



Jurisprudência da Quarta Turma

**AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NOS
EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO DE INSTRUMENTO
N. 597.912 — BA (2004/0041553-0)**

Relator: Ministro Fernando Gonçalves

Agravante: Vibemsa — Viação Beira Mar Ltda

Advogados: Solon Augusto Kelman de Lima e outros

Agravados: Tânia Silveira Vasconcelos e outros

Advogados: Pedro Augusto de Freitas Gordilho e outros

EMENTA

Agravo regimental. Agravo de instrumento. Admissibilidade de recurso especial. Exame do mérito recursal. Art. 105, III, **a**, da Constituição Federal. Possibilidade. Fundamentação sucinta. Possibilidade. Duplicidade de recursos. Agravo e apelação interpostos contra sentença. Preclusão consumativa.

1. A admissibilidade do recurso especial fundamentado na alínea **a** do permissivo constitucional exige comumente o exame do mérito da controvérsia para que se conclua acerca da ocorrência ou não de violação à lei. Precedentes.

2. “Não é nula a decisão que, a despeito de sucinta, contém a necessária fundamentação” (REsp n. 248.750/MG, Relator Ministro Barros Monteiro, DJ de 1^o.02.2005).

3. “A duplicidade de recursos interpostos pela mesma parte e atacando a mesma decisão acarreta o não-conhecimento do recurso que foi protocolado por último, ante a ocorrência de preclusão consumativa” (AgRg no REsp n. 504.065/PR, Relator Ministro Luiz Fux, DJ de 15.12.2003).

4. Agravo regimental não provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental. Os Ministros Aldir Passarinho Junior, Jorge Scartezzini, Barros Monteiro e Cesar Asfor Rocha votaram com o Ministro-Relator.

Brasília (DF), 19 de abril de 2005 (data do julgamento).

Ministro Fernando Gonçalves, Relator

DJ de 16.05.2005

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Fernando Gonçalves: Cuida-se de agravo regimental interposto por Vibemsa — Viação Beira Mar Ltda — em face de decisão que negou provimento a agravo de instrumento manejado ante a inadmissão de recurso especial pelo Tribunal **a quo**. Eis o teor da mencionada decisão:

“Cuida-se de agravo de instrumento interposto por Vibemsa — Viação Beira Mar Ltda, em face de decisão do Presidente do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, indeferitória do processamento de recurso especial fundado nas alíneas **a** e **c** do permissivo constitucional, contra acórdão daquele Pretório, assim ementado:

‘Apelações simultâneas. Recursos contra a sentença que julgou liquidação de título executivo judicial formado nos autos de ação de indenização. Apelo dos autores. Provimento parcial. Apelo da ré. Não-conhecimento.

I - Apelo dos autores. A redução do valor da pensão estabelecida no processo de conhecimento, na fase de liquidação do julgado, constitui inovação indevida do título executivo judicial.

II - Apelo da ré. Tendo a parte ingressado, primeiramente, com agravo de instrumento contra a sentença e, depois, com o recurso cabível, a hipótese é de não-conhecimento, pela ocorrência da preclusão consumativa.’ (Fl. 797)

Aduz a recorrente violação aos arts. 508 e 538 do Código de Processo Civil, bem como dissídio jurisprudencial.

A irresignação não merece acolhida.

Com efeito, da sentença proferida nos autos de liquidação por arbitramento cabe o recurso de apelação, e não o de agravo retido, o qual foi inicialmente manejado pela recorrente, sendo inaplicável à espécie o princípio da fungibilidade recursal, por tratar-se de erro grosseiro.

A propósito:

“Processual Civil. Liquidação por arbitramento. Sentença. Apelação. Interposição de agravo de instrumento. Erro grosseiro. Não-conhecimento. CPC, arts. 606, I, 607, parágrafo único, e 513.

I - Da sentença que julga a liquidação por arbitramento, aqui observada em cumprimento à expressa determinação da coisa julgada, cabe apelação, de sorte que não é de ser conhecido o agravo de instrumento interposto em seu lugar, nem tampouco aplicável o princípio da fungibilidade, dada a ocorrência de erro grosseiro no aviamento do recurso.

II - Recurso especial não conhecido.’ (REsp n. 331.130/SP, Quarta Turma, Relator Ministro Aldir Passarinho Junior, DJ de 19.08.2002)

No que toca ao recurso de apelação, posteriormente interposto pela agravante, esbarra no óbice do princípio da unirrecorribilidade, tendo o Tribunal **quo** pronunciado de forma correta a ocorrência de preclusão consumativa.

A propósito:

“Processual Civil. Interposição simultânea de embargos de divergência e de recurso extraordinário. Princípio da unirrecorribilidade. Preclusão consumativa.

1. O princípio da unirrecorribilidade, vigente no sistema processual civil brasileiro, veda, em regra, a interposição simultânea de vários recursos contra a mesma decisão judicial.

2. Assim, a interposição simultânea, contra o acórdão que julgou o recurso especial, de embargos de divergência e recurso extraordinário, acarreta a inadmissibilidade do recurso que foi protocolado por último, ante a preclusão consumativa.

3. Agravo regimental a que se nega provimento.’ (AgRg nos EREsp n. 511.234/DF, Corte Especial, Relator Ministro Luiz Fux, DJ de 20.09.2004)

“Processual Civil. Recurso especial. Decisão. Inadmissão. Agravo regimental. Não-cabimento. Princípio da fungibilidade. Aplicação. Impossibilidade.

1. A teor do art. 544, § 1º, do Código de Processo Civil, o recurso cabível contra a decisão que inadmite o recurso especial é o agravo de instrumento, constituindo erro grosseiro a interposição de agravo regimental.

