o acórdão trazido aos autos pela Recorrente, em cuja linha de motivação a solução dada ao presente litígio teria negado vigência aos dispositivos legais citados nas razões recursais, revelando-se o necessário dissídio jurisprudencial a recomendar, pela relevância da matéria posta em discussão, o trânsito do presente apelo’.

Dizendo-se vítima de danos material e moral, em virtude de extravio, destruição ou avaria de carga aérea, que lhe pertencia, o Autor pleiteou fossem as rés, Transportes Fink S/A e Compagnie Nationale Air France, condenadas, solidariamente, ao pagamento das respectivas indenizações, que então lhe foram deferidas pela sentença, ocorrendo ao acórdão, no julgamento das apelações opostas pelas partes, que ‘Não tenho dúvidas, assim, em reconhecer, como o fez o douto Magistrado prolator, a responsabilidade solidária de ambas as Demandadas, nos danos irrogados ao Autor e cuja reparação ele reclama, no presente feito’.

Mas, disse o Tribunal: ‘A questão, que emerge, é a que diz respeito à extensão da responsabilidade das Rés, já que ambas invocaram a Convenção de Varsóvia e a Lei n. 7.565/1986, Código Brasileiro de Aeronáutica, para que se reconhecesse a limitação dessa sua responsabilidade, nos termos desses diplomas legais’. Entenderam os ilustres julgadores fluminenses ‘que têm perfeita aplicação, ao presente caso, as referidas disposições do CDC. Nos termos dos arts. 2ª e 3ª da Lei n. 8.078, de 11.9.1990, o Autor é reputado consumidor, pois se utilizou, como destinatário final, dos serviços de agenciamento e de transporte aéreo, fornecidos tanto pela Transportadora Fink, como pela Air France’, daí ‘que o Autor, como consumidor, **in casu**, tem por um dos

seus direitos fundamentais o da efetiva reparação dos danos patrimoniais e morais, a que se julga com direito, no extravio desses livros de sua biblioteca (art. 6º, VI), vedando-se qualquer estipulação contratual que impossibilite, exonere ou atenua a obrigação de indenizar, prevista nessa lei (art. 25)'.

Relativamente ao dano moral, de antemão impertinentes me parecem os dispositivos invocados pela Recorrente, pois que, neste ponto, decidiu-se assim, referindo-se ao art. 6º, VI, do Código de Defesa do Consumidor: 'é indiscutível, a meu ver, sua ocorrência na espécie. Mesmo sob o enfoque tradicional, restaram patenteados, nos autos, os sentimentos do Autor de desconforto, de aborrecimento e de angústia; a sensação de perda e de impotência numa situação, que se afigurava irreversível, com o sumiço da maior parte de seus livros raros, além do desgaste emocional em encetar as diversas diligências e procedimentos, destinados a recuperá-los. E tudo isso sofrido por ele, num período de mais de 1 ano e 5 meses'.

Contudo, admitindo-se seja pertinente a impugnação feita pela Recorrente, falta-lhe, a meu ver, procedência, visto que, em casos análogos, tenho reconhecido o direito à indenização, por exemplo, REsp n. 13.813 e 58.736, DJs de 22.3.1993 e 29.4.1996. No caso, a instância ordinária justificou, satisfatoriamente, o cabimento da indenização. A saber, os motivos dados satisfazem aos pressupostos dessa espécie de dano. Discutível, quem sabe, o valor da indenização, mas tal aspecto, quanto ao dano moral, estritamente, não houve impugnação, válida e eficaz.

No atinente ao dano material, sem a limitação prevista na Convenção e no Código, externa e internamente, portanto, a orientação do Superior Tribunal não coincide com a do acórdão recorrido. Por exemplo: 'Transportes aéreos. É limitada, nos termos da legislação especial, a responsabilidade da empresa transportadora, em caso de extravio de bagagem durante a execução do contrato de transporte. Recurso especial não conhecido. Maioria' (REsp n. 57.529, Ministro Fontes de Alencar, DJ de 23.6.1997); 'Subsistência das normas constantes da Convenção de Varsóvia, sobre transporte aéreo, ainda que disponham diversamente do contido no Código de Defesa do Consumidor' (REsp n. 58.736, Ministro Eduardo Ribeiro, DJ de 29.4.1996).

Certo que, em casos tais, já me pareceu bem aplicável o Código Civil (a propósito, veja-se o voto do Ministro Ruy Rosado, vencido, no

REsp n. 57.529, DJ de 23.6.1997): por exemplo, o REsp n. 38.360. Nele, acolhera-se o pedido de indenização formulado contra o transportador aéreo, fundando-se a sentença nos arts. 159 e 1.056 do Código Civil. Fiquei ali vencido, não conhecendo do recurso. Pela maioria, contudo, conheceu-se e deu-se provimento ao especial; adotando-se a norma pertinente à limitação da responsabilidade do transportador, julgou-se improcedente a ação (DJ de 17.10.1994).

Como aqui entre nós prevalecia a limitação da responsabilidade, esse entendimento foi por mim admitido, simplesmente, no REsp n. 154.943, cujo julgamento encontra-se interrompido em virtude de pedido de vista. Mas, nesse caso, já votou o Ministro Menezes Direito, acolhendo entendimento outro. Segundo S. Ex.^a, (I) ‘O magistério do eminente Professor e Desembargador **Sérgio Cavalieri**, na minha avaliação, são suficientes para alicerçar a minha divergência, sempre com todo respeito aos meus eminentes pares, diante do qualificado precedente de que foi Relator o Sr. Ministro Eduardo Ribeiro, julgamento ao qual não estive presente’ e (II) ‘O que se verifica nessa resenha muito rápida é que o sistema nascido em 1929 não tem mais razão de ser. Cria, de fato, um privilégio injustificável, ainda mais considerando a pujança econômica da indústria aeronáutica e a tecnologia avançada que as aeronaves possuem, sem considerar os instrumentos de apoio e acompanhamento terrestre. A limitação da responsabilidade teve sua razão de ser. Mas, já agora não me parece mais presente a razão histórica que a originou...’.

No REsp n. 158.535, que também comigo se encontra, o Ministro Eduardo Ribeiro, aludindo-se à lição do Desembargador **Cavalieri**, à qual se reportara, acima, o Ministro Direito, disse o seguinte: ‘Nesse mesmo sentido outros ilustres autores, estudiosos dos temas pertinentes ao direito do consumidor. Assim, **Eduardo Arruda Alvim e Flávio Cheim Jorge** (Revista de Direito do Consumidor n. 19), **Herman Benjamin** (Ajuris, ed. especial, março 1998, v. II) e **Cláudia Lima Marques**, essa última com algumas ressalvas (Revista de Direito do Consumidor n. 3). Em sentido contrário, **Luís Camargo Pinto de Carvalho** (RT, v. 673)’. Ora, em seu voto, o Ministro Eduardo distingue as situações, a saber, aquela vinculada ao risco do ar daquela de simples extravio de bagagem, concluindo assim: ‘No caso em exame, de simples extravio de bagagem, nos termos do que acima ficou exposto, filio-me ao entendimento do Relator no sentido da aplicação do Código de Defesa do Consumidor’.

No caso em exame, tratando-se de extravio (leia-se ‘destruição, perda ou avaria’ de bagagem, ou de carga), até penso que me encontro a cavaleiro da situação, em decorrência de posição por mim já assumida, **verbi gratia**, no REsp n. 38.360, DJ de 17.10.1994 (ver Revista de Direito do Consumidor n. 19, 1996, p.p. 144/146). De bom grado, adiro, por conseguinte, ao pensamento dos que pregam a aplicação em casos que tais do Código de Defesa do Consumidor. Com efeito, relação de consumo há, isto é, (I) ‘O transportador aéreo preenche todas as características exigidas pelo art. 3º do CDC para defini-lo como fornecedor de serviços’ (Revista de Direito do Consumidor, n. 3, p. 159), (II) ‘ao menos quando se trate de transporte de passageiros’ (Ministro Eduardo, REsp n. 158.535). Em decorrência, consoante o art. 25 do Código de Defesa do Consumidor, ‘É vedada a estipulação contratual de cláusula que impossibilite, exonere ou atenue a obrigação de indenizar prevista nesta e nas sessões anteriores’. Ver também os arts. 6º, VI; 14, 17 e 51, § 1º, II. Aqui, repita-se, cuida-se de extravio: a cada dia basta o seu cuidado.

Quando defendi se aplicasse o Código Civil (REsp n. 38.360), estava no bom caminho, pois, consoante **Federico Videla Escalada**, ‘*Pero, en el terreno de la doctrina, la fuente más activa del derecho, se han intensificado los esfuerzos tendientes a incluir a la responsabilidad aeronáutica en los lineamientos de la teoría general elaborada por el derecho civil con la finalidad de lograr la reparación integral de los daños*’ (*in Responsabilidad por Daños en el Tercer Milenio*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, p. 291). A par do que acontecera em Jornadas realizadas em Barcelona e Panamá, nos anos de 1989 e 1996, informou **Escalada** que, quando das ‘XX Jornadas Nacionales de Derecho Aeronáutico Y Espacial’, ‘*El Convenio la exige expresamente, en los casos de averia o retardo, mientras que el Código Aeronáutico es más amplio, ya que menciona también las hipótesis de pérdida o destrucción de las mercancías, redacción que tiene la ventaja de facilitar la interpretación del texto para estos casos y cubre todas las posibilidades. Esto es importante, ya que, en alguna oportunidad, nuestra jurisprudencia há resuelto, en casos de aplicación del Convenio de Varsovia*’. Daí a boa observação do Ministro Menezes Direito, no REsp n. 154.943, ‘O fato é que, ao longo dos anos, tornou-se imperativo aumentar o limite fixado pela Convenção’. S. Ex.^a lembrou o professor da Faculdade de Direito de Paris, **Michel de Juglart**, para quem ‘*Le principe même de la limitation de responsabilité*

du transporteur est au coeur de l'attaque menée aux Etats-Unis contre la Convention de Varsovie (Traité de Droit Aérien, tome 2, 1992, p. 395).

No concernente ao princípio da incompatibilidade, não é tão certo assim, admitindo-se a natureza geral do Código de Defesa do Consumidor, que a lei posterior geral não revoga lei anterior especial. ‘Isso acontecerá’ – advertiu **Espínola**, já em 1942 – ‘quando a lei geral posterior se referir à lei especial anterior, ou ao seu assunto, alterando-a explícita ou implicitamente’ (A Lei de Introdução ..., Freitas Bastos, p. 82). Conforme **Caio Mário**, ‘Ao intérprete cumpre verificar, entretanto, se uma nova lei geral tem o sentido de abolir disposições preexistentes’ (Instituições..., vol. I, Forense, p. 103). Mas, para o caso em exame, tudo está a indicar, pelo teor de votos proferidos no REsp n. 158.535, não ser necessário tanto esforço exegético. Admite-se o emprego do Código de Defesa do Consumidor, tratando-se de extravio de bagagem.

Com estas observações, acompanho o Relator.”

Retificando, pois, o voto que proferi na sessão de 10.3.1998, conquanto conheça do recurso, nego-lhe, porém, provimento.

ESCLARECIMENTOS

O Sr. Ministro Eduardo Ribeiro: Sr. Presidente, também tenho entendido assim. O caso foi de simples extravio de bagagem?

O Sr. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito (Presidente): Trata-se de ação indenizatória contra empresa aérea em decorrência de extravio de bagagem, que se julgou procedente, fixada a indenização nos termos do Código da Aeronáutica.

O Sr. Ministro Nilson Naves (Relator): Mas, Sr. Ministro Eduardo Ribeiro, eis o que se disse na petição inicial e no acórdão: (lê)

“No dia 20.1.1994, a Requerente viajou no vôo tal, da Vasp, com destino Brasília-Natal para passar as férias com a família. Todavia, ao desembarcar em Natal, no aeroporto conhecido, tal, não encontrou suas bagagens.”

O Sr. Ministro Eduardo Ribeiro: E não há questão de fato envolvida?

O Sr. Ministro Nilson Naves (Relator): Discute-se a propósito do valor da indenização.

O Sr. Ministro Eduardo Ribeiro: Refiro-me à dificuldade de avaliar-se o que estava sendo transportado.

O Sr. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito (Presidente): Foi fixada a indenização nos termos do Código da Aeronáutica. Trata-se de bagagem, não de carga. Ele fixou em R\$ 900,48. O pedido dele é esse. Ele só pediu isso.

O Sr. Ministro Eduardo Ribeiro: O acórdão deu os R\$ 900,00?

O Sr. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito (Presidente): Deu. Por isso que conheci do recurso e neguei-lhe provimento. Ele deu a indenização normal.

O Sr. Ministro Nilson Naves (Relator): O dissídio indicado encontra-se configurado?

O Sr. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito (Presidente): Não, estamos mantendo.

O Sr. Ministro Eduardo Ribeiro: Reconsidero o meu voto. Consoante já me pronunciei em outra oportunidade, entendo que se aplica o Código de Defesa do Consumidor e não o Código Brasileiro da Aeronáutica, quando não se cogite do “risco do ar”.

RECURSO ESPECIAL N. 172.169 – DF

(Registro n. 98.0030140-2)

Relator: Ministro Nilson Naves
Recorrente: Carlos Augusto Pereira da Silva
Advogado: Raimundo da Cunha Abreu
Recorrida: Caixa de Previdência dos Funcionários do Banco do Brasil – Previ
Advogados: Nélson Buganza Júnior e outros
Sustentação oral: Nélson Buganza Júnior (pela recorrida)

EMENTA: Previdência privada – Contribuições (devolução) – Correção monetária.

É devida a correção real, de modo que, relativamente aos indicados meses de 1987, 1989, 1990 e 1991, corrige-se pelo IPC. Quanto a janeiro de 1989, há de se proceder à correção pelo índice de 42,72%.

Recurso especial conhecido pelo dissídio e provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por maioria, conhecer do recurso especial e dar-lhe provimento. Vencido o Sr. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito. Participaram do julgamento os Srs. Ministros Eduardo Ribeiro, Ari Pargendler e Carlos Alberto Menezes Direito. Não participou do julgamento o Sr. Ministro Waldemar Zveiter (§ 2^a, art. 162, RISTJ).

Brasília-DF, 14 de março de 2000 (data do julgamento).

Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, Presidente.

Ministro Nilson Naves, Relator.

Publicado no DJ de 19.6.2000.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Nilson Naves: Trata-se de ação de cobrança, intentada por ex-funcionário contra a Caixa de Previdência dos Funcionários do Banco do Brasil, pleiteando seja corrigido “o saldo das contribuições mensais vertidas em seu favor, mediante a aplicação do Índice de Preços ao Consumidor – IPC nos períodos de junho/1987 (26,06%), janeiro/1989 (70,28%), março/1990 (84,32%), abril/1990 (44,80%), maio/1990 (7,87%), fevereiro/1991 (21,87%), março/1991 (11,79%), e seus reflexos, deduzindo-se percentuais eventualmente já aplicados, condenando-a a pagar à Autora o **quantum** devido pela aplicação integral da variação do IPC sobre o saldo das contribuições nos períodos acima mencionados, tudo acrescido de juros e atualização monetária, a ser apurada em liquidação de sentença”.

Em sua resposta, a Caixa “alegou que a reserva de poupança, isto é, o somatório das contribuições, foi restituída ao Autor com a devida correção, pois os índices aplicados foram os previstos no estatuto, quais sejam:

de março/1980 a janeiro/1989 a ORTN/OTN; de fevereiro/1989 a janeiro/1991, a variação do BTN; de fevereiro/1991 a junho/1994, a variação da TR; e, a partir de julho/1994, o IPC-r. Pugnou pela improcedência do pedido”.

Em ambos os graus, o pedido foi rejeitado. Eis a ementa do acórdão:

“Direito Previdenciário. Caixa de Previdência dos Funcionários do Banco do Brasil – Previ. 1. Pedido de restituição das contribuições do plano de aposentadoria complementar em razão do desligamento do economiário. Inviável a aplicação do IPC apenas nos meses indicados pela Apelante, valendo os índices adotados para os demais períodos. A Apelada não pode restituir as contribuições recebidas corrigidas por índice que resulta em valores superiores àqueles decorrentes de suas aplicações, pena de surgir ‘déficit’ nas reservas destinadas a honrar os compromissos previdenciários com os seus associados. O índice pretendido pelo Apelante não estava previsto no Estatuto da Previ. O regime da repartição do capital de cobertura, então vigente, oferecia benefícios aos associados em contraprestação às suas contribuições, que foram consumidas pelos benefícios concedidos. 2. As contribuições do patrocinador (Banco do Brasil S/A) são oferecidas sobre a massa de salários dos empregados e não de forma individualizada (parágrafo único, art. 2º, Lei n. 8.020/1990). A restituição, se devida fosse, seria para o patrocinador e não ao associado. Apelação desprovida.”