2. Ocorrendo erro grosseiro não é possível a aplicação do princípio da fungibilidade. Precedentes.

3. Protocolado o recurso incorreto, não seria possível à parte, ainda que dentro do prazo, apresentar aquele previsto pela lei, porquanto implicaria afronta aos princípios da preclusão consumativa e da unirrecorribilidade das decisões.

4. Agravo regimental improvido.’ (AgRg no Ag n. 463.392/SC, Segunda Turma, Relatora Ministra Laurita Vaz, DJ de 16.12.2002)

Aplica-se, pois, à espécie, a Súmula n. 83-STJ.

Por fim, no tocante à alínea c, tampouco merece acolhida a irresignação, porquanto, malgrado a tese de dissídio jurisprudencial, há necessidade, diante das normas legais regentes da matéria (art. 541, parágrafo único, do CPC, c.c. o art. 255 do RISTJ), de confronto, que não se satisfaz com a simples transcrição de ementas, entre trechos do acórdão recorrido e das decisões apontadas como divergentes, mencionando-se as circunstâncias que identifiquem ou assemelhem os casos confrontados. Ausente a demonstração analítica do dissenso, incide a censura da Súmula n. 284 do Supremo Tribunal Federal.

Nego provimento ao agravo.” (Fls. 1.145/1.146)

Opostos embargos de declaração, restaram não conhecidos, por intempestivos. Ante a oposição de novo recurso integrativo, em que demonstrada a tempestividade daquele oposto anteriormente, passou-se à análise dos primeiros embargos, os quais, entretanto, foram rejeitados por decisão assim vazada:

“Cuida-se de embargos de declaração opostos por Vibemsa — Viação Beira Mar Ltda à decisão do seguinte teor:

“Trata-se de embargos de declaração opostos por Vibemsa — Viação Beira Mar Ltda, em face de decisão que negou provimento ao agravo de instrumento interposto pela mesma.

A irresignação não merece acolhida, porquanto os presentes embargos são intempestivos.

Com efeito, publicada a decisão embargada em 14 de fevereiro de 2005 (fl. 1.147), a petição dos embargos somente foi protocolizada neste Tribunal em 22 de fevereiro de 2005 (fl. 1.149), depois de escoado o prazo para sua interposição, que é de cinco dias, nos termos do art. 536 do Código de Processo Civil.

Não conheço dos embargos.” (Fl. 1.155)

Aduz a recorrente que a interposição dos anteriores embargos de declaração deu-se tempestivamente, via **fac-símile**, o qual, no entanto, foi encaminhado equivocadamente à Terceira Turma, fato que ocasionou erro involuntário deste órgão jurisdicional.

Reconsidero a decisão supra, ante a certidão de fl. 1.163 e a petição de fls. 1.158/1.162, as quais demonstram a veracidade das alegações da embargante e a conseqüente tempestividade dos embargos de declaração de fls. 1.149/1.151.

Passo, assim, à análise do mencionado recurso, o qual, todavia, não merece prosperar.

Com efeito, ausente qualquer equívoco manifesto na decisão atacada capaz de ensejar a inversão do julgamento, bem como não se subsumindo a irresignação em análise a qualquer das hipóteses do art. 535 do Código de Processo Civil, não merece ressonância a insurgência em questão.

Confira-se:

‘Processual Civil. Acórdão que julga o agravo regimental. Embargos declaratórios manifestamente infringentes. Rejeição. Devidamente fundamentado o acórdão turmário acerca do não-conhecimento do agravo de instrumento, por deficiência na sua instrução, citando, inclusive, a reiterada jurisprudência do STJ sobre o tema específico, os aclaratórios que apontam omissão não existente, constituem recurso meramente infringente, acarretando a sua rejeição.’ (EDcl no AgRg no Ag n. 473.284/MG, Relator Ministro Aldir Passarinho Junior, DJ de 29.09.2003)

‘Embargos de declaração. Agravo regimental. Efeitos infringentes. Impossibilidade.

1. Não demonstrando o embargante qualquer omissão, contradição ou obscuridade no acórdão embargado, ou mesmo equívoco manifesto, capaz de ensejar a inversão do julgamento, não merecem acolhida os embargos.

2. Embargos rejeitados.’ (EDcl no AgRg no Ag n. 428.670/RJ, Relator Ministro Fernando Gonçalves, DJ de 02.09.2002)

Ademais, a alegação da embargante de que contraditória a análise do mérito do recurso especial em relação ao dispositivo do **decisum** — que nega provimento ao agravo, confirmando a inadmissão do especial — vai de encontro ao entendimento iterativo desta Corte sobre o particular, conforme se extrai da seguinte ementa:

‘Processual Civil. Agravo regimental. Art. 40 da Lei n. 8.666/1993. Ausência de prequestionamento. Juízo de admissibilidade. Recurso especial pela alínea **a**. Exame do mérito. Possibilidade. Agravo regimental desprovido.

1. **Omissis**.

2. É possível o juízo de admissibilidade adentrar no mérito do recurso, na medida em que o exame da sua admissibilidade, pela alínea **a**, em face dos seus pressupostos constitucionais, envolve o próprio mérito da controvérsia. Precedentes.

3. Agravo regimental desprovido.’ (AgRg no Ag n. 515.615/BA, Quinta Turma, Relatora Ministra Laurita Vaz, DJ de 07.06.2004)

Ante o exposto, rejeito os embargos.” (Fls. 1.173/1.174)

Nas razões do regimental, sustenta a agravante a impropriedade do juízo de mérito proferido pelo Tribunal **a quo** relativamente ao recurso especial; a nulidade da decisão que inadmitiu o processamento do especial, por falta de fundamentação e a não-caracterização da preclusão consumativa, em face da oposição de embargos de declaração pela parte contrária.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Fernando Gonçalves (Relator): O recurso não merece prosperar.

De início, impende ressaltar que o recurso especial, além dos pressupostos gerais dos demais recursos, possui requisitos constitucionais específicos para a sua admissibilidade, dentre os quais se encontra a hipótese da admissibilidade do especial quando o acórdão recorrido “contrariar tratado ou Lei Federal ou negar-lhes vigência” (art. 105, III, **a**, da CF/1988).

Trata-se, na realidade, como leciona **José Carlos Barbosa Moreira**, de “manifesta quebra de homogeneidade” entre as demais de cabimento do recurso especial. Isto, porque, à primeira vista, para a admissibilidade do especial, seria necessário que a decisão recorrida estivesse errada, o que não implica nas demais hipóteses de cabimento (alíneas **b** e **c** do permissivo constitucional). E, o fato de a decisão estar correta, ou não, corresponde ao mérito do recurso.

A admissibilidade do recurso especial, portanto, pela alínea **a** do autorizativo constitucional, tem natureza especial, a qual determina que o julgador, para admiti-lo, deverá examinar a plausibilidade das alegações do recorrente. Não há, portanto, como escapar do exame do mérito do recurso.

A propósito:

“Comercial e Processual Civil. Reclamação. Falência. Indenização. Art. 20, DL n. 7.661/1945. Modalidade da liquidação de sentença determinada no julgamento do recurso especial não conhecido. Possibilidade. Exame do mérito recursal. Art. 105, III, **a**, CF Possibilidade. Precedentes. Reclamação acolhida.

I - A admissibilidade do recurso especial fundamentado na alínea **a** do permissor constitucional exige comumente o exame do mérito da controvérsia para concluir-se pela existência ou não de violação da lei.

II - Em face desse peculiar juízo de admissibilidade do recurso especial, o órgão fracionário deste Superior Tribunal de Justiça pode determinar que a liquidação da sentença se processe por arts. se a espécie o recomendar, ainda que as instâncias ordinárias não tenham fixado a modalidade da liquidação e que o recurso especial não tenha sido conhecido.” (Rcl n. 985/BA, Segunda Seção, Relator Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ de 1^o.02.2005)

“Agravo regimental. Recurso especial não admitido. Sustação de protesto.

1. No exame de admissibilidade do recurso especial, pela alínea **a** do permissivo constitucional, possível e muitas vezes inevitável o exame de mérito do especial.

2. A tese recursal de que os títulos estavam desprovidos de liquidez em virtude da existência de defeitos na mercadoria entregue pela agravada não encontra apoio nos fundamentos do acórdão, que concluiu não haver comprovação da alegada má qualidade do produto negociado. Com isso, presente a Súmula n. 07-STJ, porque inviável o reexame de provas nesta Corte.

3. Agravo regimental desprovido.” (AgRg no Ag n. 552.634/RJ, Terceira Turma, Relator Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, DJ de 10.05.2004)

De outro lado, no que toca à alegada nulidade da decisão que inadmitiu o processamento do recurso especial, igualmente não assiste razão à agravante.

Com efeito, colhe-se da mencionada decisão:

“Os artigos infraconstitucionais, ditos como supostamente ofendidos, não foram prequestionados, inobstante a oposição de embargos declaratórios, incidindo o óbice da Súmula n. 211 do STJ (...).

No tocante ao dissídio de jurisprudência forçoso é considerá-lo indemonstrado a teor dos arts. 255, § 2^o, do RISTF e 541, parágrafo único, do Código de Processo Civil, pois limitou-se a recorrente a transcrever as ementas

de arestos colacionadas, deixando de fazer a necessária análise da similitude fática existente entre os casos confrontados.” (Fls. 1.052/1.053)

Da leitura do excerto supra, conclui-se que não padece o **decisum** de nulidade decorrente de ausência de fundamentação. Há, isto sim, fundamentação sucinta, a qual é possível do ponto de vista legal e amplamente consagrada no âmbito da jurisprudência, conforme se extrai dos seguintes precedentes:

“Responsabilidade civil. Acidente do trabalho. Indenização pelo direito comum. Acórdão. Fundamentação. Dedução de 1/3 do pensionamento.

— Não é nula a decisão que, a despeito de sucinta, contém a necessária fundamentação.

— Não sendo o caso de morte do chefe de família, descabe a dedução de 1/3 da pensão estabelecida.

Recurso da ré não conhecido; recurso especial do autor conhecido, em parte, e provido.” (REsp n. 248.750/MG, Quarta Turma, Relator Ministro Barros Monteiro, DJ de 1^a.02.2005)

“Processo Civil. Acidente aéreo. Antecipação de tutela. Fundamentação sucinta. Admissibilidade. Omissões. Inexistência. Possibilidade de revogação. Falta de prequestionamento. *Contempt of court*. Recurso desacolhido.

I - A fundamentação sucinta, que exponha os motivos que ensejaram a conclusão alcançada, não inquina a decisão de nulidade, ao contrário do que sucede com a decisão desmotivada.

II - Examinados os temas suscitados no agravo de instrumento, sem omissão, contradição ou obscuridade, não ocorre nulidade do acórdão por ofensa ao art. 535, CPC.

III - O prequestionamento, segundo o firme entendimento da jurisprudência brasileira, é pressuposto essencial à apreciação do recurso especial.

IV - A protelação do cumprimento de decisões manifestamente razoáveis e bem lançadas estão a justificar a introdução, em nosso ordenamento jurídico, de instrumentos mais eficazes, a exemplo do *contempt of court* da *Common Law*.” (REsp n. 235.978/SP, Quarta Turma, Relator Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ de 11.12.2000)

Por fim, é pacífico o entendimento desta Corte no sentido de que a duplicidade de recursos interpostos pela mesma parte em face da mesma decisão dá ensejo, no que tange àquele protocolizado por último, à preclusão consumativa.