Pela alínea a, alegou o Autor que o “v. acórdão combatido ter violado lei federal, consubstanciada no artigo 535, incisos I e II, do Código de Processo Civil; artigo 42, inciso V, da Lei n. 6.435, de 15.7.1977; artigo 31, inciso VIII, e seu § 2º, do Decreto n. 81.240, de 20.8.1978; Lei n. 6.423, de 17.6.1977; Decreto-Lei n. 2.283/1986, Lei n. 7.730, de 31.1.1989; Lei n. 7.799, de 10.7.1989; Lei n. 7.843, de 18.10.1989; Lei n. 7.777/1989; Lei n. 8.024, de 12.4.1990; Lei n. 8.030, de 12.4.1990, Lei n. 8.088, de 31.10.1990”. Pela alínea c, indicou-se dissídio. Foi o recurso admitido pelo despacho de fl. 266.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Nilson Naves (Relator): Dissídio há, achando-se regularmente comprovado o indicado, dentre outros, com o julgado de fls. 227/229, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, assim ementado:

“Previdência privada. Benefício de complementação de aposentadoria. Cessação do vínculo de emprego. Resgate de contribuições. Correção monetária. A devolução por já limitada em percentual, há de ser feita com a correção monetária correspondente à real inflação, livre de artifícios escamoteadores, para que se atenda efetivamente à finalidade da tutela previdenciária. Limitação do pedido à diferença devida. Sentença confirmada” (Apeção Cível n. 5.849/1993, sessão de 7.3.1995). Em igual sentido, o de fls. 238/247. Conheço portanto, do recurso.

Quanto a que a correção monetária há de ser a real, qual o entendimento dos acórdãos paradigmas, também é o meu entendimento. Existem outros exemplos, mas dou dois deles: um em que fiquei vencido, quando se discutia a correção do crédito rural (REsp n. 47.186, DJ de 4.12.1995), outro em que o meu voto tornou-se vencedor, na discussão da correção do crédito imobiliário (REsp n. 189.166, sessão de 22.4.1999). De mais a mais, esta Turma já decidiu do seguinte modo: “Previdência privada. Aposentadoria complementar. Programa de desligamento voluntário. 1. Segundo a Terceira Turma do STJ, ‘Não é possível devolver o que não foi desembolsado pelo empregado. A devolução, efetivamente, só pode alcançar a parte que foi paga pelo empregado demitido e que interrompe o sistema de aposentadoria complementar. No caso, não se pode falar de salário indireto, à medida que o ingresso no plano é facultativo e que a poupança destina-se a uma complementação do valor da aposentadoria, para isso concorrendo o empregado diretamente, por sua livre e espontânea vontade’. Adoção desse entendimento, no caso. 2. Correção monetária. De fato, conforme o acórdão recorrido, ‘Os índices de correção do valor da moeda devem corresponder, assim refletindo, sem engodo, ao seu real poder aquisitivo’. Aplicação, no entanto, quanto a janeiro de 1989, do percentual de 42,72%, de acordo com a orientação do STJ. Em consequência, adota-se, para fevereiro, o percentual de 10,14% (EREsp n. 24.124). 3. Recurso especial conhecido e provido em parte” (REsp n. 137.012, DJ de 28.6.1999, de minha relatoria).

Dou provimento ao recurso, para, conseqüentemente, acolher o pedido, sendo que, em relação a janeiro de 1989, há de se proceder à correção pelo índice de 42,72%, deduzidas as importâncias já depositadas. Custas e honorários pela Ré, arbitrados os honorários em dez por cento (10%) sobre o valor da condenação.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Ari Pargendler: O MM. Juiz de Direito Dr. José de Aquino Perpétuo delimitou, assim, o âmbito da lide:

“Toda controvérsia estabelecida tem como núcleo saber que índice de correção monetária deva ser aplicado às contribuições, num percentual de 98% (noventa e oito por cento), vertidas ao associado da Previ que dela se desliga, prematuramente.” (fl. 127).

A seguir, julgou improcedente o pedido (fl. 130), em sentença que foi confirmada por acórdão relatado pelo eminente Desembargador Campos Amaral, do egrégio Tribunal de Justiça do Distrito Federal, cuja ementa vai, em parte, transcrita:

“Direito Previdenciário. Caixa de Previdência dos Funcionários do Banco do Brasil – Previ. 1. Pedido de restituição das contribuições do plano de aposentadoria complementar em razão do desligamento do economiário. Inviável a aplicação do IPC apenas nos meses indicados pela Apelante, valendo os índices adotados para os demais períodos. A Apelada não pode restituir as contribuições recebidas corrigidas por índice que resulta em valores superiores àqueles decorrentes de suas aplicações, pena de surgir déficit nas reservas destinadas a honrar os compromissos previdenciários com os seus associados. O índice pretendido pelo Apelante não estava previsto no Estatuto da Previ. O regime da repartição do capital de cobertura, então vigorante, oferecia benefícios aos associados em contraprestação às suas contribuições, que foram consumidas pelos benefícios concedidos” (fl. 187).

O presente recurso especial ataca o julgado pela letra **a** e pela letra **c**, tendo o eminente Relator, Ministro Nilson Naves, dele conhecido pela letra **c**.

“Dissídio há” – disse S. Ex.^a – “achando-se regularmente comprovado ...”. ... “Quanto a que a correção monetária há de ser a real, qual o entendimento dos acórdãos paradigmas, também é o meu entendimento. Existem outros exemplos, mas dou dois deles: um em que fiquei vencido, quando se discutia a correção do crédito rural (REsp n. 47.186, DJ de 4.12.1995), outro em que o meu voto tornou-se vencedor, na discussão da correção do crédito imobiliário (REsp n. 189.166, sessão de 22.4.1999)”.

S. Ex.^a reportou-se, ainda, a precedente que relatou, o de que trata o REsp n. 107.012 (DJ de 28.6.1999), cujo item 2 da ementa diz:

“Correção monetária. De fato, conforme o acórdão recorrido, ‘Os

índices de correção do valor da moeda devem corresponder, assim refletindo, sem engodo, ao seu real poder aquisitivo'. Aplicação, no entanto, quanto a janeiro de 1989, do percentual de 42,72%, de acordo com a orientação do STJ. Em conseqüência, adota-se, para fevereiro, o percentual de 10,14% (EREsp n. 24.124)".

Pedi vista dos autos, para verificar se essa solução não atentaria contra o ato jurídico perfeito – e, depois da leitura do processo, parece-me que isso não acontece.

Até 12 de setembro de 1985, quando a Caixa de Previdência dos Funcionários do Banco do Brasil – Previ emitiu a Carta-Circular n. 95/1911 (fl. 107), o associado que dela se desligasse só teria direito ao recebimento de valor correspondente a 50% (cinquenta por cento) das contribuições pessoais vertidas; “esse valor” – estava dito no Regulamento de Contribuições e Benefícios do Plano de Aposentadoria e Pensões – “será corrigido segundo os índices, apurados no período de filiação à Entidade, de variação do valor nominal das Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional e acrescido de juros de 6% (seis por cento) ao ano” (contestação, fls. 66/67).

A partir da aludida Carta-Circular, e com vigência até 11 de setembro de 1996, ao associado passou a ser “assegurado o recebimento de valor correspondente a 98% (noventa e oito por cento) das contribuições pessoais, vertidas ...; esse valor será corrigido segundo os índices, apurados no período de filiação à Entidade, de variação do valor nominal das Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional ou por outro índice que vier a substituí-lo (OTN, BTN, TR, IPC-r e média aritmética simples do INPC/IBGE e do IGP-DI/FGV) e acrescidos de juros de 6% (seis por cento) ao ano” (fl. 107).

Quer dizer, a previsão de que o indexador originariamente adotado no Estatuto (ORTN), fosse substituído pela OTN, BTN, TR, IPC-r se deu a **posteriori**, quando já se sabia que os aludidos índices não correspondiam à defasagem do valor da moeda; foi como se a alteração ditada pela Carta-Circular n. 95/1911 desse com uma mão (98%, e não 50%), e tirasse com a outra (correção monetária tarifada, ao invés da correção monetária integral).

Assim agindo, a Caixa de Previdência dos Funcionários do Banco do Brasil – Previ contrariou o disposto no § 2º do art. 31 do Decreto n. 81.240, de 1977, **in verbis**:

“Art. 31. Na elaboração dos planos de benefícios custeados pelas empresas e respectivos empregados, serão observados os seguintes princípios:

VIII – na hipótese de cessação do contrato de trabalho, o plano de benefício deverá prever o valor de resgate correspondente, em função da idade e do tempo de contribuição, sendo facultada a manutenção dos pagamentos, acrescidos da parte da empresa, para a continuidade da participação ou a redução dos benefícios em função dos pagamentos efetuados até a data daquela cessação.

§ 2º. No caso do item VIII, o participante terá direito à restituição parcial das contribuições vertidas com *correção monetária*, de acordo com as normas estabelecidas no próprio plano, não inferior a 50% (cinquenta por cento) do montante apurado.”

Ora, já não existindo o índice adotado originariamente pelo plano, a expressão “correção monetária”, deve ser entendida no seu sentido próprio, de recomposição do principal – finalidade que não será alcançada por indexadores artificiais, em cujo cálculo só foi considerada parte da inflação do período.

Voto, por isso, no sentido de conhecer do recurso especial pela letra a, e de dar-lhe provimento, nos termos do pedido, salvo quanto ao mês de janeiro de 1989 em que o índice aplicável é o de 42,72%, adicionando-se o resíduo de 10,14% no mês de fevereiro de 1989 (REsp n. 43.055-0-SP). Os honorários de advogado à base de dez por cento do valor da condenação e as custas serão suportados pela Ré.

VOTO-VENCIDO

O Sr. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito: Com todo respeito, não acompanho o voto dos meus eminentes colegas. Tenho votado, em diversas oportunidades, pela manutenção do estipulado no contrato. Como destacou o voto-condutor do acórdão recorrido, invocando precedente do próprio Tribunal, “a relação entre as partes era contratual e, portanto, regida pelas normas de Direito Privado. Em nenhum momento o índice que o Autor pretende seja aplicado estava previsto no estatuto da Previ. Então, extinto o índice estipulado no regulamento da entidade, deve-se utilizar o que veio a substituí-lo”.

A meu sentir, se o regulamento previa um índice, que foi posteriormente extinto, outro que vier a substituí-lo deve ser utilizado. Não acredito razoável seja admitido a aplicação de um índice que o Poder Judiciário entenda melhor reflita a inflação, diante da natureza da relação contratual.

De resto, tal raciocínio, com as minhas homenagens ao Sr. Ministro Ari Pargendler, afasta a alegada violação ao § 2º do art. 31 do Decreto n. 81.240, de 1977, à medida que neste dispositivo está previsto, exatamente, que a correção monetária seja calculada de acordo com as normas estabelecidas no próprio plano. Se houve a extinção e o plano incorporou outros índices substitutivos, no caso, alterado, até mesmo, para maior, o percentual de devolução para 98%, não pode o Judiciário definir um outro, não previsto, a pretexto de que os escolhidos não refletem a realidade da inflação. E, ainda, merece anotado que os índices previstos não são estranhos ao sistema de correção, assim o BTN, a TR, o IPC-r, dentre outros, não havendo, portanto, nada que pudesse indicar malversação dos valores a serem devolvidos.

Eu não conheço do especial.

RECURSO ESPECIAL N. 176.903 – PR

(Registro n. 98.0040864-9)

Relator: Ministro Ari Pargendler
Recorrente: A/S Ivarans Rederi
Advogados: José Paulo Barcellos Dias e outros
Recorrido: Trombini Papel e Embalagens S/A
Advogados: Luiz Edson Fachin e outro
Sustentação oral: José Paulo Barcellos Dias (pelo recorrente)

EMENTA: Direito Comercial – Prescrição – Sobreestadia de *containers* – Código Comercial, art. 449, inciso 3º. Lei n. 6.288, de 1975, art. 3º.

Na sobreestadia do navio, a carga ou a descarga excedem o prazo contratado; na sobreestadia do *container*, a devolução deste se dá após o prazo usual no porto de destino. Num caso e noutro, as ações

que perseguem a indenização pelos respectivos prejuízos estão sujeitas à regra do artigo 449, inciso 3º, do Código Comercial.

Recurso especial não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, prosseguindo o julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Waldemar Zveiter, por unanimidade, não conhecer do recurso especial. Participaram do julgamento os Srs. Ministros Carlos Alberto Menezes Direito, Nilson Naves, Eduardo Ribeiro e Waldemar Zveiter.

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

Ministro Ari Pargendler, Presidente e Relator.

Publicado no DJ de 9.4.2001.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Ari Pargendler: A/S Ivarans Rederi propôs ação ordinária contra Facelpa – Fábrica de Celulose e Papel S/A, sucedida por Trombini Papel e Embalagens S/A, para vê-la condenada a pagar “o valor equivalente a US\$ 862.924,51 (oitocentos e sessenta e dois mil, novecentos e vinte e quatro dólares norte-americanos e cinquenta e um centavos) – fl. 10.

Esse valor – segundo a petição inicial – corresponde ao aluguel de 461 contêineres de 40 pés utilizados no transporte de “toneladas de aparas de papel importadas do Porto de Nova York, USA, direto para o porto de Paranaguá” (fl. 3), devolvidos muito tempo após o prazo usual de cinco dias, por conveniências da Ré, “que teria perdido matéria se exposta à chuva, sol e vento” (fl. 4).

O MM. Juiz de Direito Dr. Albino Jacomel Guérios julgou o pedido procedente, em parte (fls. 749/759).

A egrégia Quinta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, Relator o eminente Desembargador Rogério Coelho, em face de superveniente alegação de prescrição, julgou extinto o processo, de acordo

com o artigo 269, IV, do Código de Processo Civil, nos termos do acórdão assim ementado:

“Apelação cível. Ação de cobrança. Sobreestadia de contêineres (*demurrage*). Equipamento do navio. Prescrição. Código Comercial, artigo 449, inciso 3º. Matéria alegada somente nas razões do recurso. Possibilidade. Extinção do processo. Condenação às custas de retardamento e perda da verba honorária. Apelação provida.

Não há qualquer impedimento para a alegação de prescrição somente por ocasião da interposição do recurso porque pode ser alegada em qualquer instância pela parte a quem aproveita.

O contêiner é equipamento do navio transportador, consoante dispõe o artigo 3º da Lei n. 6.288/1975, e a ação de cobrança da sobreestadia em razão da sua não-devolução ao fretador, após a descarga no porto de destino (*demurrage* ou *surestaries*), sujeita-se à prescrição anual estabelecida no artigo 449, inciso 3º, do Código Comercial, contada a partir do dia da entrega da carga.

O reconhecimento da prescrição acarreta a extinção do processo com julgamento de mérito, na forma do artigo 269, inciso IV, do Código de Processo Civil, e afasta a possibilidade do exame das questões de mérito propriamente dito.

A alegação tardia da prescrição importa condenação do argüente ao pagamento das despesas processuais a partir do saneamento do processo, assim como na perda da verba honorária fixada na sentença” (fls. 838/839).

Daí o presente recurso especial, interposto por A/S Ivarans Rederi, com base no artigo 105, inciso III, letra a, da Constituição Federal, por violação aos artigos 177 e 179 do Código Civil e do artigo 442 do Código Comercial (fls. 857/868).

VOTO

O Sr. Ministro Ari Pargendler (Relator): Nega vigência à norma jurídica tanto quem não a aplica no caso concreto, embora tenha nele incidido, quanto aquele que aplica outra, cuja incidência não se deu.

Aqui as razões do recurso especial dizem que os artigos 177 e 179 do Código Civil, bem assim o artigo 442 do Código Comercial, incidentes na

espécie, deixaram de ser aplicados em proveito do artigo 449, inciso 3º, que foi aplicado sem ter incidido.

A respeito da prescrição em matéria comercial, escreveu **J. X. Carvalho de Mendonça**:

“Em matéria de comércio, a prescrição regula-se pelos arts. 441 a 456 do Código Comercial e por disposições diversas de leis especiais.

As normas do Código Civil sobre esse instituto suprem a deficiência e as obscuridades, não poucas, das de caráter mercantil.

Pode-se dizer que a diversidade entre os dois Códigos consiste nos prazos da prescrição.

Em matéria de comércio, esses prazos devem ser mais breves, ‘em virtude de natureza intensa e complexa da atividade comercial’.

O prazo para a prescrição ordinária comercial não consulta as exigências do comércio. É superior à prescrição ordinária civil das ações reais entre presentes (Código Civil, art. 177). As disposições especiais estabelecendo prazos menores para a prescrição comercial dão pulo mortal de vinte para cinco anos nos casos em que exige maior lapso de tempo! Não se deveria admitir no comércio prazo superior a dez anos de prescrição. Quem, durante esse tempo não reclama seu direito, bem revela a intenção de abandoná-lo. O Código Comercial está lamentavelmente atrasado a esse respeito” (Tratado de Direito Comercial Brasileiro, Livraria Freitas Bastos S/A, 1961, volume VI, p.p. 455/456).

Pela ordem, portanto, deve ser examinado o artigo 442 do Código Comercial, a cujo teor “todas as ações fundadas sobre obrigações comerciais contraídas por escritura pública ou particular prescrevem não sendo intentadas em vinte anos”.

Diversamente do que pode parecer, a regra se aplica às ações resultantes de negócios jurídicos, e também às ações decorrentes de atos ilícitos.

“O artigo 442 do Código Comercial, marcando esta prescrição em vinte anos refere-se a obrigações contraídas por escritura pública ou particular.

E as obrigações oriundas dos atos ilícitos cometidos no interesse, por ocasião ou em dependência do exercício do comércio (n. 369,

do 1^a vol., 2^a ed., deste Tratado)? Não temos dúvida em aplicar-lhes a prescrição que o art. 442 do Código estabelece, salvo os casos em que determinar prazo menor” (**op. cit.**, p. 476).