Sobre o tema, destaco os seguintes precedentes:

“Agravo em agravo de instrumento. Processual Civil. Decisão agravada. Impugnação por meio de dois recursos da mesma parte. Preclusão consumativa. Contra-razões ao recurso especial. Peça de traslado obrigatório. Ausência.

Na hipótese em que a mesma parte interpõe dois agravos regimentais contra a mesma decisão, impõe-se o não-conhecimento do segundo recurso por força da preclusão consumativa.

A ausência de cópia das contra-razões ao recurso especial enseja o não-conhecimento do agravo de instrumento, por se tratar de peça de traslado obrigatório.

Primeiro agravo regimental a que se nega provimento e segundo agravo regimental de que não se conhece.” (AgRg no Ag n. 557.765/RJ, Sexta Turma, Relator Ministro Paulo Medina, DJ de 12.04.2004)

“Processual Civil. Agravo regimental. Embargos de declaração. Art. 535, CPC. Preclusão consumativa.

1. Pretensão a que seja examinado o segundo agravo regimental, interposto pela embargante no mesmo dia, contra a mesma decisão. Não há como prosperar a pretensão do Embargante, pois, no caso, não se vislumbra a ocorrência das hipóteses previstas no art. 535 do CPC, mas a preclusão consumativa.

2. ‘Diz-se consumativa a preclusão, quando a perda da faculdade de praticar o ato processual decorre do fato de já haver ocorrido a oportunidade para tanto, isto é, de o ato já haver sido praticado e, portanto, não pode tornar a sê-lo’. **Nelson Nery Junior** e **Rosa Maria de Andrade Nery**, in ‘Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante’, Ed. Revista dos Tribunais, 7ª edição, p. 578.

3. Embargos rejeitados.” (EDcl no AgRg no Ag n. 443.954/SC, Segunda Turma, Relator Ministro Castro Meira, DJ de 16.02.2004)

“Agravo regimental. Embargos de divergência. Agravo e embargos de declaração. Interposição na mesma data. Preclusão consumativa.

1. Interposto o recurso de agravo dentro do prazo legal, não cabe a apresentação posterior, ainda que na mesma data, de embargos de declaração contra a mesma decisão, atingidos estes pela preclusão consumativa.

2. Agravo regimental desprovido.” (AgRg nos EDcl nos EREsp n. 440.662/RS, Corte Especial, Relator Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, DJ de 19.12.2003)

“Processual Civil. Agravo regimental. Duplicidade de recursos. Preclusão consumativa.

1. A duplicidade de recursos interpostos pela mesma parte e atacando a mesma decisão, acarreta o não-conhecimento do recurso que foi protocolado por último, ante a ocorrência de preclusão consumativa.

2. Agravo regimental de fls. 508/518 não conhecido.” (AgRg no REsp n. 504.065/PR, Primeira Turma, Relator Ministro Luiz Fux, DJ de 15.12.2003)

Sobre o particular, assim dispõe o acórdão recorrido:

“Quanto ao apelo da ré, tem-se que não há a menor possibilidade de prosperar, em face de ter sido alcançado pela preclusão consumativa.

É que, diante da sentença de liquidação, a ré, primeiro, agravou (...) e, depois, apelou (...).

O agravo foi inadmitido, por decisão (...) contra a qual a ré não mane-
jou qualquer recurso, operando-se, destarte, a preclusão.

Posteriormente, a ré apelou, postulando, para a hipótese de não-recebi-
mento, que aquelas razões fossem recebidas como recurso adesivo.

Em que pese tal apelação ter sido recebida pelo MM. Juízo monocrático
(...), a hipótese é de não-conhecimento do recurso.

O apelo não pode ser admitido como recurso autônomo, em face da pre-
clusão consumativa: se a ré já exerceu a faculdade de recorrer, inda que de
forma incorreta e desastrada (agravo contra sentença!), não pode mais praticar
o ato processual (...).

(...)

No caso dos autos, a publicação da decisão nos embargos de declaração
(opostos pelos autores) não pode servir de desculpa para reabrir à ré a oportu-
nidade de recorrer, máxime quando não houve alteração do **decisum**, em
face da rejeição dos aclaratórios.

Ademais, após a publicação da decisão que rejeitou os referidos embargos,
a ré ratificou, expressamente, as razões do agravo, (...) confirmando, assim, o
erro cometido.” (Fls. 800/801)

Depreende-se deste trecho que, efetivamente, ocorreu na espécie a preclusão
consumativa, não se prestando o argumento da oposição de embargos de declara-
ção por parte dos ora agravados para infirmar tal conclusão.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo regimental.

RECURSO ESPECIAL N. 228.637 — SP (1999/0078715-3)

Relator: Ministro Barros Monteiro

Recorrente: Cardápio S/C Ltda

Advogados: Sérgio Henrique de Sá e outros

Recorrido: Posto Lago Azul Ltda

EMENTA

Pedido de falência. Falta de aceite. Ausência de prova da remessa da duplicata ao sacado. Triplicata protestada e acompanhada da prova da entrega da mercadoria. Título hábil.

— Constitui título executivo, hábil a instruir o pedido de falência, a triplicata protestada e acompanhada da prova de entrega da mercadoria, sendo dispensável a comprovação formal da remessa da duplicata ao sacado para aceite, o qual se presume em face da não-devolução pelo devedor.

Recurso especial conhecido e provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer do recurso e dar-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator, na forma do relatório e notas taquigráficas precedentes que integram o presente julgado. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Cesar Asfor Rocha, Fernando Gonçalves e Aldir Passarinho Junior. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira.

Brasília (DF), 18 de março de 2004 (data do julgamento).

Ministro Barros Monteiro, Relator

DJ de 07.06.2005

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Barros Monteiro: “Cardápio S/C Ltda” requereu a falência de “Posto Lago Azul Ltda”, dizendo-se credora desta pela quantia de R\$ 1.505,85 (hum mil, quinhentos e cinco reais e oitenta e cinco centavos), representada por duplicata sem aceite, mas protestada e acompanhada da prova de entrega da mercadoria.

O MM. Juiz de Direito, considerando não comprovada a remessa do título para aceite, julgou extinto o processo sem o conhecimento do mérito, nos termos do art. 267, I, do CPC.

A Segunda Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, por unanimidade, negou provimento ao apelo da autora, em acórdão que registra a seguinte ementa:

“Falência. Ação pré-falimentar. Duplicata sem aceite. Remessa ao sacado. Prova. Necessidade. Requisito cuja falta descaracteriza título executório. Inicial indeferida. Improvimento ao recurso. Interpretação dos arts. 6º, 7º, 8º e 15, **caput**, II, letras **a**, **b**, **c**, e § 2º da Lei n. 5.474/1968. Por que se caracterize como título executório, não basta que a duplicata tenha sido protestada e esteja acompanhada de documento comprobatório da entrega e recebimento da mercadoria, sendo necessária prova de remessa ao sacado para aceite” (fl. 75).

Daí o recurso especial tirado pela credora com arrimo na alínea **a** do admissor constitucional, apontando vulneração dos arts. 1º, § 3º, e 11 da Lei Falimentar e 15 da Lei n. 5.474/1968. Sustentou que a prova da recusa imotivada do aceite incumbe ao réu que, no caso, sequer foi citado para a relação processual. De outro lado, aduziu que a duplicata sem aceite, mas acompanhada de comprovante de entrega de mercadoria e devidamente protestada, consubstancia título executivo extrajudicial, hábil a embasar o pedido de falência.

Sem as contra-razões, o apelo extremo foi admitido na origem, subindo os autos a esta Corte.

A Subprocuradoria Geral da República opinou pelo provimento do recurso. É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Barros Monteiro (Relator): Em conformidade com o disposto no art. 15, II, **a**, **b** e **c**, da Lei n. 5.774, de 16.07.1968, constitui título executivo extrajudicial a duplicata sem aceite que:

- a) haja sido protestada;
- b) esteja acompanhada de documento hábil comprobatório da entrega da mercadoria;
- c) o sacado não tenha comprovadamente recusado o aceite, no prazo, nas condições e pelos motivos previstos nos arts. 7º e 8º da referida lei.

As instâncias ordinárias reputaram inexistir no caso título executivo em virtude da ausência de prova da remessa da duplicata ao sacado para aceite.

Tenho que tanto a sentença quanto o acórdão conferiram inteligência estritamente literal à regra inserta no art. 15, II, alínea **c**, da Lei das Duplicatas.

Realmente, na espécie dos autos a peça exordial não veio formalmente instruída com a comprovação da remessa da duplicata à empresa sacada para fins de aceite. Ocorre, porém, que a exigência legal constante da mencionada alínea **c** (o sacado não tenha comprovadamente recusado o aceite) se acha implicitamente evidenciada pela requerente. Basta verificar-se que à fl. 6 se encontra a triplicata sacada pela credora contra a empresa requerida, circunstância esta apta a demonstrar que a duplicata fora antes emitida regularmente e remetida à sacada para aceite, a qual presumivelmente a reteve, pura e simplesmente. A doutrina e a jurisprudência têm hoje admitido a extração de triplicata quando o sacado não devolver a duplicata. Confirmam-se nesse sentido os REsps ns. 174.221/SP, Relator Ministro Carlos Alberto Menezes Direito; e 369.808/DF, Relator Ministro Castro Filho.

A credora, diante da presumível retenção pela sacada, promoveu o protesto da cártula (fl. 28) e, em seguida, ajuizou o pedido de falência, instruído com a prova da entrega da mercadoria (fl. 29).

Para o efeito de admitir-se o processamento do pedido, acha-se ele devidamente instruído. Exigir-se a prova da remessa da duplicata ou comprovar-se a não-recusa do aceite pelo sacado no prazo legal é algo excessivo, não impossível (como comprovar a negativa?).

Em rigor, encontra-se presente no caso a situação prevista no art. 15, § 2^a, da Lei n. 5.474/1968: “processar-se-á também da mesma maneira a execução de duplicata ou triplicata não aceita e não devolvida, desde que haja sido protestada mediante indicação do credor ou do apresentante do título, nos termos do art. 14, preenchidas as condições do inciso II deste artigo”.

Segundo o escólio de **Luiz Emydio F. da Rosa Jr.**, “o § 2^a do art. 15 da LD prescreve que cabe igualmente a execução de duplicata ou triplicata não aceita e não devolvida, ‘desde que haja sido protestada por indicações do credor ou do apresentante do título, nos termos do art. 14’, preenchidas as condições constantes do seu inciso II para a configuração do aceite tácito. O dispositivo refere-se à hipótese em que o comprador da mercadoria retém ilegitimamente a duplicata em seu poder, não a devolvendo ao vendedor no prazo do art. 7^a da LD, ou seja, 10 (dez) dias a contar do seu recebimento” (“Títulos de Crédito”, p. 721, ed. 2000).

É exatamente essa a hipótese dos autos.

O Professor **Fábio Ulhoa Coelho** alude ao aceite por presunção que “decorre do recebimento das mercadorias pelo comprador, quando inexistente recusa formal. Trata-se da forma mais corriqueira de se vincular o sacado ao pagamento da duplicata. Caracteriza-se o aceite presumido, mesmo que o comprador tenha retido ou inutilizado a duplicata, ou a tenha restituído sem assinatura. Desde que recebidas as mercadorias, sem a manifestação formal de recusa, é o comprador devedor cambiário, independentemente da atitude que adota em relação ao documento que lhe foi enviado” (“Curso de Direito Comercial”, vol. 1, pp. 451/452, 4ª ed.).