No mesmo sentido, **Pontes de Miranda**:

“A despeito da redação do art. 442, havemos de interpretar que todas as pretensões de Direito Comercial, para as quais não se haja fixado prazo menor, prescrevem em vinte anos (não ‘dentro de vinte anos’, mas ‘completos vinte anos’), qualquer que tenha sido a forma escrita do negócio jurídico (contraídas por escritura pública ou particular as obrigações) e ainda que não se trate de pretensão oriunda de negócio jurídico (**e.g.**, se provêm de ato ilícito absoluto ou relativo), uma vez que a regra jurídica, que incidiu, haja sido de Direito Comercial” (Tratado de Direito Privado, Editor Borsoi, Rio de Janeiro, 1970, Tomo VI, p. 317).

O artigo 177 do Código Civil, prequestionado expressamente (fl. 850), c.c. o artigo 179, não prequestionado, diz exatamente isso, de modo que toda a questão depende de saber se, na espécie, incide a regra geral do artigo 442 do Código Comercial ou a norma especial do artigo 449, inciso 3^a, do seguinte teor:

“Prescrevem igualmente no fim de um ano: 3^a. As ações de frete e primagem, estadias e sobreestadias, e as de avaria simples, a contar do dia da entrega da carga.”

São três os argumentos de que se valem as razões do recurso especial para desqualificar as conclusões do acórdão recorrido, a saber:

• “Primeiro: conforme reconhecido no v. acórdão, ao tempo da elaboração do Código Comercial não existia o *container* como meio de unitização de carga, até porque tal modernidade só veio a ser disciplinada e reconhecida pelo legislador pátrio pela Lei n. 4.907, de 17 de novembro de 1965. Hoje o transporte de unidades encontra-se regido pela Lei n. 6.288, de 11 de dezembro de 1975, regulamentada pelo Decreto n. 80.145, de 15 de agosto de 1977. Ora, seguindo o princípio da elaboração objetiva dos textos legais, impossível conceber que a sobreestadia do navio, prevista no inciso 3^a do artigo 449 do Código Comercial possa ser agora dirigida ao *container*, sob o manto da

aplicação analógica e extensiva, pois nestes casos a lei o veda de forma expressa (artigo 179 do Código Civil)” – fls. 864/865.

O argumento comprometeria quase todo o ordenamento jurídico, à vista de que as inovações tecnológicas se sucedem muito mais rapidamente do que as reformas legislativas. O intérprete deve adequar as normas antigas às novas realidades.

• “Segundo: os dois institutos, isto é, sobreestadia de navio e sobreestadia de *container* são totalmente distintos e, no meio do comércio marítimo, reconhecidamente tratados de forma diversa, inclusive contratualmente. A começar pela forma em que são computados. A sobreestadia de navio ocorre com o atraso nas operações de carga e descarga, dependendo o seu termo inicial e as possíveis interrupções da sua contagem, da existência de diversos fatores, tais como feriados, greves, finais de semana, e até dos dias chuvosos. Para a sua quantificação e cálculo final são considerados inúmeros custos portuários.

Já a sobreestadia de *container* começa a contar do fim de um prazo convencionado (5 a 15 dias), tempo livre de ônus, que se inicia após o desembarque, e, sem que haja nenhuma interrupção, perdura até a efetiva devolução do *container*. Ocorre que o legislador brasileiro nunca regulou a prescrição da sobreestadia do *container*, não tendo o feito, porque não o quis, por ocasião do advento da legislação específica sobre o assunto, isto é, a Lei n. 6.288/1975. Em socorro a estas asseverações vem de encontro o próprio Código Comercial, já que em todos os artigos que cita a palavra sobreestadia (artigos 566, item 5; 591, 592, 593 e 595), sempre se refere ao navio e nunca ao *container*” (fl. 865).

O argumento só prova que há prazo para a devolução do *container*, cujo início e duração não se confundem com os do prazo para a carga e descarga do navio; não resolve a questão de saber se a sobreestadia do navio se assimila à sobreestadia do *container*, para os efeitos da prescrição.

• “Terceiro: os vocábulos usados pelo legislador, ‘acessórios e/ou equipamentos de qualquer veículo transportador’ não outorgam ao ilustre julgador aplicar ao *container* a regra prescricional da sobreestadia do navio, se considerado que é um equipamento de

serventia em inúmeros meios de transporte (navio, trem, avião, caminhões, barcas) e que é deixado em um determinado porto ou pátio, levado e descarregado no estabelecimento do importador, para depois ser embarcado em outro ou no mesmo meio de transporte, em navio do mesmo armador, ou ainda de um armador que esteja atuando em parceria com o primeiro” (fl. 866).

O cerne da questão está radicado aí. O princípio geral é o de que “As regras jurídicas sobre prescrição hão de ser interpretadas estritamente, repelindo-se a própria interpretação analógica” (**Pontes de Miranda, op. cit.**, p. 126). **Washington de Barros Monteiro**, citado nas razões do recurso especial, explicita que, efeito desse princípio, sequer é admitida a interpretação extensiva (fl. 862).

No entanto, decidindo que, desde a Lei n. 4.907, de 1965, a sobreestadia ganhou uma nova dimensão, para abranger, também, a retenção do *container* além do prazo usual, o Tribunal a quo se valeu de uma analogia imprópria, não vedada, que **Becker**, a propósito da legislação tributária, descreveu como *analogia por compreensão*, do seguinte modo:

“É preciso distinguir entre a analogia por compreensão e analogia por extensão; na primeira, a interpretação constata a incidência de regra jurídica que já existia; na segunda, não há interpretação, mas criação de regra jurídica nova que, uma vez criada, incide sobre sua hipótese de incidência (‘fato gerador’ ou suporte fático).

Na analogia por compreensão há interpretação, porque o que o intérprete faz é a constatação de regra jurídica já existente e resultante do cânone hermenêutico da totalidade do sistema jurídico. Isto é, a lei, considerada em si mesma, como um ser isolado, não existe como regra jurídica. A regra jurídica contida na lei (fórmula legislativa) é a resultante de um complexo de ações e reações do sistema jurídico onde foi promulgada. A lei nova age sobre as demais regras jurídicas da totalidade do sistema, estas, por sua vez, reagem; a resultante é a verdadeira regra jurídica contida na lei (fórmula legislativa) que provocou o impacto inicial.

Na analogia por compreensão, o intérprete nada mais faz do que captar esta resultante (a regra jurídica) e depois verificar se ocorreu sua hipótese imponible e a conseqüente incidência da regra jurídica” (Teoria Geral do Direito Tributário, Edição Saraiva, 1972, p.p. 118/119).

A idéia é recorrente na doutrina, tendo **Larenz** dito que a ordem jurídica não é “apenas uma soma de proposições jurídicas, mas uma ordenação unitária. As proposições jurídicas ... engrenam umas nas outras, limitando-se, complementando-se ou reforçando-se, e só da reunião delas resulta uma autêntica ‘regulamentação’” (Metodologia da Ciência do Direito, Fundação Calouste Gulbenkian, 1978, p. 371).

O artigo 7^a da Lei n. 4.907, de 1965, e, depois, o artigo 3^a da Lei n. 6.288, de 1975, definindo o *container* como “um equipamento ou acessório do veículo transportador”, assimilou a demora na respectiva devolução à sobreestadia do navio.

Na sobreestadia do navio, a carga ou a descarga excedem o prazo contratado; na sobreestadia do *container*, a devolução deste se dá após o prazo usual no porto de destino. Num caso e noutro, as ações que perseguem a indenização pelos prejuízos estão sujeitas à regra do artigo 449, inciso 3^a, do Código Comercial. Nem se compreenderia que, sendo o *container*, legalmente, um equipamento do navio, os danos resultantes de sua retenção pudessem ser perseguidos por vinte anos, contra toda a tendência do Direito Comercial, e que aqueles decorrentes da permanência do navio no porto, além do prazo contratual, só pudessem ser reclamados no prazo de um ano. **Ubi eadem ratio, ibi idem causa.**

Observo que os vocábulos *container* e *containers*, tais quais grafados na Lei n. 6.288, de 1975, e o vocábulo “sobreestadia”, foram copiados, em alguns trechos, como *contêiner* e *contêineres*, e como sobrestadia, para não trair os textos originais.

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

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito: Trata-se de ação ordinária ajuizada pela Recorrente para receber o equivalente a US\$ 862.924,51, correspondente ao aluguel de 461 contêineres de 40 pés, de sua propriedade, devolvidos muito tempo depois do prazo usual de cinco dias para o desembarço, o que implicou pagamento de sobreestadia ou *demurrage*. A sentença julgou procedente, em parte, o pedido. Mas, o Tribunal de Justiça do Paraná acolheu o apelo da Ré porque entendeu que o “contêiner é equipamento do navio transportador consoante dispõe o artigo 3^a da Lei n. 6.288/1975, e a ação de cobrança da sobreestadia em razão da sua não-devolução ao fretador, após a descarga no porto de destino

(*demurrage* ou *surestaries*), sujeita-se à prescrição ânua estabelecida no artigo 449, inciso 3º, do Código Comercial, contada a partir do dia de entrega da carga”.

O eminente Relator, Ministro Ari Pargendler, entendeu que na “sobreestadia do navio, a carga ou a descarga excedem o prazo contratado; na sobreestadia do *container*, a devolução deste se dá após o prazo usual no porto de destino. Num caso e noutro, as ações que perseguem a indenização pelos prejuízos estão sujeitas à regra do artigo 449, inciso 3º, do Código Comercial. Nem se compreenderia que, sendo o *container*, legalmente, um equipamento do navio, os danos resultantes de sua retenção pudessem ser perseguidos por vinte anos, contra toda a tendência do Direito Comercial, e que aqueles decorrentes da permanência do navio no porto, além do prazo contratual, só pudessem ser reclamados no prazo de um ano, **Ubi eadem ratio, ibi idem causa**”.

Pedi vista dos autos diante do argumento apresentado pela parte-recorrente no sentido de que não procede a associação do contêiner ao veículo transportador, o navio. Anotou, em memorial que me foi entregue, que o legislador sempre menciona o contêiner como acessório de fácil transferência de um veículo transportador para outro, atribuindo-lhe, assim, total independência do eventual ou último meio de transporte que o carregou. Essa característica, segundo a parte-recorrente, foi que tornou o denominado intermodalismo, a modalidade de transporte utilizando cofres de carga, um reconhecido sucesso.

O fato narrado é a descarga dos contêineres no porto de destino, o de Paranaguá, e a sua transferência para carretas rodoviárias, dirigidas por prepostos contratados pela Recorrida, sendo devolvidos ao mesmo terminal portuário após esvaziados no estabelecimento do importador.

No Decreto n. 80.145/1977, que regulamenta a Lei n. 6.288/1975, está prescrito que o contêiner, “para todos os efeitos legais, não constitui embalagem das mercadorias e sim parte ou acessório do veículo transportador” (art. 5º).

Na verdade, o que se verifica é que o contêiner é um instrumento de guarda da mercadoria transportada, uma unidade de carga, que permite utilização por vários meios de transporte, de modo que a mercadoria sai do vendedor até o destino, com uma combinação possível de transporte rodoviário, ferroviário, marítimo, aeronáutico, etc. Ele adere, portanto, ao veículo transportador.

Se o contêiner adere ao veículo transportador, no transporte intermodal, o que vai determinar a disciplina jurídica aplicável, em cada caso, é o fato que provoca a questão jurídica.

O fato nestes autos é a sobreestadia. Decorreu, segundo a inicial, de a Ré permanecer na posse dos contêineres, por mais de cinco dias, tempo ajustado para o desembarço. Qual o prazo da prescrição?

O argumento central do recurso especial é que não se pode adotar para o contêiner a regra de sobreestadia prevista para o navio. Todavia, com todo respeito ao eminente advogado, não há a diferença de um oceano, mencionada no memorial que me foi entregue.

A sentença, favorável à Recorrente, mostrou que a sobreestadia está referida ao porto de destino, dependendo da modalidade de venda marítima combinada entre as partes. A sentença entendeu que “decorrendo a sobreestadia da retenção do navio ou dos contêineres por período superior ao contratado, o que causa um dano ao transportador, que deixa de utilizar as embarcações, havendo culpa do importador, deve este ressarcir os danos, nos termos do art. 159 do Código Civil”. E, ainda, destacou que a Conferência Interamericana de Fretes, que alcança os transportadores comuns por água, regula a matéria. E, de fato, a própria inicial menciona que dentre “inúmeras situações reguladas pela IAFC, encontra-se na regra 26 disposição regulamentar que dirime as situações de atraso na entrega do contêiner”. O que se verifica é que toda a situação fática da demanda está posta no Direito Marítimo, apesar de a sentença, e por isso não atentou para a prescrição, ter posso o julgamento sob a égide do art. 159 do Código Civil.

Mesmo diante de uma situação de transporte intermodal, a sobreestadia refere-se necessariamente à permanência do navio no porto porque não chegaram os contêineres, que, segundo a própria inicial alega, passaram meses após o desembarque para serem retirados das dependências portuárias. E, ademais, o questionamento posto está sob o ângulo das cartas de correção a determinado número de *Bills of Lading*, para que os contêineres pudessem ser liberados.

Não me parece razoável que se deva admitir a prescrição geral de vinte anos, à medida que o cenário dos autos mostra mais própria a regra específica do vetusto Código Comercial, a do art. 449, 3, que atinge as ações de “frete e primagem, estadias e sobreestadias, e as de avaria simples, a contar do dia da entrega da carga”.

No caso, louvando o esforço do eminente advogado, patrono da Empresa-recorrente, o fato é que a situação posta está vinculada ao navio, não ao outro meio utilizado.

Com essas razões, eu não conheço do especial, acompanhando o voto do eminente Ministro Ari Pargendler.

RECURSO ESPECIAL N. 197.327 – SP

(Registro n. 98.0089838-7)

Relator: Ministro Ari Pargendler
Recorrente: Saleh Aziz Badue
Advogado: Saleh Aziz Badue (em causa própria)
Recorrido: Franz Jenay (espólio)
Advogado: Fernando Geiser

EMENTA: Civil – Honorários de advogado – Serviços futuros, dependentes de ato de desapropriação – Falecimento do tomador dos serviços.

O contrato de prestação de serviços advocatícios não é revogável, mas, à vista de sua peculiar natureza, em que predomina a confiança, só obriga os sucessores pelo pagamento do que foi, efetivamente, prestado. Hipótese em que, dependente de condição que não se realizou até o falecimento do tomador dos serviços, os sucessores podiam contratar outro profissional, sem que se lhes possa reclamar qualquer indenização.

Recurso especial não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do recurso especial. Participaram do julgamento os Srs. Ministros Carlos

Alberto Menezes Direito, Nancy Andrichi e Antônio de Pádua Ribeiro. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Waldemar Zveiter.

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

Ministro Ari Pargendler, Presidente e Relator.

Publicado no DJ de 23.4.2001.

RELATÓRIO

Saléh Aziz Badue ajuizou ação ordinária contra o espólio de Franz Jenay (fls. 34/40).

O MM. Juiz de Direito Dr. Gilberto Pinto dos Santos indeferiu a petição inicial (fls. 46/48), mas a egrégia Segunda Câmara do 1^o Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo, por maioria de votos, Relator designado o eminente Juiz Nelson Ferreira, reformou a sentença, destacando-se no voto-condutor os seguintes trechos:

“O autor e Franz Jenay, este por intermédio de seus filhos, nomeados seus procuradores, celebraram um pré-contrato, em 10 de setembro de 1989, ficando convencionado que se ocorresse a desapropriação do imóvel, o Autor seria constituído para defender seus interesses na aludida desapropriação, amigável ou judicial, sendo ajustada a verba honorária de vinte por cento (20%), em havendo ação, que seria paga quando dos recebimentos (fls. 10/12).

Portanto, foi praticado um ato jurídico apto a gerar efeitos, que perduram inobstante o falecimento do mandante, obrigando o espólio.

Ensina **Orlando Gomes** que, segundo uma das teorias a respeito do contrato preliminar, este tem por fim obrigar as partes a celebrar outro contrato.

E somente se concluirá se uma das partes o quiser, eis que livre para descumprir; todavia, sujeita-se ao pagamento de perdas e danos (Contratos, 6^a ed., 1977, p.p. 160/161).

Consoante ele ‘o conteúdo da promessa de contrato, segundo os prosélitos da teoria da obrigação de fazer, reduz-se à obrigação de estipular o contrato definitivo.

O efeito principal desse negócio jurídico seria tornar obrigatória a celebração de outro contrato.

A parte vinculada deve cumpri-la, sob pena de ser coagida a executá-la, em certos casos, e, em outros, a responder por perdas e danos' (obra citada, p.p. 165/166)" – fls. 71/72.

O voto-vencido do eminente Juiz Nelson Ferreira foi assim fundamentado:

"Em meu entender, a procuração de fl. 53 estava extinta por força do art. 1.316, II, do Código Civil e, conseqüentemente, o pré-contrato.

É que a morte faz cessar a obrigação.

Quando da morte do outorgante da procuração e do pré-contrato, a desapropriação ainda não tinha sido efetivada.

Com a morte, por força do art. 1.572 do Código Civil, a posse e a propriedade da herança passa aos herdeiros legítimos ou testamentários.

Espólio não é herdeiro. Este, como proprietário, não podia cumprir obrigação extinta" (fl. 74).