Colhe por igual a observação de **Wille Duarte Costa**, para quem “dessa forma, a falta de aceite pode ser motivada, em vista das razões referidas na Lei de Duplicatas (arts. 8º e 21). Sendo motivada, o sacado fica a salvo de protesto cambial ou execução do título. O credor, se não atender o alegado pelo sacado, só poderá discutir a questão por via ordinária. Apesar disto, a falta de aceite pode ser imotivada, quando o sacado devolve a duplicata sem aceite e sem reclamação alguma, até mesmo quando a duplicata a ele não é remetida para aceite e ele não toma qualquer providência para aceitá-la ou não. Conseqüentemente, vencido o título sem aceite do sacado, o título poderá ser levado a protesto e, com a certidão do protesto, seguida do comprovante da entrega das mercadorias ou serviços torna o título líquido e certo, justificando a sua execução” (“Títulos de Crédito”, p. 406, ed. 2003).

Em suma, é dispensável a exigência de cunho formal feita pelas instâncias ordinárias ao denegarem processamento ao pedido de falência. Esta Corte, de modo reiterado, tem entendido que a lei permite a execução e, conseqüentemente, o pedido de falência (art. 1º, § 3º, do Decreto-Lei n. 7.661, de 21.06.1945, sem a apresentação da duplicata ou triplicata, desde que a petição venha acompanhada do comprovante do protesto e de documento hábil a demonstrar a entrega da mercadoria (art. 15, § 2º, da Lei n. 5.474, de 18.07.1968). Nessa linha os REspS ns. 309.829/CE, Relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar; 40.078/RS, Relator Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira; 119.263/SP, de minha relatoria; e 46.261-4/MG, Relator Ministro Costa Leite (**in** RSTJ vol. 62, p. 441).

De observar-se que, no julgamento da apelação cível interposta neste pedido de falência, o Desembargador J. Roberto Bedran teve ocasião de destacar no seu voto que “em diversas oportunidades, já entendi que o credor não está obrigado a provar as remessas da duplicata ao sacado (art. 15, II, **c**, da Lei n. 5.747/1968). Ao devedor, na defesa, é que incumbe comprovar a recusa motivada do aceite (Apelações ns. 093.413-4/5 e 91.701-4/5)” (fl. 81).

Assim, a decisão recorrida contrariou o art. 1º, § 3º, e 11 do Decreto-Lei n. 7.665/1945, e 15, II, alíneas **a**, **b** e **c**, e § 2º, da Lei n. 5.474, de 1968.

Do quanto foi exposto, conheço do recurso e dou-lhe provimento, a fim de que, afastada a extinção do processo sem o conhecimento do mérito, o pedido inicial tenha prosseguimento na forma da lei.

É o meu voto.

RECURSO ESPECIAL N. 235.385 — SP (1999/0095593-5)

Relator: Ministro Barros Monteiro

Relator p/ o acórdão: Ministro Aldir Passarinho Junior

Recorrente: Egle da Costa Marques Vinhas

Advogados: José Mauro Faber e outro

Recorrido: Banco do Brasil S/A

Advogados: Pedro Afonso Bezerra de Oliveira e outros

EMENTA

Civil. Ação de indenização. Saque de importância de correntista por terceiro, com uso de cartão magnético. Falta de precaução do titular, aliada à negligência do banco em autorizar a transferência de valores da conta de poupança para a conta corrente, sem as cautelas de praxe. Concorrência de culpas. Ressarcimento reduzido à metade.

I - Situação em que se identifica, com base no voto médio, a concorrência de culpas da autora e do banco, a primeira por entregar o cartão e informar senha a pessoa amiga, que permitiu o acesso a terceiro sobre os dados sigilosos, e do réu por atuar negligentemente quando da solicitação, pelo fraudador, via telefônica, da transferência de valores da conta de poupança para a corrente, o que viabilizou a retirada subsequentemente.

II - Recurso especial conhecido em parte e parcialmente provido, para condenar o réu a ressarcir à autora metade dos danos apurados.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas, decide a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por maioria, pelo voto médio do Sr. Ministro Aldir Passarinho Junior, conhecer em parte do recurso e, nessa parte, dar-lhe

parcial provimento, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Vencidos os Srs. Relator e, em menor extensão, os Srs. Ministros Ruy Rosado de Aguiar e Sálvio de Figueiredo Teixeira. Custas, como de lei.

Brasília (DF), 11 de dezembro de 2001 (data do julgamento).

Ministro Aldir Passarinho Junior, Relator para acórdão

DJ de 1ª.07.2004

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Barros Monteiro: Egle da Costa Marques Vinhas ajuizou ação de indenização contra o “Banco do Brasil S/A”, sob as seguintes alegações:

Em 15.03.1995, cedeu seu cartão bancário e senha a Greyce Roland Magalhães Stabile, a fim de que esta obtivesse um extrato de sua conta corrente; dentro da agência bancária, um indivíduo aplicou na Srª. Greyce Stabile o chamado “golpe do cartão”, vindo a trocar os dois cartões que ela portava, além de observar a senha de ambas as contas, da autora e da própria Greyce; na mesma data, por telefone, o estelionatário solicitou do Banco a transferência de R\$ 11.300,00 (onze mil e trezentos reais) da conta poupança para a conta corrente da autora; em seguida, na agência de Uberaba o desconhecido sacou R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) e R\$ 6.000,00 (seis mil reais); o estelionatário efetuou também saques de parte do limite de cheque especial da autora, além de alguns valores em caixas eletrônicos. Buscando haver o ressarcimento correspondente aos valores indevidamente sacados, argüi a responsabilidade do Banco réu pelos eventos que lhe causaram prejuízo, alegando que a instituição, através de seus prepostos, não agiu com cuidado e diligência necessários para permitir transferências e saques de valores, por pessoa não autorizada, com uso de cartão magnético.

Julgada improcedente a ação em 1ª grau, a Terceira Câmara do Primeiro Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, à unanimidade de votos, negou provimento ao apelo da autora, prejudicados o recurso adesivo e o agravo retido, em acórdão cujos fundamentos se resumem na seguinte ementa:

“Responsabilidade Civil. Cartão magnético de movimentação de contas bancárias. Perda para estelionatário, que causa saques em prejuízo do correntista. Nenhuma a responsabilidade do Banco. Culpa exclusiva do correntista, que permitiu o uso do cartão por terceiro que, por sua vez, foi vítima do ‘golpe do cartão’. Negligência **in vigilando**. Apelo improvido, não conhecidos o adesivo e o agravo retido.” (Fl. 248)

Rejeitados os declaratórios, a autora manifestou este recurso especial com arrimo nas alíneas **a** e **c** do permissor constitucional, apontando afronta aos arts. 1.265 e 1.266 do Código Civil, além de dissídio jurisprudencial. Aduziu que, como correntista do Banco, com ele celebrou verdadeiro contrato de guarda e depósito e que a instituição financeira, ao permitir que terceiro não autorizado se apossasse do bem depositado (seu dinheiro), agiu com imprudência e negligência. Ao final, pugnou pela inteira procedência da ação, condenando-se o recorrido à indenização do total dos prejuízos causados pelo estelionatário ou, alternativamente, pela condenação do Banco ao pagamento da metade dos prejuízos advindos, reconhecendo-se, no mínimo, a sua culpa concorrente no evento danoso.

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

É o relatório.

VOTO VENCIDO

O Sr. Ministro Barros Monteiro (Relator): O REsp é inadmissível.

Em primeiro lugar, a decisão recorrida não teceu consideração alguma em torno dos temas relacionados com os arts. 1.265 e 1.266 do Código Civil, tidos pela recorrente como contrariados. Ausente aí o requisito do prequestionamento, com incidência do enunciado do Verbete Sumular n. 211 desta Corte.

As instâncias ordinárias repeliram a pretensão deduzida pela autora — ora recorrente — pelo motivo primordial de que fora ela imprudente ao entregar à amiga Greyce o seu cartão magnético, assim como a correspondente senha. Eximiu-se o Banco de toda e qualquer responsabilidade por não ter participado, direta ou indiretamente, no evento lesivo.

Apega-se a recursante à circunstância de que, no dia da manobra enganosa, a agência bancária acolheu a solicitação do desconhecido, via telefone, para transferir numerário da conta de poupança para a conta corrente da demandante. Trata-se aí de aspecto secundário da ocorrência, a que tanto a sentença como o v. acórdão não atribuíram relevância em razão de cuidar-se de transferência entre contas de uma mesma pessoa. “Os saques, estes sim, só podem ser feitos via portador do cartão, que sempre será o correntista, a não ser que este permita, como aqui, que desastres aconteçam, não podendo debitá-los, como aqui pretendeu, à erronia qualquer do Banco” (fls. 253/254).

Em verdade, a responsabilização do estabelecimento bancário pelo resultado danoso à recorrente está a depender da apreciação de todo o quadro probatório,

incumbência esta afeta às instâncias ordinárias que são soberanas nesse particular (Súmula n. 07-STJ).

Também o dissenso pretoriano não é passível de consumir-se na espécie ora em exame. Primeiro, porque a recorrente não cuidou propriamente de proceder à demonstração analítica da divergência, mencionando as circunstâncias que assemelhem ou identifiquem as hipóteses confrontadas (arts. 541, parágrafo único, do CPC, e 255, § 2º, do RISTJ). Depois, conforme assinalado, os paradigmas colacionados concernem a apenas um ângulo controverso, a eventual negligência do Banco ao realizar a transferência interna do dinheiro, de uma conta para outra, não tendo tido em consideração, pois, os fatos ocorridos em sua generalidade.

Do quanto foi exposto, não conheço do recurso.

É como voto.

VOTO-MÉRITO

O Sr. Ministro Ruy Rosado de Aguiar: Srs. Ministros, peço vênia aos eminentes Ministros Relator e Cesar Asfor Rocha para conhecer em parte do recurso e lhe dar provimento, uma vez que o banco agiu com negligência ao permitir, por telefone, o saque de R\$ 11.300,00 (onze mil e trezentos reais) da conta poupança, sem acautelar-se com as informações sempre solicitadas nessas ocasiões, necessárias para individualizar a pessoa que estava expedindo a ordem, precauções ainda mais necessárias por se tratar de conta poupança. Foi em razão dessa transferência de numerário que o desconhecido conseguiu sacar os R\$ 11.000,00 (onze mil reais) referidos no relatório. Isso significa a culpa da instituição financeira e, nesse ponto, penso que procede a ação de indenização proposta pela ora recorrente, a qual julgo procedente em parte para deferir o pedido de devolução desse valor de R\$ 11.300,00 (onze mil e trezentos reais), retirado de sua conta poupança. Além disso, a subtração do cartão e da senha ocorreu no recinto da agência, o que também é causa da responsabilidade do banco. Isso posto, conheço do recurso por ofensa ao art. 1.266 do Código Civil e lhe dou parcial provimento, custas por metade e honorários de 10% em favor da autora.

RETIFICAÇÃO DE VOTO

O Sr. Ministro Cesar Asfor Rocha (Presidente): Srs. Ministros, pedindo licença ao Sr. Ministro Barros Monteiro, reconsidero o meu voto, para acompanhar o Sr. Ministro Aldir Passarinho Junior.