Seguiram-se embargos infringentes (fls. 84/89), acolhidos, por maioria de votos, pela egrégia Segunda Câmara Civil do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Relator o eminente Juiz Fernando Pupo (fls. 96/99).

Lê-se no voto-condutor:

"... firmou o Autor com Franz Jenay, em 10 de setembro de 1989, pré-contrato, no qual este último se comprometia a contratar os serviços profissionais do Autor, na hipótese de desapropriação de um determinado imóvel.

Franz Jenay veio a falecer no ano de 1990, tendo a Municipalidade de São Paulo ingressado com ação de desapropriação em junho de 1991 (fl. 13). Como a inventariante constituiu outro advogado para representar o espólio nesse feito (fl. 48), ingressou o Autor com a presente ação pleiteando o recebimento de indenização por inadimplemento contratual.

Ora, se Franz Jenay não tivesse falecido e, em cumprimento a esse pré-contrato, tivesse constituído o Autor como seu advogado, dúvidas não haveria de que teria aplicação o disposto no inciso II do artigo

1.316 do Código Civil. Assim, se o óbito ocorresse durante o andamento da ação de desapropriação, não teriam os herdeiros e a viúva qualquer obrigação de continuar o processo com o mesmo advogado.

Cessado o mandato, por morte do mandante, poderiam os interessados contratar novo advogado, sem prejuízo do pagamento dos honorários advocatícios, proporcionais aos serviços até então prestados.

De acordo com **Washington de Barros Monteiro**, o advogado ‘é, ao mesmo tempo, mandatário e locador de serviços. É mandatário, porque age em nome e por conta do constituinte, o mandante; é locador de serviços, porque está obrigado a desenvolver a atuação prometida, realizando os trabalhos dele reclamados (o jurista que se limita a dar parecer é mero locador de serviços)’ (Curso de Direito Civil, Direito das Obrigações, 2ª parte, p. 259, 5ª ed., Saraiva, 1967).

Observa esse mesmo Autor que uma das características do mandato é a de ser ‘contrato em que predomina soberanamente a mútua confiança dos contratantes’ (idem, p. 257).

Aliás, o elemento confiança é tão importante no mandato, que o Código de Ética Profissional determinava no inciso I da Seção VII, que ‘declinará o advogado do mandato, ressalvadas estipulações contratuais anteriores, logo que sinta faltar-lhe a confiança do cliente’.

Tratando-se, portanto, de obrigação personalíssima, pois a confiança é intransmissível, não tinham os herdeiros e a viúva obrigação de cumprir o pré-contrato firmado pelo falecido Franz Jenay” (fl. 99).

Opostos embargos de declaração (fls. 100/127), foram rejeitados, com a seguinte explicitação:

“De se consignar, entretanto, ser da essência do mandato judicial a sua revogabilidade.

Observa **Washington de Barros Monteiro** que, ‘em regra, o mandato é ato jurídico revogável. Essa revogabilidade decorre de duas considerações: a) o mandato funda-se na confiança que o mandante deposita no mandatário, sendo possível que, após a sua outorga, o primeiro venha a se inteirar de fatos que arredem ou abalem essa confiança; b) em segundo lugar, predomina nesse contrato o interesse do mandante, estando, pois, na sua vontade, no seu puro arbítrio, mantê-lo

ou revogá-lo, quando e como lhe aprouver, segundo as suas conveniências' (Curso de Direito Civil, Direito das Obrigações, 2ª parte, p. 282, 5ª ed., Saraiva, 1967).

Por outro lado, não se aplica ao caso **sub judice** disposto no inciso II do artigo 1.317 do Código Civil" (fl. 130).

Daí do presente recurso especial, interposto por Saleh Aziz Badue, com base no artigo 105, inciso III, letra a, da Constituição Federal, por violação aos artigos 165, 458, II; 530 e 535 do Código de Processo Civil, aos artigos 928, 1.056 e 1.317, II, do Código Civil (fls. 131/172).

Originariamente não admitido (fls. 186/191), o recurso especial foi processado por força de agravo de instrumento provido pelo eminente Ministro Costa Leite (fl. 245).

VOTO

Os artigos 165, 458, II; e 530 do Código de Processo Civil não foram prequestionados, e o artigo 535, II, desse texto legal foi estritamente observado, à medida que o Tribunal **a quo** prestou jurisdição completa, decidindo, à base do artigo 1.316, I, do Código Civil, a saber:

"Art. 1.316. Cessa o mandato: I – pela revogação, ou pela renúncia."

"As leis" – escreveu **Pontes de Miranda** – "por influência de tradição classificatória e terminológica, chamam revogação ao que se poderia conceber como denúncia vazia, por parte do mandante" (Tratado de Direito Privado, Editor Borsoi, Rio de Janeiro, 1972, Tomo XLIII, p. 79). ... "Revogação é retirada da voz (**revocatio**). Se o mandatário já iniciou o exercício dos poderes, e talvez esteja a ponto de terminá-lo, ainda assim é revogável o mandato ..." (**op. cit.**, p.p. 80/81). ... "Se a revogação já se fez após o início do adimplemento do mandato, tem o mandatário a pretensão à indenização dos danos. A pretensão ao reembolso de despesas, essa, nasce a cada momento em que se desembolse como adiantamento. Se remunerado o mandato, há a pretensão à parte correspondente ao mandato adimplido. Aí, não há ressarcimento de danos, mas prestação da parte do correspectivo (**Alessandro Bertini**, *I Negozi Fiduciari di Preparazione dell'Adempimento*, 99 s.). A revogabilidade protege o mandante; se há remuneração, tem-se de admitir aquela e proteger-se o interesse do mandatário" (**ibid.**, p. 87).

Deve-se distinguir, todavia, o mandato e a procuração que o instrumenta, do contrato de prestação de serviços advocatícios.

“O contrato de advogado não é revogável. A revogabilidade da procuração, que é negócio jurídico unilateral, abstrato, de modo nenhum implica a revogabilidade do contrato de advogado” (op. cit., p. 127).

Nem por isso o pedido inicial pode prosperar. O contrato de prestação de serviços advocatícios foi feito sob condição, “... no caso de uma eventual desapropriação da área” (fl. 43). A desapropriação só veio a ocorrer depois da morte de Franz Jenay (fl. 74), e o respectivo espólio, à vista disso, já não estava obrigado a respeitar o ajuste, à vista de sua peculiar natureza, “em que predomina soberanamente a mútua confiança dos contratantes” (fl. 98).

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

RECURSO ESPECIAL N. 212.149 – SP

(Registro n. 99.0038686-8)

Relator: Ministro Carlos Alberto Menezes Direito
Recorrente: Banco Safra S/A
Advogados: Joaquim Jair Ximenes Aguiar e outros
Recorrida: S. R. Veículos Especiais Ltda (massa falida)
Advogados: Alexandre Alberto Carmona e outros
Sustentação oral: Rubens Ferraz de Oliveira Lima (pelo recorrente)

EMENTA: Agravo de instrumento – Suspensividade – Efeitos – Interpretação dos artigos 527 e 558 do Código de Processo Civil – Concordata – Falência.

1. Estando a empresa sob o regime de concordata, a decretação posterior da quebra, com a suspensão da decisão monocrática pelo efeito suspensivo concedido ao agravo, mantém-na sob aquele primitivo regime jurídico, podendo, portanto, praticar todos os atos correspondentes, não tendo a decisão do Tribunal, negando provimento ao agravo, efeito **ex tunc**, de modo a anular os atos praticados naquele período.

2. Recurso especial conhecido e provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do recurso especial e dar-lhe provimento. Participaram do julgamento os Srs. Ministros Eduardo Ribeiro, Waldemar Zveiter e Ari Pargendler.

Brasília-DF, 2 de maio de 2000 (data do julgamento).

Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, Presidente e Relator.

Publicado no DJ de 7.8.2000.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito: Banco Safra S/A interpõe recurso especial, com base na alínea a do permissivo constitucional, contra acórdão da Terceira Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, assim ementado:

“Agravo de instrumento. Ineficácia de transação. Retroação **ex tunc**. Ato que pode se tornar ineficaz por simples despacho. Novo pagamento sem direito de defesa e contraditório. Impossibilidade. Recurso provido em parte.” (fl. 145).

O aresto recorrido tem a seguinte motivação:

“Não obstante o parecer da douta Procuradoria, o recurso merece provimento só em parte, porque a transação realmente foi ineficaz, porque após a decretação da falência, quando esta processualmente se encontrava suspensa, mas com retroação **ex tunc** quando negou-se provimento ao recurso.

Como sustenta a douta Procuradoria, os artigos 39 e 40 do diploma falencial não permitem qualquer ato de disposição que será ineficaz, podendo ser reconhecido por simples despacho.

Mas o que não se pode é compelir o agravante a depositar novamente a importância que pagou sem lhe conferir o direito de defesa, e com observância de um contraditório regular.” (fl. 146).

Embargos de declaração (fls. 151 a 160) rejeitados (fls. 163 a 166).

Alega o Recorrente violação aos artigos 520, 527, inciso II; e 558 do Código de Processo Civil, além dos artigos 39, 40, § 1^o; e 167 do Decreto-Lei n. 7.661/1945, pois o agravo de instrumento, posteriormente improvido, não pode ter efeito **ex tunc** apagando, assim, o período em que a falência estava suspensa. A concordata esteve restaurada neste tempo e a transação, ato não proibido pelo artigo 167 da Lei de Falências, é perfeitamente válida, pois não existe nulidade por causa superveniente.

Aponta, ainda, contrariedade ao artigo 1.030 do Código Civil, posto que ferido o efeito de coisa julgada da transação, só podendo esta ser modificada ou anulada por ação própria. Pede, então, sejam afastados o efeito **ex tunc** do julgamento do agravo e a nulidade ou eficácia da transação celebrada entre o Recorrente e a Falida.

Contra-arrazoado (fls. 219 a 223), o recurso especial foi admitido (fls. 235 a 239).

Recurso extraordinário (fls. 170 a 189) não admitido (fls. 235 a 239), tendo sido interposto agravo de instrumento (fl. 257).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito (Relator): O Banco-recorrente interpôs agravo de instrumento, nos autos de falência, contra parte de decisão do Juiz que, acolhendo pedido do Ministério Público, e com fundamento no art. 40 e parágrafos, da Lei de Falências, declarou ineficaz a transação “firmada entre o Banco Safra S/A e Safra Seguros S/A com a falida, nos termos do instrumento particular de transação de fls. 1.144/1.146, no qual se procurou *prevenir eventual litígio* sobre eventuais irregularidades de lançamentos efetuados na conta-corrente da falida SR Veículos Especiais”. Em sua parte final, a decisão determinou que o Banco-agravante depositasse R\$ 1.200.000,00, no prazo de dez dias. O Tribunal de Justiça de São Paulo proveu, em parte, o recurso porque entendeu que “não se pode compelir o Agravante a depositar novamente a importância que pagou sem lhe conferir o direito de defesa, e com observância de um contraditório regular”, repelindo a parte relativa à nulidade da transação. O fundamento do acórdão recorrido é que a transação “realmente foi ineficaz, porque após a decretação da falência, quando esta processualmente se encontrava suspensa, mas com retroação **ex tunc** quando negou-se provimento ao recurso”.

Segundo o Banco-agravante, houve o deferimento da concordata em 10.4.1996, seguindo-se a decretação da falência, em 25.7.1996. Logo em agosto houve a suspensão da falência com o prosseguimento da concordata. Nesse tempo, veio a transação, em 19.9.1996, sendo a falência restabelecida em 25.2.1997, quando improvido agravo de instrumento sobre a matéria. Para o especial, a decisão recorrida pretende que o julgado proferido no agravo de instrumento tenha o condão de retrotrair os seus efeitos de tal modo que a transação seria alcançada pela falência, apagando a decisão que concedeu efeito suspensivo ao recurso e, assim, restabeleceu a concordata. Argumenta o Banco que a decisão que decretou a falência foi combatida com agravo de instrumento, que mereceu deferimento de efeito suspensivo pelo Relator, com o que a decisão que decretou a falência ficou suspensa. Feita transação nesse período, não estava a empresa sob o regime falimentar.

Na verdade, a questão jurídica que está sendo examinada tem a ver, primeiramente, com a natureza do efeito suspensivo no agravo de instrumento deferido pelo Relator.

José Carlos Barbosa Moreira afirma que se o agravo não for conhecido ou “se lhe houver negado provimento, cessa a suspensão, mas com efeito oposito: torna-se exequível a medida que se decretara na decisão agravada, sem bem que contra o acórdão possa ainda caber recurso extraordinário ou especial, despojados ambos de efeito suspensivo. A cessação produz-se **ipso iure**, independentemente de pronunciamento expreso do órgão **ad quem**” (Comentários ao Código de Processo Civil, Forense, Rio, 7^a ed., 1998, p. 648).

Ora, o que ocorre é que o Relator pode deferir o efeito suspensivo, considerando as circunstâncias do art. 558 do Código de Processo Civil, mantendo a situação processual anterior ao despacho que a modificou. Se a empresa estava sob o regime da concordata e foi decretada a falência, atacada a decretação por agravo com efeito suspensivo, enquanto perdurou a suspensividade, o regime da empresa era o da concordata, não o da falência. Os atos praticados durante o período de suspensão não podem ser anulados sob o argumento de que estava sob regime diverso, impeditivo, alcançado o ato pelo efeito retroativo da decisão que improveu o agravo.

Se o fundamento para assim decidir é a provisoriedade do despacho que defere a liminar, evidentemente que perde ele a sua eficácia legal. A lei não desejou criar provisoriedade excepcional atingida como um raio pela decisão final. Seria admitir que a lei concedeu efeito com uma mão e retirou com a outra, de nada adiantando o provimento judicial. Concedido efeito suspensivo ao agravo, o que se suspende é a decisão monocrática. A consequência da suspensão é uma só: a situação jurídica definida pela decisão do

Juiz fica na dependência do julgado do Tribunal. Desse modo, no caso, durante o tempo em que esteve hígido o despacho deferindo efeito suspensivo ao agravo, a empresa não estava ainda sob o regime falimentar, mas, sim, sob o regime da concordata, podendo, portanto, praticar os atos a ele correspondentes. Na minha compreensão, o que o acórdão recorrido quis foi dar ao efeito suspensivo do agravo uma característica que a lei não deu. E, a meu sentir, os artigos 527, II; e 558 do Código de Processo Civil não autorizam a retroatividade imposta pelo acórdão recorrido.

Há uma questão, que não foi objeto do acórdão recorrido, mas que merece relevada. É que no regime falimentar, a decretação da quebra tem como consequência a fixação do termo legal, que não pode ser superior a 60 (sessenta) dias (art. 14, parágrafo único, III, da lei especial). Dir-se-á que a decretação da quebra traz insito um efeito retroativo, com o que poder-se-ia considerar que a transação assinada estaria dentro de tal período. Ocorre que, no caso, o fundamento do acórdão recorrido deixa claro que somente desde o momento da abertura da falência ou da decretação do seqüestro é que o devedor perde o direito de administrar os seus bens e deles dispor, não podendo praticar qualquer ato “que se refira, direta ou indiretamente, aos bens, interesses, direitos e obrigações compreendidos na falência, sob pena de nulidade, que o juiz pronunciará de ofício independente de prova de prejuízo”. A decretação da quebra foi suspensa, com o que não se deu a abertura da falência nem o seqüestro, não sendo possível, a meu sentir, desde logo, transmudar o concordatário em falido e anular os atos que praticou sob a cobertura de uma decisão judicial, conquanto provisória.

Essas razões afastam o óbice posto pelo acórdão recorrido. De fato, se a decisão monocrática estava suspensa quando foi realizada a transação, é evidente que não houve participação de falido, a provocar a incidência dos artigos 38 e 40 e seu § 1^o, da Lei de Falências.

Desse modo, está afastado o obstáculo para a validade da transação, com o que merece provido o recurso especial.

RECURSO ESPECIAL N. 226.432 – MG

(Registro n. 99.0714946-6)

Relator: Ministro Carlos Alberto Menezes Direito

Relatora p/ acórdão: Ministra Nancy Andrighi
Recorrente: CR Indústria e Comércio Ltda
Advogados: Maurício Prado Ferreira e outros
Recorrida: Companhia Real de Arrendamento Mercantil
Advogados: Leopoldo Souza Lima Mattos de Paiva e outros

EMENTA: Civil – Arrendamento mercantil – *Leasing* financeiro – Ação de revisão contratual ajuizada pelo arrendatário – Conexão com ação de reintegração de posse ajuizada pelo arrendante – Descaracterização do contrato pelo pagamento antecipado do valor residual garantido – Compra e venda a prestações – Art. 11, § 1^o, da Lei n. 6.099/1974 – Impossibilidade jurídica do pedido de reintegração – Ausência de limitação de juros de 12% a.a. – Legalidade dos juros contratuais pactuados.

I – A antecipação do VRG ou o adiantamento “da parcela paga a título de preço de aquisição” faz infletir sobre o contrato o disposto no § 1^o do art. 11 da Lei n. 6.099/1974, operando demudação, **ope legis**, no contrato de arrendamento mercantil para uma operação comum de compra e venda à prestação. Há o desaparecimento da figura da promessa unilateral de venda e da respectiva opção, porque imposta a obrigação de compra desde o início da execução do contrato ao arrendatário.

II – A ausência da justa causa para expedição de mandado de reintegração de posse é a abusividade da cláusula – e que pode ser objeto de controle judicial **ex officio** – que faculta a opção da aquisição do bem “tendo a arrendatária cumprido todas as suas obrigações”, se o valor residual – com valor e vencimento já discriminados no frontispício do contrato padrão –, é exigido desde o início da sua execução, e não só no momento da opção. Se esta opção é pré-definida pelas partes, pelo pagamento antecipado e continuado do VRG, não há mais que se falar em trílice opção (adquirir os bens mediante o pagamento do Valor Residual corrigido; renovar o arrendamento pelo prazo e condições que as partes ajustarem, tendo como base o Valor Residual corrigido; restituir os bens à arrendante com o pagamento do valor residual corrigido).

III – As sociedades de arrendamento mercantil, que são equiparadas às instituições financeiras, podem, nos contratos de *leasing*

financeiro, estabelecer juros contratuais sem adstrição aos termos do Decreto n. 22.626/1933 (limitação percentual de 12% a.a.).

Inteligência da Súmula n. 596-STF.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas constantes dos autos, por maioria, conhecer do recurso especial e dar-lhe provimento. Votaram com a Sra. Ministra Nancy Andrighi os Srs. Ministros Antônio de Pádua Ribeiro e Waldemar Zveiter. Votaram vencidos os Srs. Ministros Relator e Ari Pargendler.

Brasília-DF, 14 de novembro de 2000 (data do julgamento).

Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, Presidente.

Ministra Nancy Andrighi, Relatora p/ acórdão.

Publicado no DJ de 5.3.2001.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito: CR Indústria e Comércio Ltda interpõe recurso especial, com base na alínea a do permissivo constitucional, contra acórdão da Primeira Câmara Civil do Tribunal de Alçada Civil do Estado de Minas Gerais, assim ementado:

“Arrendamento mercantil. Antecipação de pagamento da parcela residual. Conversão do *leasing* para compra e venda do bem. Inadmissibilidade. Purga de mora.

– Inexiste conversão do arrendamento mercantil para compra e venda do bem arrendado face à antecipação do pagamento da parcela residual contratada, por tratar-se de mera irregularidade, capaz, entretanto, de ensejar ilícito fiscal, atribuível ao arrendatário, nos termos da Lei n. 6.099/1974.

– Não há de se deferir purga de mora nos contratos de arrendamento mercantil – instituto que se regula pelas normas dos contratos em geral, por faltar-lhe previsão para tanto, quando tal benefício não se especializa contratualmente.” (fl. 142).

Aduz, a Recorrente, dissídio jurisprudencial, trazendo à colação julgado do Tribunal de Alçada do Estado do Rio Grande do Sul, do Tribunal de Justiça do Paraná e do Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo, demonstrando que fica descaracterizado o contrato de arrendamento para compra e venda, se antecipado o valor residual garantido, e que é possível purgar a mora no *leasing*.

Contra-arrazoado (fls. 174 a 177), o recurso especial foi admitido (fls. 179/180).

É o relatório.

VOTO-VENCIDO

O Sr. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito (Relator): A Empresa-recorrida ajuizou ação de reintegração de posse, unido com a contestação o pedido reconvenicional de perdas e danos. A sentença julgou procedente a possessória e improcedente a reconvenção. O Tribunal de Alçada de Minas Gerais negou provimento ao apelo, afastando a descaracterização do contrato e a possibilidade de purga de mora nos contratos de arrendamento mercantil.

A Recorrente, em relação ao contrato de *leasing*, argumenta estar caracterizada compra e venda ante o pagamento antecipado do Valor Residual Garantido (VRG) e que é possível a purgação da mora.

O dissídio jurisprudencial está comprovado.

Concluída esta exposição, passo ao exame das matérias.

O eminente Ministro **Cláudio Santos**, que já abrilhantou esta Terceira Turma, define e traz diversas opiniões sobre o conceito de *leasing* assim, **verbis**:

“(…)

Basicamente, no contrato de *leasing*, alguém titular da propriedade plena de uma coisa, móvel ou imóvel, cede a outrem, pessoa jurídica ou natural, o uso do bem, mediante a transferência de sua posse direta, que assim poderá utilizar-se dele ou explorá-lo economicamente, sendo assegurada ao final do prazo do contrato a simples devolução da coisa, a renovação do contrato ou a sua aquisição pelo preço residual avençado, tudo contra o pagamento periódico ou simplesmente mensal de valor fixado no contrato.

Disse antes cuidar-se de contrato de natureza híbrida e, efetivamente, vê-se no *leasing* uma aparência de locação, uma aparência de compra e venda à prestação, uma clara faculdade de utilização da coisa e uma nítida promessa unilateral de compra e venda. Não é só. Na modalidade mais importante economicamente, vê-se também um financiamento, porquanto nem sempre a coisa é disponível no mercado para ter seu uso cedido; muitas vezes é ela solicitada pelo arrendatário ao arrendador que a compra para arrendar ao pretendente e, assim, proporcionar-lhe a aquisição futura. Essa pluralidade de relações jurídicas leva a doutrina a conceituar o contrato de arrendamento mercantil como um negócio complexo, com a predominância do contrato de locação, muito embora sua concretização traduza um verdadeiro financiamento.

Fábio Konder Comparato, em seu conhecido estudo denominado Contrato de *Leasing*, publicado na RT 389, de 1968, diz que o *leasing*, ‘propriamente dito, não obstante a pluralidade de relações obrigacionais típicas que o compõem, apresenta-se funcionalmente uno: a ‘causa’ do negócio é sempre o financiamento de investimentos produtivos’. Todavia, logo em seguida, com respeito às relações obrigacionais faz a seguinte afirmação: ‘Sem dúvida, dentre as relações obrigacionais típicas que compõem o *leasing* predomina a figura da locação de coisa. Mas a existência de uma promessa unilateral de venda por parte da instituição financeira serve para extremá-lo não só da locação comum, como na venda a crédito.’

Para o Mestre **Arnoldo Wald**, em trabalho também pioneiro, cogita-se de um contrato pelo qual uma empresa ‘desejando utilizar determinado equipamento, ou um certo imóvel, consegue que uma instituição financeira adquira o referido bem, alugando-o ao interessado por prazo certo, admitindo-se que, terminado o prazo locativo, o locatário possa optar entre a devolução do bem, a renovação da locação, ou a compra pelo preço residual fixado no momento inicial do contrato’. Acentua, ainda, que o arrendamento mercantil é uma ‘fórmula intermediária entre a compra e venda e a locação, exercendo função parecida com a da venda com reserva de domínio e com a alienação fiduciária, ...’ (RT 415, de 1970).

O advogado **Luiz Mélega**, em livro com o título de *O Leasing e o Sistema Tributário Nacional* (SP, Co-edição IBDT e Ed. Saraiva, 1975) define o *leasing*, em sua forma ortodoxa, como um arrendamento, mas além de colacionar a opinião de vários juristas, dentre os quais,

o já citado **Fábio Konder Comparato**, **Benedito Garcia Hilário**, com opinião igual à sua, menciona **Sampaio de Lacerda**, que considera o *leasing* uma típica operação financeira, **Philomeno Costa** e **Thomas Benes Felsberg**, para os quais o *leasing* não é uma operação financeira, mas uma operação comercial, onde o elemento financeiro é preponderante.

O Prof. **Fran Martins** considera complexa a natureza jurídica do arrendamento mercantil, ‘compreendendo uma locação, uma promessa unilateral de venda (em virtude de dar o arrendador opção de aquisição do bem pelo arrendatário) e, às vezes, um mandato, quando é o próprio arrendatário quem trata com o vendedor na escolha do bem’. (Contrato e Obrigações Comerciais, 2ª ed., Rio, Forense, 1990, p. 547). (A referência ao mandato é influência da doutrina francesa que identifica esse contrato nas relações entre empresa-arrendatária e sociedade financeira arrendadora, quando a aquisição do material é feita segundo a necessidade da primeira, atuando esta como mandatária do adquirente inicial do bem).

A lei brasileira (Lei n. 6.099/1974, alterada pela Lei n. 7.132/1985) assim define o *leasing* financeiro ou arrendamento mercantil: ‘considera-se arrendamento mercantil, para efeitos desta lei, o negócio jurídico realizado entre pessoa jurídica, na qualidade de arrendadora, e pessoa física ou jurídica, na qualidade de arrendatária, e que tenha por objeto o arrendamento de bens adquiridos pela arrendadora, segundo especificações da arrendatária e para uso próprio desta’.

Arnaldo Rizzardo, a comentar o dispositivo reproduzido, observa: ‘Não se trata de uma simples locação com promessa de venda, como à primeira vista pode parecer. Mas cuida-se de uma locação com uma consignação de promessa de compra, trazendo, porém, um elemento novo, que é o financiamento, numa operação específica que consiste na simbiose da locação, do financiamento e da venda. Em suma, é a figura em exame uma alternativa de financiamento para aquisição de qualquer tipo de veículo, máquina ou equipamento de fabricação nacional ou estrangeira, novo ou usado, incluindo, também, financiamento de imóveis’.” (*Leasing – Questões Controvertidas*, Revista Jurídica, ano XLIV, n. 223, maio de 1996, p.p. 6/7).

Com efeito, mediante o contrato de *leasing*, o dono de determinado bem cede o uso deste a terceiro, que pagará prestações e, ao final, poderá exercer

o direito de compra. Há, então, um contrato dentro do qual inserem-se vários tipos de relações contratuais, a saber: locação, promessa unilateral de venda e financiamento.

Estando presente uma simples promessa unilateral de venda, o arrendatário poderá, ou não, comprar o bem ao final do prazo contratado. É um direito de opção presente em qualquer tipo de *leasing*. A propósito, o eminente Ministro **José Augusto Delgado**, citando **Celso Benjó**, distingue o *leasing* operacional do financeiro assim, **verbis**:

“(…)

Na visão de **Celso Benjó**, contudo, o conceito de *leasing* há de ser firmado com vistas aos dois principais tipos existentes: o *leasing* financeiro, e o operacional.

O *leasing* operacional para o mencionado autor ‘consiste no contrato pelo qual uma das partes se obriga a proporcionar à outra o uso e gozo temporário de determinado bem e a mantê-lo em perfeito estado de funcionamento, por um período menor do que sua vida economicamente útil, mediante uma contraprestação, em geral, inferior à que seria necessária para uma completa amortização do preço da coisa locada. Teria, em consequência, conforme enumera e analisa, as seguintes características:

- a) uma locação com prestação de serviço;
- b) bens standardizados e a especialização das locadoras;
- c) curto prazo e obsolescência incidindo na pessoa do locador;
- d) caráter de *nonpayout lease* e a necessidade de várias locações;
- e) não-obrigatoriedade da opção de compra;
- f) o desdobramento da posse e a tradição da coisa;
- g) inexistência de regulamentação específica desta modalidade de *leasing* no Brasil.

O *leasing* financeiro, registra **Celso Benjó**, consiste ‘no negócio jurídico bilateral pelo qual uma das partes, necessitando utilizar um determinado bem, procura uma instituição financeira para que promova a compra do mesmo para si e, posteriormente, lhe entregue em locação, mediante uma remuneração periódica, em geral, no seu somatório, superior a seu preço de aquisição. Ao final do prazo contratual, via de

regra, surgem três opções para o locatário: a de tornar-se proprietário mediante o pagamento de uma quantia, a de renovar a locação por um valor inferior ao primeiro período locativo ou a devolver a coisa locada.’

Os caracteres do *leasing* financeiro são, segundo o autor supra, os seguintes:

- a) a participação de três sujeitos no contrato;
- b) a escolha do material e a inexistência de mandato;
- c) operação realizada de médio a longo prazo;
- d) caráter de *full payout lease*;
- e) a irrevogabilidade contratual;
- f) o risco da obsolescência é do locatário;
- g) caráter de *net lease*;
- h) a tríplice opção (aquisição do bem, a título oneroso; a de renovação do contrato e a de devolução do bem locado);
- i) a opção de compra;
- j) a renovação do *leasing*;
- l) a devolução da coisa locada;
- m) a legislação específica no Direito pátrio.” (*Leasing, Doutrina e Jurisprudência*, Juruá Editora, 1977, p.p. 54 a 58).

Enfim, não há obrigação de compra, mas, apenas, uma opção, consoante dispõe a Lei n. 6.099/1974 (alterada pela Lei n. 7.132/1985), no seu art. 5º, alínea c.

O exercício da compra e venda, por sua vez, deve obedecer às regras da própria Lei n. 6.099/1974, pena de ser considerada uma operação de compra e venda. É o que dispõe o § 1º do art. 11 da referida lei, **verbis**:

“Art. 11

§ 1º – A aquisição pelo arrendatário de bens arrendados em desacordo com as disposições desta lei será considerada operação de compra e venda à prestação.”

O valor residual, segundo define a Portaria n. 564/1978-MF, inciso 2, é “o preço contratual estipulado para o exercício da opção de compra ou

valor contratualmente garantido pela arrendatária como mínimo que será recebido pela arrendadora na venda a terceiros do bem arrendado, na hipótese de não ser exercida a opção de compra”.

O contrato, então, encontra-se em perfeita consonância com a Portaria n. 564/1978-MF, inciso 2. Basta agora, perquirir sobre os efeitos do recebimento antecipado do Valor Residual Garantido (VRG) sobre a natureza do *leasing*.

O recolhimento do VRG ao longo do contrato, entendo, não obriga o arrendatário a adquirir o bem. Findo o prazo do *leasing*, poderá o arrendatário não se manifestar favoravelmente à opção de compra, direito que lhe assiste, a teor da Lei n. 6.099/1974, art. 5^a, alínea c. Quanto às importâncias adiantadas a título de Valor Residual Garantido, equiparado ao valor da opção de compra, deverá o arrendatário entrar em acerto com a instituição financeira segundo as normas legais pertinentes e o contrato acaso decida não optar pela compra do bem.

Nem se diga que o arrendatário, na hipótese de adiantamento do VRG, sofra prejuízo irreparável. Ao final do contrato, mesmo que não seja efetuado o referido adiantamento, deverá pagar à arrendadora a diferença entre o VRG e o valor obtido da venda do bem a terceiros, quando este for inferior àquela. Optando, entretanto, pela compra, já terá quitado a importância necessária, não precisando desembolsar qualquer valor.

Não há no caso presente, por outro lado, infringência a qualquer regra da Lei n. 6.099/1974, que não veda, expressamente, o recebimento antecipado do valor da opção de compra, assim, esse fato, por si só, não caracteriza a operação de compra e venda, não incidindo o § 1^o do art. 11 do diploma legal mencionado.

Com efeito, o contrato firmado tem a natureza legal de *leasing* e não de compra e venda, já que a antecipação do VRG não afeta a intenção das partes e a definição legal do *leasing*.

No tocante à purgação da mora, já decidiu esta Corte ser possível em contrato de *leasing* (REsp n. 6.696-SP, Terceira Turma, Relator o Sr. Ministro Dias Trindade, DJ de 22.4.1991; REsp n. 9.219-MG, Quarta Turma, Relator o Sr. Ministro Athos Carneiro, DJ de 23.9.1991). Entretanto, a Recorrente, na contestação, alegou que havia contratado, apenas, 24 prestações mensais e não 36 prestações, vindo a requerer a purgação nos seguintes termos, **verbis**:

“Assim pede a Ré, caso a Autora apresente o preâmbulo do contrato que por ela vistado, onde está consignado que o arrendamento foi feito por 24 meses e não 36, que lhe seja permitida a purga da mora, das cinco prestações restantes, devendo ser elaborada a conta para pagamento em 10 dias, de acordo com o § 3º do art. 5º do Decreto-Lei n. 911.” (fl. 43).

A Autora, ora recorrida, em seguida, alegou que o contrato de fl. 7 não possui qualquer irregularidade, fixadas em 36 o número de prestações (fls. 56/57), e o Juízo de Direito, na sentença decidiu:

“(…)

Noutro passo, afirma a R. que não teria assinado o contrato de fls. 7/12. Especificamente, informa que não lançou sua assinatura no preâmbulo do contrato de fl. 7, portanto, aquele contrato seria inválido.

Ora, nenhuma prova se fez a respeito para desvirtuar aquele documento, sendo certo que, nas demais folhas existe a assinatura do representante legal da R., que, inclusive rubricou-as, exceto aquela de fl. 7, que, entretanto não desvirtua o contrato.

Não bastasse a ausência de provas quanto à possível nulidade do contrato, causa estranheza a alegada nulidade, vez que, a R. vinha cumprindo fielmente o que combinou, chegando mesmo a requerer a purgação de mora, o que não deixa de ser contraditório.

Observe que o contrato foi devidamente registrado no Cartório de Registro de Títulos e Documentos (n. 534.798), e o prazo e condições ali ajustados, hão de ser cumpridas.” (fl. 113).

O Juízo de Direito, então, apreciando os aspectos fáticos da causa, considerou como não comprovada a irregularidade do contrato juntado aos autos, com o que, entendendo, ficou prejudicado o pedido de purgação da mora, condicionada, pela Ré, ao reconhecimento de que foram contratadas tão-somente 24 prestações mensais.

O acórdão recorrido, por outro lado, não cuidou da condição apresentada pela Ré, na contestação, restando omissis, igualmente, o recurso especial, o que obsta a sua passagem.

Não bastasse isso, para permitir a purgação da mora na forma pleiteada, indispensável seria reconhecer, primeiramente, que o contrato estabelece

24 prestações mensais, esbarrando a pretensão recursal na vedação das Súmulas n. 5 e 7-STJ, já que ter-se-ia que reexaminar o contrato juntado aos autos e eventuais provas quanto à sua irregularidade.

Ante o exposto, conheço do recurso especial, mas nego-lhe provimento.

VOTO-VOGAL

A Sra. Ministra Nancy Andrighi: Cuida-se de recurso especial interposto com fulcro na alínea c do permissivo constitucional, em face de v. acórdão que teve por cabível a ação de reintegração de posse de bem objeto de contrato de arrendamento mercantil, com cobrança antecipada de VRG.

De primeira ordem, cabe situar-se acerca da natureza contratual do pacto de *leasing*, nas hipóteses de o arrendatário pagar o “valor residual garantido – VRG” antecipadamente, passando o respectivo valor a integrar a prestação mensal. A questão foi amplamente debatida pelas Turmas de Direito Privado desta Corte, pacificado o entendimento na egrégia Quarta Turma que este modo de proceder gera a demudação do contrato de *leasing*. Entre nós, integrantes da Terceira Turma, o julgamento ainda não está pacificado.

A doutrina é unânime em afirmar que o contrato que pactua *leasing* tem aparência miscigenada de contrato de locação, compra e venda e financiamento (para alguns, também haveria um “mandato”), mas que consiste, efetivamente “no negócio jurídico bilateral pelo qual uma das partes, necessitando utilizar um determinado bem, procura uma instituição financeira para que promova a compra do mesmo para si e, posteriormente, lhe entregue em locação, mediante uma remuneração periódica, em geral, no seu somatório, superior ao seu preço de aquisição. Ao final do prazo contratual, via de regra, surgem três opções para o locatário: a de tornar-se proprietário mediante o pagamento de uma quantia, a de renovar a locação por um valor inferior ao primeiro período locativo ou a de devolver a coisa locada¹”.

Os contratos de arrendamento mercantil, além dos requisitos comuns a todos os contratos devem conter, de acordo com o disposto no art. 5º, alínea c, da Lei n. 6.099/1974, dentre outros requisitos específicos, a “opção de compra ou renovação de contrato, como faculdade do arrendatário”, de substancial importância, porque é a cláusula que o diferencia de outros

1. Celso Benjó. O *Leasing* na Sistemática Jurídica Nacional e Internacional. Revista Forense, abril/junho – 1981, p. 15.

contratos e o caracteriza como contrato de arrendamento mercantil. Para completar este raciocínio deve-se acrescentar a inteligência do disposto no § 1º do art. 11, o qual define como simples operação de compra e venda a prestação, toda vez que o arrendatário formalizar contrato em desacordo com as exigências estabelecidas na referida lei.

Com fundamento nessas disposições legais, forçoso é concluir que o pagamento adiantado “da parcela paga a título de preço de aquisição” (art. 11, § 2º, da Lei n. 6.099/1974), seja sob a rubrica equivocada de “valor residual garantido²”, ou como “valor residual³”, retira do contrato de arrendamento mercantil a sua principal característica, que é a opção de compra.

Cobrar precipitadamente o “VRG” retira do arrendatário a possibilidade de decidir pela compra ou não do bem arrendado, passando a ser a aquisição um fato impositivo, porque esse procedimento da arrendadora gera uma única conseqüência ao final do contrato, qual seja, o arrendatário, obrigatoriamente, terá que adquirir o bem arrendado, considerando que o pagou integralmente. Portanto, é subtraída a opção de adquirir ou não o bem arrendado, ou – em outra hipótese remota de o arrendatário não querer adquirir o bem arrendado – é submetido ao pagamento de uma prestação pecuniária onerada, principalmente na eventualidade de ocorrer a mora ou mesmo em caso de inadimplemento.

Há que se insistir na interpretação sistemática da Lei n. 6.099/1974, sempre no sentido de privilegiar a idéia de harmonia no ordenamento jurídico, para permitir a ilação de que o § 1º do art. 11 apregoa a descaracterização do contrato de arrendamento mercantil em contrato de compra e venda a prestações, quando fracionado o valor residual garantido em forma de prestações periódicas de vencimento mensal.

Muito embora, a Lei n. 6.099/1974, na sua ementa, afirme que “Dispõe sobre o tratamento tributário das operações de arrendamento mercantil, e dá outras providências” veicula no seu contexto norma de natureza civil, com previsão de cláusulas contratuais obrigatórias (art. 5º), e cominação por descumprimento dos fins da lei (art. 11, § 1º), que pode ser trazida no âmbito das relações entre particulares, sem interesse direto do Estado.

2. “valor contratualmente garantido pela arrendatária como mínimo que será recebido pela arrendadora na venda a terceiros do bem arrendado na hipótese de não ser exercida a opção de compra”.

3. “preço para opção de compra ou critério para sua fixação, quando for estipulada esta cláusula” – art. 5º, d, da Lei n. 6.099/1974.

Para **Antônio Carlos Efig**⁴:

“A legislação que trata especificamente do *leasing*, prevê diversas situações em que ocorre a desnaturação do arrendamento mercantil e caracterização de compra e venda. Uma destas situações é justamente o pagamento do valor residual ou a realização da opção de compra dos bens antes de terminado o prazo contratual ajustado. É o que prescreve o art. 11, § 1º, da Lei n. 6.099/1974: ... No mesmo sentido dispõe o art. 11 da Resolução n. 980 do Bacen: ...

Também de forma idêntica é a previsão da Resolução n. 351/1975 do Conselho Monetário Nacional, que, em seu art. 10, parágrafo único, prescreve: ‘A operação será considerada de compra e venda à prestação, se a opção de compra for exercida em desacordo com o disposto neste artigo, ou seja, antes do término da vigência do contrato de arrendamento’.

Não importa a forma ou nome que se dê para amparar a cobrança antecipada de qualquer valor relativo à aquisição (opção de compra) dos bens arrendados – em todos os casos estar-se-á desvirtuando o arrendamento mercantil e caracterizando a operação como simples compra e venda financiada.”

A Portaria n. 3, de 19.3.1999, da Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça, em aditamento ao rol de cláusulas abusivas, relativas ao fornecimento de produtos e serviços, do art. 51 do CDC, dispôs, no seu item 15, quanto à abusividade da exigência de pagamento antecipado do VRG:

“15. Estabeçam, em contrato de arrendamento mercantil (*leasing*) a exigência do pagamento antecipado do Valor Residual Garantido (VRG), sem previsão de devolução desse montante, corrigido monetariamente, se não exercida a opção de compra do bem.”

Dessume-se, alicerçada nos argumentos acima expostos, que a cobrança precipitada do valor residual garantido faz infletir sobre o contrato o disposto no § 1º do art. 11 da Lei n. 6.099/1974, operando transmutação,

4. **Efig, Antônio Carlos**. Contratos e Procedimentos Bancários à Luz do Código de Defesa do Consumidor, 1ª edição, São Paulo, RT, p. 127.

ope legis, no contrato de arrendamento mercantil para uma operação comum de compra e venda à prestação.

Confirmam a dicção legal os arts. 10 e 6^o, I, da Resolução n. 2.309/Bacen, este último que determina a limitação do total dos pagamentos, pela disponibilização do objeto do arrendamento mercantil, a 75% (setenta e cinco por cento) do custo do bem arrendado, ou seja, o pagamento integral do custo do bem arrendado, com o valor residual diluído nas prestações mensais, implica em compra e venda pelo valor total do bem.

A ausência da justa causa para expedição de mandado de reintegração de posse é a abusividade da cláusula – e que pode ser objeto de controle judicial **ex officio** – que faculta a opção da aquisição do bem “tendo a arrendatária cumprido todas as suas obrigações”, se o valor residual – com valor e vencimento já discriminados no frontispício do contrato padrão –, é exigido desde o início da sua execução, e não só no momento da opção. Se esta opção é pré-definida pelas partes, pelo pagamento antecipado e continuado do VRG, não há mais que se falar em tríplice opção⁵ que já foi exercida.

Embora não se possa exigir a transferência de propriedade do bem, de imediato – pela aquiescência do arrendatário no pagamento do VRG incorporado ao valor da prestação mensal, porque também o arrendatário não adimpliu totalmente sua obrigação –, não é certo que, já exteriorizada a vontade na aquisição do bem, com o consentimento da instituição financeira, possam ser, legitimamente manejados os interditos proibitórios, sob o aval do Poder Judiciário, espoliando o arrendatário de um bem que, na maioria das vezes, está vinculado às suas atividades comerciais.

Está autorizado o magistrado, no exame das condições específicas da ação de reintegração de posse – ao reconhecer a caducidade de cláusula que posterga a opção de compra do bem, quando já exercida essa por meio de pagamento fracionado e continuado de VRG –, extinguir o processo sem exame de mérito, uma vez que a demissão da posse do arrendante ocorrerá por ato próprio e espontâneo com a instrumentalização da opção antecipada de compra do bem, e não por ato do arrendatário, que não se torna esbulhador pela inadimplência parcial, de compra e venda a prestações.

5. “(a) Adquirir os bens mediante o pagamento do Valor Residual corrigido.

(b) Renovar o Arrendamento pelo prazo e condições que as partes ajustarem, tendo como base o Valor Residual corrigido;

(c) Restituir os bens à Arrendante com o pagamento do Valor Residual corrigido.”

Forte nestas razões, *dou provimento* ao recurso, para extinguir a ação de reintegração de posse sem julgamento de mérito, com espeque no art. 267, VI, do CPC, por impossibilidade jurídica do pedido. Arcará a Autora com custas processuais e honorários advocatícios fixados em R\$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais), observado o grau de zelo profissional, e a simplicidade da causa.

É o voto.

VOTO-VENCIDO

O Sr. Ministro Ari Pargendler: Sr. Presidente, **data venia**, fico vencido.

RECURSO ESPECIAL N. 235.644 – SP

(Registro n. 99.0096529-9)

Relator: Ministro Waldemar Zveiter
Recorrente: Clune Peças Agroindustriais Ltda
Advogados: Alexandre Nassar Lopes e outro
Recorrida: Regiane dos Santos Alves
Advogado: Lindomar Sachetto Corrêa Alves

EMENTA: Processual Civil – Nomeação à autoria – Ofensa ao artigo 67 do CPC.

I – Não há no artigo 67 do CPC qualquer ressalva quanto à hipótese de ter a parte, quando da nomeação à autoria, apresentado peça de defesa, devendo, portanto, este dispositivo ser aplicado mesmo que já tenha sido apresentada contestação. Isso porque, após o indeferimento do pedido, constata-se nova situação jurídica para o nomeante que a partir daí será considerado, efetivamente, parte legítima no processo. Ofender-se-ia a ampla defesa e o contraditório se ficasse a parte, diante da confirmação de sua legitimidade **ad causam**, impedida de apresentar resposta.

II – Recurso especial conhecido e provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do recurso especial e dar-lhe provimento. Participaram do julgamento os Srs. Ministros Ari Pargendler e Carlos Alberto Menezes Direito. Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Antônio de Pádua Ribeiro e Nancy Andrighi.

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

Ministro Ari Pargendler, Presidente.

Ministro Waldemar Zveiter, Relator.

Publicado no DJ de 9.4.2001.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Waldemar Zveiter: Promoveu a recorrente – Clune Peças Agroindustriais Ltda, nos autos de ação de indenização por ato ilícito que lhe promove Regiane dos Santos Alves, nomeação à autoria, cujo pedido foi indeferido pelo Juiz monocrático, sem a reabertura de novo prazo para contestação.

Interposto agravo de instrumento, foi o mesmo desprovido pela Nona Câmara do egrégio 2º Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo, em aresto assim ementado:

“Indeferida a nomeação à autoria, desnecessário se faz reabrir novo prazo ao Réu para contestar se ele, concomitantemente à nomeação, também apresenta peça contestatória.” (fl. 20).

Opostos embargos declaratórios, foram rejeitados (fls. 36/37).

Ainda inconformada, aviou a Nomeante recurso especial, com fulcro na alínea a do permissivo constitucional, aduzindo ofensa ao artigo 67 do CPC.

Com contra-razões (fls. 49/53), o recurso foi inadmitido (fl. 54), apresentando a Recorrente agravo de instrumento, ao qual neguei seguimento à fl. 69.

Em face das razões de fls. 71/84, reconsiderarei a decisão e determinei a autuação do feito como recurso especial (fl. 86).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Waldemar Zveiter (Relator): Assim dispõe o artigo 67 do Código de Processo Civil: “quando o autor recusar o nomeado, ou quando este negar a qualidade que lhe é atribuída, assinar-se-á ao nomeante novo prazo para contestar.”

Verifica-se que o legislador não fez qualquer ressalva quanto à hipótese de ter a parte, quando da nomeação à autoria, apresentado peça de defesa, devendo, portanto, este dispositivo ser aplicado mesmo que já tenha sido apresentada contestação. Isso porque, após o indeferimento do pedido, cria-se nova situação jurídica para o nomeante, que a partir daí será considerado, efetivamente, parte legítima no processo. Ofender-se-ia a ampla defesa e o contraditório se ficasse a parte, diante da confirmação de sua legitimidade **ad causam**, impedida de apresentar resposta.

Até porque, como bem explicita a ora recorrente, diante da nova situação, pode levantar, como preliminar, sua ilegitimidade passiva **ad causam** ou denunciar terceira pessoa à lide, o que antes não era possível fazer, em virtude da nomeação requerida.

Bem transcritos, a propósito, os ensinamentos de **Pontes de Miranda** e **Arruda Alvim** na peça recursal, assim:

“... na hipótese de o nomeado não aceitar a qualidade que lhe seja atribuída, ou, ainda, quando o próprio autor recusar o nomeado (art. 67), ‘assinar-se-á ao nomeante novo prazo para contestar’, vale dizer, devolve-se-lhe totalmente o prazo, sob pena de nulidade... *Quando a lei, no art. 67, prescreve que será assinado ao nomeante ‘novo prazo para contestar’, devemos entender a expressão contestar como significativa de responder, pois, na realidade, o nomeante exercerá no processo, em sua integralidade, os poderes outorgados ao réu, que ele passa a ser, sendo-lhe lícito, curialmente, levantar como preliminar sua ilegitimidade passiva **ad causam**, arts. 301, III; e 267, VI*” (grifos nossos) (in *Manual de Direito Processual Civil*, Vol. II, 3ª ed., São Paulo, RT, p. 96)” (fl. 44).

.....

“... o prazo para contestação estava aberto quando houve a nomeação à autoria, de modo que deixou de ser feita a contestação. Não tendo ocorrido a entrada no processo do chamado à autoria, ficando na relação jurídica processual o demandado, tem o juiz de assinar ao nomeante novo prazo para contestar. *Tal prazo tem de ser dado mesmo*

se o demandado, no requerimento da nomeação à autoria já fizera as suas declarações contestativas, porque a indispensabilidade do novo prazo se reforça com os elementos a mais que advieram da atitude do nomeado e do próprio autor. Se o chamado nega sua qualidade, o demandado tem o novo prazo para a contestação e o chamado nada pode obviar as conseqüências da vitória do demandado, ou da perda” (in Comentários ao Código de Processo Civil, Rio de Janeiro, Forense, 1973, p. 109) (grifos nossos) (fl. 44).

Confira-se, a propósito, a jurisprudência desta Corte a respeito do tema:

“Nomeação à autoria. Indeferimento. Prazo para contestação.

Indeferida a nomeação à autoria, cumpria ao juiz assinar novo prazo ao nomeante para contestar, na forma do artigo 67 do CPC, não bastando a sua simples intimação do despacho de indeferimento.

Recurso conhecido e provido.” (REsp n. 33.071-7-RJ, DJ de 21.11.1994, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar).

“Nomeação à autoria. Recusa pelo autor. Aplicação do artigo 67 do CPC.

Recusada pelo autor a nomeação à autoria, deve ser assinado ao réu novo prazo para contestar. A incidência do artigo 67 do CPC não pode ser afastada, mesmo nos casos de nomeação requerida de modo temerário, porque alheia às hipóteses dos artigos 62 e 63 do mesmo código. A nomeação de má-fé acarreta, em tese, as conseqüências dos artigos 17 e 18 do CPC, mas não subtrai a parte o direito ao contraditório pleno, sob o devido processo legal.

Recurso especial conhecido e provido.” (REsp n. 32.605-RS, DJ de 2.8.1993, Rel. Min. Athos Carneiro).

Embora o procedimento adotado pela Recorrente de apresentar a peça contestatória concomitantemente ao pedido de nomeação não pode ser considerado de acordo com a melhor técnica processual, em virtude mesmo de tudo que alega em suas razões de recurso, não vejo como preclusa a oportunidade de sua apresentação, como entendeu o v. acórdão recorrido, porque o art. 67 do CPC só pode ser aplicado após o resultado da nomeação, indiferente às alegações feitas anteriormente.

Diante do exposto, conheço do recurso por ofensa ao artigo 67 do CPC e dou-lhe provimento para anular o feito, determinando nova intimação da Recorrente, sob pena de cerceamento de defesa.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 241.156 – DF

(Registro n. 99.0111326-1)

Relator: Ministro Antônio de Pádua Ribeiro
Recorrente: Cláudio Alves Pereira
Advogados: Waldemir Pinheiro Banja e outro
Recorrido: J. Câmara e Irmãos S/A
Advogados: Cícero Gomes Lage e outros

EMENTA: Processual Civil – Apelação – Deserção.

Encerrado o expediente bancário mais cedo do que o do protocolo do Foro, admite-se seja o prazo do preparo da apelação prorrogado para o dia subsequente. Precedentes.

Recurso conhecido e provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, em que são partes as acima indicadas, decide a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas anexas, por unanimidade, conhecer do recurso especial e dar-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Participaram do julgamento os Srs. Ministros Waldemar Zveiter, Ari Pargendler e Carlos Alberto Menezes Direito. Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Nancy Andrighi.

Brasília-DF, 23 de novembro de 2000 (data do julgamento).

Ministro Ari Pargendler, Presidente.

Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro: Cláudio Alves Pereira interpôs recurso especial pelas letras a e c do permissivo constitucional contra acórdão assim ementado:

“Apelação. Preparo posterior ao ato de interposição. Intempestividade. Deserção. Recurso adesivo. Prejudicialidade. Não-conhecimento.

1. O preparo deve ser comprovado no ato da interposição do recurso, consoante disposição do art. 511 do Código de Processo Civil (redação da Lei n. 8.950/1994), o que, se não atendido, enseja o reconhecimento da deserção, verificando-se o fenômeno da preclusão consumativa.

2. Verificada a deserção do recurso principal, consectário lógico é que o apelo adesivo segue-lhe a mesma sorte, ou seja, também não deve ser conhecido.

3. Recursos não conhecidos. Unânime.” (fl. 667).

Alega o Recorrente que o recurso de apelação foi interposto dentro do prazo legal, por petição recebida por despacho do juiz e protocolizada no cartório competente dentro do horário de expediente. Em razão de os bancos já estarem fechados, impedindo-o de efetuar o preparo, expôs a situação ao juiz que, constatando a tempestividade do recurso, despachou deferindo a comprovação do depósito no prazo de 24 horas, sob pena de deserção. Sustenta que o preparo foi feito como determinado.

Afirma que o acórdão recorrido, ao considerar deserto o seu recurso, negou vigência ao disposto nos arts. 172, § 3º; 183, § 1º; 184, § 1º, II, todos do CPC, além de estabelecer divergência jurisprudencial com decisão desta Corte.

Admitido o recurso, subiram os autos.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro (Relator): Há decisões desta Corte no sentido de que o Recorrente deve comprovar o preparo do recurso no ato de sua interposição, considerando deserto aquele preparado

após a interposição, ainda que dentro do prazo recursal. Veja-se, entre outros, acórdão da Corte Especial, proferido no REsp n. 105.669-RS, Relator o eminente Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, que restou assim ementado:

“Deserção. Prazo para o recolhimento das custas. Apelação cível.

1. A nova redação do artigo 511 do Código de Processo Civil é muito clara ao determinar que o Recorrente comprovará no ato de interposição do recurso o respectivo preparo. Concretamente, o recurso preparado após a interposição, ainda que dentro do prazo recursal, deve ser considerado deserto, eis que assim impõe a parte final do mesmo artigo.

2. Recurso especial conhecido pela alínea c, mas improvido” (DJ de 3.11.1997).

Contudo, estes autos apresentam uma peculiaridade. O Recorrente interpôs o recurso tempestivamente. Contudo, em razão do encerramento do expediente bancário mais cedo do que o do protocolo do Foro, não pôde efetuar o preparo. Expondo a situação ao juiz daquela Vara, foi-lhe concedido o prazo de 24 horas para comprovar o depósito (fl. 604), o que foi feito como determinado (fl. 618).

Assim, havendo justa causa, o prazo pode ser prorrogado para o dia subsequente. Vejam-se os seguintes acórdãos recentes, proferidos pela Quarta e Segunda Turmas deste Tribunal, cujas ementas estão assim redigidas, respectivamente:

“Processual Civil. Apelação. Expediente bancário. Encerramento antes do protocolo forense. Justo impedimento. Deserção afastada. CPC, arts. 511 e 519. Lei n. 8.950/1994.

I – Inobstante a exigência contida no art. 511 do CPC, na redação que lhe deu a Lei n. 8.950/1994, que o preparo da apelação seja comprovado no ato da sua interposição, a jurisprudência predominante no STJ inclinou-se por admitir a prorrogação do lapso temporal para o dia subsequente ao do término do prazo, quando o expediente bancário haja se encerrado antes do fechamento do protocolo forense.

II – Ressalva do ponto de vista do Relator.

III – Recurso especial conhecido e provido, para determinar o

processamento da apelação perante o Tribunal **a quo**.” (REsp n. 100.279-RS, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, DJ de 5.6.2000).

“Processual Civil. Recursos. Preparo. Prazo. Em face da diferença entre os horários de funcionamento das repartições forenses e os das agências bancárias, estas encerrando antes daqueles, o prazo para o preparo deve ser prorrogado por um dia. Recurso especial conhecido e provido” (REsp n. 187.805-SP, Rel. Min. Ari Pargendler, DJ de 8.3.2000).

Ante o exposto, conheço do recurso e dou-lhe provimento, para afastar a deserção e determinar o prosseguimento do recurso de apelação, apreciando-o o egregio Tribunal **a quo** como entender de direito.

RECURSO ESPECIAL N. 260.691 – RS

(Registro n. 2000.0052367-4)

Relator: Ministro Waldemar Zveiter
Recorrente: Marco Antônio do Canto Martins
Advogados: Adriano Ferraz Jacques e outros
Recorrido: Banco Itaú S/A
Advogados: Francisco Antônio de Oliveira Stockinger e outros

EMENTA: Ação de indenização por dano moral e material – Inscrição do nome do contraente no Serasa, enquanto pendente ação consignatória ainda não transitada em julgado.

I – Ainda que temerária a atitude do Banco em inscrever o nome do contratante nos serviços de proteção ao crédito, enquanto pendente de discussão o débito, não tomada nenhuma providência no sentido de impedir tal procedimento, impertinente a ação aforada com o intuito de haver indenização por danos materiais e morais advindos dessa providência, porquanto ainda não transitada em julgado a ação consignatória proposta pelo suposto devedor. Eventual

exercício indevido do direito só poderá ser apurado após a conclusão da ação de consignação em pagamento, quando ficará definida a responsabilidade das partes.

II – Recurso especial não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do recurso especial. Participaram do julgamento os Srs. Ministros Ari Pargendler e Carlos Alberto Menezes Direito. Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Antônio de Pádua Ribeiro e Nancy Andrichi.

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

Ministro Ari Pargendler, Presidente.

Ministro Waldemar Zveiter, Relator.

Publicado no DJ de 9.4.2001.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Waldemar Zveiter: Marco Antônio do Canto Martins ajuizou ação ordinária de indenização por danos materiais e morais contra Banco Itaú S/A, alegando, em síntese, que o Réu, no curso de ação consignatória proposta pelo primeiro, diante de reajustes irregulares e abusivos das prestações de imóvel adquirido por intermédio do Demandado, e mesmo após a obtenção de sentença de 1ª grau favorável naquela ação, inscreveu indevidamente o nome do Autor no Serasa, o que lhe causou enormes constrangimentos de ordem moral e financeira.

O pedido foi julgado procedente em 1ª instância condenado o Réu a pagar a importância de quatrocentos salários mínimos a título de danos morais e patrimoniais, além das despesas processuais e honorários, arbitrados em 15% sobre o montante da condenação (fl. 157).

Sobreveio apelação do vencido e a Vigésima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, por unanimidade, deu-lhe provimento, em acórdão assim ementado (fl. 208):

“Dano moral. Inscrição no Serasa.

Pendente ação revisional sobre mútuo bancário pagável em prestações e não afastado plenamente o direito do credor à inscrição do nome dos autores em seus registros, não cabe indenização por dano moral ou abalo de crédito, mormente se a vedação não fora ainda objeto específico de apreciação judicial.

Apelação provida.”

Opostos embargos declaratórios pelo Autor, foram acolhidos parcialmente, sem efeitos infringentes. A ementa de referido julgado consignou (fl. 235):

“Embargos de declaração.

Acolhe-se, com esclarecimento de que, embora a imprecisão técnica no referir o julgado ação de revisão de contrato, quando na verdade de ação de consignação em pagamento se tratava, não há alteração introduzível no acórdão.

O vencido pagará ao vencedor custas e honorários advocatícios, mesmo im procedente a ação.

Embargos acolhidos em parte.”

Inconformado, ainda, interpôs o vencido recurso especial, com fulcro nas alíneas **a** e **c** do permissivo constitucional, alegando violação aos *artigos 159 e 976 do Código Civil; 42 e 43 do Código de Defesa do Consumidor e 891 e 20, § 4º, do Código de Processo Civil*, pois considerada lícita a inversão dos ônus da sucumbência em caso em que não houve condenação. Aduz, ainda, divergência jurisprudencial.

Sustenta, em síntese, que se o Recorrido, a despeito da consignatória julgada procedente em 1ª grau, determinou o registro do nome do Autor no Serasa, violando seu direito e causando-lhe prejuízos de ordem material e moral, não há como afastar a obrigação de indenizar, certo que a precipitação, na espécie, equipara-se à imprudência.

Com contra-razões (fls. 285/293), o apelo foi admitido, somente quanto à questão relativa ao Serasa.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Waldemar Zveiter (Relator): Para negar ao Autor a pretensão inicial, assim manifestou-se o douto acórdão recorrido, quando do julgamento da apelação (fls. 210/215):

“Esta Câmara, em situação semelhante, na Apelação Cível n. 198075228, julgada em 15.9.1998, assim definiu:

‘Dano moral. Inscrição no Serasa. Pendente ação revisional sobre contrato de arrendamento mercantil e não demonstrada a culpa do credor por eventual não-cancelamento de inscrição do nome dos autores de seus registros, não cabe indenização por dano moral ou abalo de crédito. Apelação improvida.’

O caso era semelhante, mas não igual, ao presente. Lá se tratou do não-cancelamento, vislumbrando-se culpa do próprio Serasa, que não atendeu à ordem judicial, e não do Banco.

Mas já se deixou claro que,

‘em princípio, não se pode negar ao credor a iniciativa de inscrever o nome do devedor inadimplente nos órgãos legalmente constituídos que mantêm cadastros negativos. (...) Ainda mais em face da natureza dos contratos, em que a possibilidade de revisão é mais remota do que nos demais negócios jurídicos bancários.’

A discussão girava em torno de dois contratos de arrendamento mercantil em que a parte-autora vinha depositando as quantias que considerava corretas.

Assentiu-se, então, que

‘A situação não é definitiva, pois as ações pendem de julgamento. A discussão sobre o **quantum** devido, apenas, não exclui a mora, embora em tutela antecipada possa se deferir a não-inscrição apontada como causadora do dano (a Câmara não tem admitido o cancelamento de inscrição já efetuada). Foram açodados os Autores em ingressar com esta ação sem definição irrecorrida

a respeito das revisionais. Enquanto pendentes estas, pendente também a dúvida sobre a existência ou não de dívida.’

Tem-se considerado, de certa forma pacificamente neste Tribunal, emergir o dano moral quando a inscrição se deu por erro – vale dizer, culpa – do Banco. Aliás esta – a culpa – é que impulsiona a teoria da responsabilidade civil, de modo que sem ela não há que se cogitar de indenizabilidade.

Entretanto, não é salutar levar essa interpretação a extremos e condenar sempre o Banco pelo fato de promover a cadastramento que, sob sua ótica, é correto. Trata-se originalmente de questão de enfoque. De choques de visão e de convencimento. Não há uma pré-determinação no sentido de que um ou outro esteja certo. Ou errado. Não se pode, no caso concreto, pretender conforme o Banco com a visão unilateral do Apelado.

No convencimento do Apelante, a consignação em pagamento, por se dar em valores unilaterais, que o devedor considera corretos e ele não, não o desautoriza a imaginar que não possa inscrever o nome no Serasa. Sob essa ótica o Apelado é devedor. Sob a ótica da Câmara a existência ou não da mora só será constatável a final.

O antigo Tribunal de Alçada, em sede de mandado de segurança, deixou precedente no sentido de que

‘A concessão de liminar intentada contra estabelecimento bancário, impedindo-o de eventual encaminhamento de título de crédito a protesto e de prestar informações ao serviço de proteção ao crédito, a que aderiu, fere direito líquido e certo do mesmo’¹.

O Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina firmou entendimento semelhante:

‘Tutela antecipada, objetivando impedir o cancelamento do nome do devedor no rol do Serasa e SPC. Inadmissibilidade. Agravo provido. O rol de devedores constantes em instituição pública e de proteção ao crédito é procedimento lícito previsto nos

1. (TARGS – MS n. 196.025.241, de São Borja, j. em 17.4.1996).

arts. 42 e 43 do CDC – Lei n. 8.078/1990, não se prestando a tutela antecipada para restringir este recurso, a título de pendência judicial consistente na ação de revisão de cláusula de contrato de crédito entabulado com instituição financeira. (Recurso de Agravo n. 97.000691-8, Segunda Câmara Criminal do TJSC, Curitiba, Rel. Des. Jorge Mussi, 25.3.1997).²

Assim, a própria divergência interpretativa no âmbito dos Tribunais não admite se firme uma posição no sentido da ressarcibilidade do dano, em tais casos. Não emerge, ainda, o consenso projetor de direito certo em prol do inscrito que discute, ainda, em Juízo, o valor de seu débito.

Há outras circunstâncias a considerar. A situação específica não está **sub judice**. Não havia pré-determinação ao Banco, imposta pelo Judiciário, que pudesse configurar desobediência. É dever moral de todos evitar a eclosão de certas situações de constrangimento. O que demais comum se faz, hoje, é a parte precaver-se e pedir tutela antecipada – ou cautelar – de vedação de inscrição de seu nome no cadastro de inadimplentes assim que ajuíza a ação de revisão. Então, se o Banco insistir, estará emergindo ato grave capaz de gerar direitos.

Aqui, inscrito o nome, bastaria o manejo da medida adequada visando ao cancelamento, que se tem deferido, aliás, com muito mais facilidade do que se imagina. Mesmo nesta Câmara a possibilidade não é regra geral. Ou deveria ter sido, na revisional, inserta a postulação. O que os Autores não provam ter feito, pois não juntam a inicial daquela ação, apenas a sentença.

Assim como a nenhuma parte é justo forçar uma situação de fato visando a prejudicar a outra, também não se pode admitir a inércia maliciosa de quem pode impedir um ato, ou revogá-lo antes que produza efeitos negativos, visando a locupletar-se com isto.

A interpretar-se de modo diverso toda a parte vencedora em qualquer tipo de ação terá direito à indenização por dano moral face aos incômodos decorrentes do processo, imputado à outra parte do que, evidentemente, não se pode cogitar. Ainda.

Ademais, é muito importante considerar que, no caso, incorre a

2. Revista Informatizada Jurisplenum – Out/Nov 1998.

publicidade, por exemplo, do protesto. As repercussões são restritas aos Bancos conveniados, até porque vedada a publicação que, no caso, não foi feita. A injúria não ultrapassou os limites de sua possibilidade legal, de modo a provocar constrangimentos aos Apelados fora dessa órbita. Não houve – ao menos por conduta imputável ao Banco – repercussão social dessa inscrição e a lesão à honra subjetiva foi mínima.

Humberto Theodoro Júnior preleciona que

‘O Serasa é uma sociedade anônima, isso é, uma entidade privada que mantém um cadastro da clientela bancária, para prestação de serviços exclusivamente a seus associados, que são vários bancos nacionais. Os dados compilados, como acontece em qualquer cadastro bancário, são confidenciais e sigilosos. Servem apenas de fonte de consulta para os bancos associados, os quais utilizam as informações como dados necessários ao estudo e deferimento das operações de crédito usualmente praticadas.’

Em seguida, prossegue:

‘Anotar, portanto, a conduta de certo cliente no cadastro do Serasa é operação de rotina que jamais poderá ser vista como ato ilegal ou abusivo, mesmo porque a atividade bancária tem nos dados sigilosos do cadastro da clientela o principal instrumento de segurança da atividade creditícia que desempenha. Na verdade, nenhum estabelecimento de crédito pode prescindir do apoio de rigoroso controle cadastral sobre a idoneidade moral e patrimonial dos seus mutuários, em virtude da própria natureza das operações que constituem a essência de sua mercancia...’³.

Tem se qualificado de devastadora a repercussão negativa da inscrição do nome de devedores inadimplentes no Serasa ou assemelhados. Interpreta-se, às vezes, com algum exagero. Este processo é prova de que os efeitos não são tão negativos quanto se presume. Tanto que os Apelados não conseguiram demonstrar prejuízo bancário e o limite de sua conta-corrente e seus créditos foram preservados nos

3. Responsabilidade Civil, p.p. 24 e 25.

Bancos consultados a respeito. Não houve prejuízo material, tanto que foram eles arbitrados pela douta sentenciante...

Diante de tais pressupostos, entendo açodada tanto a postulação por danos morais quanto a disposição sentencial que determinou o ressarcimento. O Banco exercitou – embora, no caso específico, por já pender decisão de 1^o grau favorável ao Apelado, de forma também precipitada – seu direito de inscrever o nome de quem considera devedor no Serasa, pendente ainda discussão sobre o débito.

E se, a final, a ação for julgada improcedente e restar configurada a mora?

Voto pelo provimento da apelação, invertendo os ônus sucumbenciais.”

Em sede de embargos declaratórios, acrescentou-se (fls. 237/238):

“Não há que se conferir efeitos infringentes a estes embargos, ausente qualquer situação excepcional que o autorize.

Embora realmente tenha havido imprecisão técnica, principalmente na ementa, que aludiu à ação de revisão de contrato e não à consignatória, permanece intocável o sentido do julgado. Mesmo na ação efetivamente proposta se discute, ainda (porque a decisão não transitou em julgado), o contrato e suas cláusulas e isto, em última análise, é conceito revisional.

Na medida em que se procura expungir cláusulas tidas como abusivas, não importa em que tipo de ação seja intrometida a intenção, haverá necessariamente a revisão do contrato em geral e de suas cláusulas em especial. Por isto o que realmente importa, aqui, é que ainda não houve definição irrecorrida sobre a matéria, cabível ainda a indagação do item 21 do voto ‘E se, afinal, a ação for julgada improcedente e restar configurada a mora?’

Porque esta, embora a consignação, poderá emergir – mesmo que, provisoriamente, não o considere –, se os depósitos forem considerados insuficientes. Então, independentemente de qualquer outra discussão orbitante, terá sido legítima a inscrição.

Despicienda qualquer outra análise, porque se mantém o acórdão, projetor, por óbvio, também da improcedência quanto aos alegados danos materiais, conforme abordou, por ser una e única a causa de pedir.

Quanto à sucumbência, não é clara a proposição do Embargante. Evidentemente que, a teor do artigo 20 do Código de Processo Civil, o vencido pagará ao vencedor as despesas que efetuou e os honorários advocatícios. O artigo diz que será condenado a tanto. Logo, condenação há.

O fato de o Embargante ter, artificialmente, atribuído à causa o valor de alçada, numa proposição de certa forma abusiva, não o exime de pagar e, então vencido, nas mesmas condições e valores em que haveria tais despesas e honorários se confirmada a sentença.

Esta Câmara assim definiu questão semelhante na Apelação n. 198000119, de Santo Augusto, julgada em 24.11.1998:

‘Honorários. Inversão do ônus. Quando, em 2º grau, se reforma sentença e se determina a inversão dos ônus sucumbenciais, subentende-se que a parte então vencedora pagará honorários no mesmo percentual e sobre a mesma base de cálculo a que fora condenada na sentença. Apelação provida.’

Acolho parcialmente os embargos, embora não com a amplitude desejada, apenas para esclarecer as circunstâncias acima.”

Com relação aos artigos 891 do CPC e 976 do Código Civil, ausente o prequestionamento viabilizador desta esfera recursal e embora opostos embargos declaratórios, não fundamentou-se o **decisum** recorrido nos seus termos (Súmula n. 211-STJ).

O que ficou dito pelo acórdão é que, uma vez não transitada a decisão da consignatória, ou seja, uma vez não definida, ainda, se existente ou não a mora, não estaria o Banco-recorrido impedido de efetuar o cadastro do Autor nos serviços de proteção ao crédito, sendo indevida qualquer indenização por dano moral ou patrimonial.

Aduziu, ainda, o julgado a **quo** que poderia o Autor valer-se de medidas preventivas, no curso mesmo daquela ação, para impedir a sua inscrição.

Resta verificar, portanto, se tal posição se sustenta, em virtude da jurisprudência desta Corte.

É preciso, primeiro, atentar para a peculiaridade do caso em comento: trata-se de uma ação de indenização por danos morais e materiais ajuizada enquanto pendente ação de consignação em pagamento proposta pelo

Autor contra o Réu, que, embora com resultado favorável em 1ª instância, não obteve ainda, pronunciamento judicial definitivo. Como, então, condenar o Banco-recorrido a indenizar sem que se saiba, ainda, o resultado daquela demanda? Esse o questionamento posto no aresto ora combatido, a meu sentir, acertadamente.

Ora, reformado o provimento de 1ª instância, como ficaria a situação do Banco? Estaria condenado a pagar danos morais e materiais ao devedor em mora, assim considerado judicialmente, por uma inscrição que não é vedada pela legislação e que foi feita legitimamente, o que não deixa de ser um contra-senso jurídico.

É claro que o Banco, ao assim proceder, ou seja, ao efetivar a inscrição de qualquer devedor, pendente ação visando a contestar e revisar o débito, corre o risco de seu comportamento. Uma vez julgada definitivamente procedente, estaria sim, sujeito a ressarcir eventuais danos que a outra parte tenha sofrido com sua atitude açodada.

Embora ainda sem adesão de todos os Ministros da colenda Quarta Turma, esse entendimento restou afirmado quando do julgado do REsp n. 219.184-RJ, Relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar, assim ementado:

“Serasa. Dano moral.

A inscrição do nome da contratante no Serasa depois de proposta ação para revisar o modo irregular pelo qual o banco estava cumprindo o contrato de financiamento, ação que acabou sendo julgada procedente, constitui exercício indevido do direito e enseja indenização pelo grave dano moral que decorre da inscrição em cadastro de inadimplentes.

Recurso conhecido e provido.”

Porque tal atitude sujeita o contratante a graves conseqüências de ordem financeira, sem falar do abalo moral a que se submete, é que esta Corte firmou posicionamento no sentido de, em sede de ação cautelar manejada pela parte interessada, impedir a providência enquanto pendente de discussão o débito.

No caso concreto, entretanto, não valeu-se o Recorrente, de tal expediente, e a simples procedência, em 1ª instância, de sua ação consignatória, não pode levar à condenação do Banco a danos morais e materiais. Não está definido, por ora, com quem está o direito relativo àquela demanda.

Concluindo, precipitou-se o Recorrente no ajuizamento da indenizatória.

Em face das considerações acima, não se caracterizou o dissenso interpretativo. Os paradigmas juntados dizem respeito à concessão de tutela antecipada ou medida cautelar, negada ou deferida na instância **a quo**, visando à não-inscrição do contratante nos serviços de proteção ao crédito.

Por fim, em relação ao artigo 20, § 4º, do CPC, inexistente a pretendida violação. Pretende o Recorrente que como ficou vencido na pretensão inicial, ou seja, como não houve condenação, não poderia ser-lhe impostos os ônus da sucumbência.

Tal argumento não se sustenta. A regra geral diz que o vencido pagará ao vencedor as despesas que antecipou e os honorários advocatícios. Vencido pode ser tanto autor como réu. O paradigma apresentado diz respeito à ação declaratória, o que não é o caso dos autos.

Forte em tais lineamentos, não conheço do recurso.

RECURSO ESPECIAL N. 264.850 – SP

(Registro n. 2000.0063486-7)

Relator: Ministro Ari Pargendler
Relatora p/ acórdão: Ministra Nancy Andrighi
Recorrentes: Orlando Maringolo e outro
Advogados: José Vicente Lopes do Nascimento e outros
Recorrido: Banco Itaú S/A
Advogados: Marta Larrabure Meirelles e outros

EMENTA: Processo Civil – Ação de execução – Emissão de título de crédito – Nota promissória – Vinculada a contrato de abertura de crédito – Ausência de exigibilidade – Título cambial emitido como garantia de dívida bancária – Ausência de circulação – Perda da natureza cambiária.

I – Não havendo a circulação do título, resta patente que este se destinou à garantia de negócio jurídico subjacente, refugindo da principiologia cambiária.

II – Nota promissória que não é sacada como promessa de pagamento, mas como garantia de contrato de abertura de crédito, a que foi vinculada, tem sua natureza cambial desnaturada, subtraída a sua autonomia. Precedente da Terceira Turma: REsp n. 239.352.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas constantes dos autos, por maioria, conhecer do recurso especial e dar-lhe provimento. Votaram com a Sra. Ministra-Relatora os Srs: Ministros Carlos Alberto Menezes Direito e Waldemar Zveiter. Votou vencido o Sr. Ministro-Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro.

Brasília-DF, 15 de dezembro de 2000 (data do julgamento).

Ministro Ari Pargendler, Presidente.

Ministra Nancy Andrichi, Relatora p/ acórdão.

Publicado no DJ de 5.3.2001.

RELATÓRIO

O Tribunal **a quo** manteve sentença que julgou improcedentes os embargos do devedor opostos por Orlando Maringolo e sua mulher, contra a execução ajuizada pelo Banco Itaú S/A, destacando-se no acórdão os seguintes trechos:

“O contrato, assinado pelas partes e subscrito por duas testemunhas, configura título executivo. A isto acrescenta-se a nota promissória a que se vincularam os executados” (fl. 17).

“Tem a jurisprudência admitido a fixação de taxas de juros reais em operações bancárias e financeiras em relação a instituições que integram o sistema financeiro e bancário nacional (JTA – Vol. 146, p.p. 91/92), podendo-se acrescentar que a limitação constitucional dos juros não se acha em vigor, dependente de regulamentação da lei ordinária, como já decidiu esta Câmara (Apelação n. 559.106-8, São Paulo, Rel. Juiz Carlos Renato)” – fl. 18.

Seguiu-se recurso especial, interposto exclusivamente pela letra **c**, atacando o julgado por falta de título executivo e por capitalização indevida de juros (fls. 21/28).

Originariamente não admitido (fls. 53/54), o recurso especial foi processado por força de agravo de instrumento na forma do artigo 544, § 3º, do Código de Processo Civil.

VOTO

O contrato de abertura de crédito não é um título executivo. Já a cambial emitida para garantir as obrigações nela assumidas constitui, sim, título executivo, pela sua própria natureza. Portanto, a mera apresentação, no caso, da nota promissória autorizava o processamento da execução. Saber se o valor da nota promissória é devido implica o mérito da causa, a ser dirimido em embargos do devedor.

A capitalização dos juros não foi prequestionada pelo Tribunal **a quo**.

Voto, por isso, no sentido de conhecer do recurso especial, negando-lhe provimento.

VOTO-VISTA

A Sra. Ministra Nancy Andrighi: Cuida-se de recurso especial interposto com fulcro na alínea **c** do permissivo constitucional, e pela alínea **a**, apesar de não indicada, porque, no corpo do recurso especial há menção à violação do art. 51, III e seu § 2º, do CDC. O pedido recursal é para “retirar a eficácia executiva do contrato de abertura de crédito em conta-corrente, pelas decisões deste Tribunal, assim como para que impeça o anatocismo, que contraria o CDC, Súmula n. 121 e julgados também do Superior Tribunal de Justiça”.

O eminente Ministro Ari Pargendler conheceu o recurso, mas negou-lhe provimento, porque não prequestionada a capitalização de juros, e porque a nota promissória emitida é suficiente para embasar a ação de execução.

A alegada ofensa ao CDC não foi ventilada no acórdão recorrido nem o anatocismo.

O douto voto-condutor consignou apenas que:

“O cálculo de fl. 9 bem explicita o valor devido, bastando simples operação aritmética.

Tem a jurisprudência admitido a fixação de taxas de juros reais em operações bancárias e financeiras em relação a instituições que integram o sistema financeiro e bancário nacional (JTA – Vol. 146 – p.p. 91/92), podendo-se acrescentar que a limitação constitucional dos juros não se acha em vigor, dependente de regulamentação da lei ordinária, como já decidiu esta Câmara.”

Por fim, o Recorrente sustenta que o contrato de abertura de crédito, ainda que acompanhado de extrato bancário, não constitui título executivo extrajudicial.

O eminente Relator reconheceu exigibilidade da nota promissória vinculada a contrato “Lis Portifólio – Contrato Cheque Especial – Contrato Limite Itaú para saque n. 133304232-1.

É necessário discorrer a respeito da perda da autonomia da nota promissória dada em garantia de dívida bancária, uma vez consagrado na Súmula n. 233-STJ que o contrato de abertura de crédito, ainda que acompanhado do extrato da conta-corrente, não é título executivo extrajudicial.

A nota promissória, a letra de câmbio e a duplicata, por disposição legal (art. 585, I, CPC) são títulos executivos extrajudiciais, portanto, títulos de créditos dotados de força executiva.

Contudo, se não houve circulação dos títulos de crédito, como forma de fomento das atividades comerciais, o que se verifica nas situações específicas em que esses títulos são emitidos como garantia de dívida, não há desvinculação do negócio de origem.

A respeito de “Contrato de Abertura de Crédito”, **Carlos Alberto de Oliveira**¹ faz interessante traçado sobre os requisitos da execução, se referindo a **Araken de Assis** e **Enrico Tulio Liebman**:

“Como sucede em relação ao exercício de qualquer pretensão passível de ser deduzida em juízo, encontram-se dispostos na lei, os requisitos necessários para a realização da execução, seja ela fundada em sentença ou em título extrajudicial.

A respeito, veja-se **Araken de Assis**: ‘Como é notório, os ‘requisitos’ são dois, organizados, em ordem invertida, e correspondem aos

1. **Oliveira, Carlos Alberto de**. Exequibilidade dos Contratos de Abertura de Crédito, Revista Jurídica n. 242, Dez/1997, p. 135.

pressupostos prático e legal defendidos por **Liebman** em monografia dedicada à função executiva. Trata-se do inadimplemento (arts. 580 a 582) e do título (arts. 583 a 586)'

Relativamente a tais requisitos, sustenta **Liebman** que o título funciona como condição necessária e suficiente da execução; o inadimplemento, por sua vez, corresponde à situação de fato que pode dar lugar à execução.

O primeiro, também chamado 'requisito formal', atesta documentalmente a 'certeza' e 'liquidez' da dívida, de par com a legitimidade ativa e passiva para a ação. O segundo, chamado requisito 'substancial', evidencia a 'exigibilidade' da dívida.

Destarte, há que se ver não se constituir o título executivo tão-somente com o documento que contenha a denominação e aqueles requisitos formais estabelecidos em lei. Na verdade, o documento somente poderá autorizar a execução forçada quando se tratar de título certo, líquido e exigível (art. 586 do CPC)."

O princípio da autonomia dos títulos de crédito se desmembra nos subprincípios da inoponibilidade das exceções pessoais – que é de cunho processual, versando a matéria de defesa que pode ser suscitada pelo devedor principal, mas não pelos coobrigados –, e o da abstração.

A abstração, segundo **Fábio Ulhoa Coelho**², "é uma formulação derivada do princípio da autonomia, que dá relevância à ligação entre o título de crédito e a relação, ato ou fato jurídicos que deram origem à obrigação por ele representada".

Não havendo a circulação do título, e contendo o contrato cláusula que prevê a assinatura de nota promissória, resta patente que este se destinou à garantia de negócio jurídico subjacente, refugindo da principiologia cambiária, inclusive como destacou a cláusula contratual pertinente.

A nota promissória, no caso **sub judice** não foi sacada como promessa de pagamento, mas como garantia de contrato de abertura de crédito, o que, ao desnaturar sua natureza cambial, retirou-lhe a autonomia.

No AgRgEResp n. 197.090, Rel. Min. Waldemar Zveiter, Segunda Seção, DJ de 10.4.2000, decidiu-se:

2. **Coelho, Fábio Ulhoa**, Manual de Direito Comercial, Ed. Saraiva, São Paulo, 1995, p. 217.

“Execução. Contrato de abertura de crédito. Nota promissória.

I – Contrato de abertura de crédito não constitui título executivo, ainda que subscrito pelo devedor e por duas testemunhas e acompanhado dos demonstrativos de evolução do débito. Precedentes da Segunda Seção.

II – A nota promissória vinculada ao contrato de abertura de crédito não goza de autonomia, em face da própria iliquidez do título que a originou.

III – Súmula n. 83 – colendo Superior Tribunal de Justiça.

IV – Regimental improvido.”

Neste sentido decidiu esta egrégia Terceira Turma, no REsp n. 239.352, Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, julg. em 28.11.2000, no qual foi proferido voto-vista por esta Relatora.

Para **Carvalho de Mendonça**, o contrato de abertura de crédito “é o contrato mediante o qual um dos contratantes – o creditor – se obriga a fornecer ao outro – o creditado – pondo-os, desde logo, ao seu dispor, fundos até certo limite, durante certa época, sob cláusulas previamente convencionadas, obrigando-se este último a restituí-los no vencimento, com juros, eventuais comissões e despesas” (in RJ 242/137).

A iliquidez do contrato de abertura de crédito é transmitida à nota promissória vinculada, contaminando-a, pois o objeto contratual é a disposição de certo numerário, dentro de um limite pré-fixado, sendo que essa indeterminação do **quantum** devido, comunica-se com a nota promissória por terem nascido da mesma obrigação jurídica.

Note-se que são diversas as soluções jurídicas quando se tratar de contrato de abertura de crédito fixo (REsp n. 247.894), contrato de mútuo (REsp n. 119.719) e renegociação de dívida constituída em razão de contrato de abertura de crédito (REsp n. 216.042).

Forte nestas razões, conheço o recurso pelo dissídio, e *dou provimento* ao recurso especial para julgar procedentes os embargos à execução e extinguir o processo de execução, por falta de título executivo. Arcará o Embargado com custas processuais e honorários advocatícios fixados em R\$ 3.000,00 (três mil reais), observado o grau de zelo profissional e a simplicidade da causa.

É o voto.

VOTO

O Sr. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito: Sr. Presidente, res-salvando meu ponto de vista, considerando que a Corte Especial já assen-tou jurisprudência alterando posição anterior da Turma, acompanho o voto da eminente Ministra Nancy Andrighi.

Conheço do recurso e dou-lhe provimento.

VOTO

O Sr. Ministro Waldemar Zveiter: Sr. Presidente, com a devida vênua, acompanho o voto da Sra. Ministra Nancy Andrighi.

Conheço do recurso e dou-lhe provimento.