Considerando as peculiaridades da hipótese, como bem destacou S. Ex^a., entendo que houve concorrência para o fato objeto desse litígio, de maneira que os prejuízos devem ser suportados por cada um, meio a meio.

VOTO

O Sr. Ministro Aldir Passarinho Junior: Coloco-me em uma posição intermediária, rogando vênias, ante os fatos trazidos à colação no acórdão estadual e ressaltados pelo eminente Relator e demais pares.

É que, em minha compreensão, as duas partes agiram com imprudência e negligência.

A autora, por confiar a terceira pessoa, que se deixou enganar ou não soube tomar as precauções necessárias na manipulação de cartão bancário, e o estabelecimento réu, que não foi diligente com a tomada de informações sobre a pessoa do sacador, como demonstrado no voto do Ministro Ruy Rosado de Aguiar.

Em tais circunstâncias, estou em reconhecer a concorrência proporcional de culpas, conhecendo em parte do recurso especial e dando-lhe parcial provimento, para condenar o réu a ressarcir a autora em metade dos danos apurados.

Custas e honorários reciprocamente compensados.

É como voto.

VOTO

O Sr. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira: Sr. Presidente, peço vênia aos Srs. Ministros Barros Monteiro e Cesar Asfor Rocha para acompanhar V. Ex^a. Quer-me parecer que a responsabilidade do banco, quanto aos valores levantados por quem subtraiu o cartão criminosamente, deve-se à circunstância de o banco não ter tido a devida cautela na transferência do numerário da conta poupança para a conta corrente.

Ademais, tenho para mim que o ato de deixar o cartão com um amigo ou amiga de extrema confiança, por si só, não gera culpa da parte do titular do cartão.

Também conheço em parte do recurso e, nessa parte, dou-lhe provimento.

RECURSO ESPECIAL N. 421.025 — RS (2002/0032023-0)

Relator: Ministro Fernando Gonçalves

Recorrente: Caciban — Caixa de Auxílio dos Funcionários do Banco Nacional do Comércio S/A

Advogados: Roberto Carneiro da Cunha Moreira e outros

Recorrida: Maria de Lourdes Lemos

Advogados: Adalberto Libório Barros Filho e outros

EMENTA

Previdência privada. Complementação de aposentadoria. Benefícios concedidos pelo empregador aos funcionários ativos. Isonomia com os inativos. Interpretação de cláusula estatutária. Súmula n. 05-STJ. Incidência. Prescrição quinquenal. Reconhecimento.

1. Reconhecido pelas instâncias ordinárias o direito do associado à complementação de aposentadoria com base na interpretação de disposições estatutárias, a pretensão de rever esse entendimento encontra óbice no Enunciado n. 05 da súmula desta Corte. Precedentes.

2. “A ação de cobrança de parcelas de complementação de aposentadoria pela previdência privada prescreve em cinco anos” (Súmula n. 291-STJ).

3. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa extensão, provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer em parte do recurso e, nessa parte, dar-lhe provimento. Os Ministros Aldir Passarinho Junior, Jorge Scartezzini, Barros Monteiro e Cesar Asfor Rocha votaram com o Ministro-Relator.

Brasília (DF), 19 de abril de 2005 (data do julgamento).

Ministro Fernando Gonçalves, Relator

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Fernando Gonçalves: Nos autos de ação ordinária de cobrança, a Caixa de Auxílio dos Funcionários do Banco Nacional do Comércio — Caciban foi condenada ao pagamento de complementação da aposentadoria de ex-funcionária, concedendo-lhe benefícios outorgados aos funcionários em atividade, através de acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul assim ementado, **verbis**:

“Previdência privada. Aposentadoria. Complementação.

É devida, pelas associações de funcionários, atuando em caráter de instituições de previdência privada, a complementação da aposentadoria de seus ex-funcionários, concedendo-lhes os mesmos benefícios que são concedidos aos em atividade. São devidas aquelas parcelas que já percebiam quando se encontravam em atividade.

Apelação parcialmente provida. Unânime.” (Fl. 139)

Tirado o especial com fundamento nas alíneas **a** e **c** do permissivo constitucional, sustenta a recorrente violação aos arts. 178, § 10, II, 177 e 1.090 do Código Civil de 1916, ao art. 103 da Lei n. 8.213/1991 e divergência jurisprudencial.

Em preliminar, alega a recorrente a prescrição da ação pelo decurso do prazo quinquenal para a reclamação da complementação dos benefícios. No mérito, insurge-se contra a possibilidade de remuneração do benefício concedido a ex-funcionário, com base em vantagens deferidas pelo empregador, por mera liberalidade, a funcionários da ativa, porquanto o Estatuto da Entidade de Previdência Privada somente “previa e prevê o pagamento a seus associados de *aumentos coletivos*, decorrentes de lei, de dissídio ou de acordo intersindical, concedidas em caráter geral aos ativos, para fim de complementação de benefícios previdenciários.” (Fl. 181)

Com as contra-razões de fls. 203/210 foi o recurso admitido na origem.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Fernando Gonçalves (Relator): No que tange ao inconformismo da recorrente acerca da possibilidade de complementação do benefício de ex-funcionário, com base em aumentos concedidos aos funcionários em atividade, não merece trânsito o especial.

Com efeito, ao fixar, o aresto recorrido, a possibilidade da complementação da aposentadoria de ex-funcionário nos moldes alinhavados, o faz mediante interpretação

do estatuto da entidade de previdência privada. É o que se constata de trecho do voto do Desembargador João Pedro Freire, **verbis**:

“O Estatuto da ré expressa que os proventos de aposentadoria percebidos por seus ex-funcionários serão sempre complementados na exata medida em que vierem a sofrer majoração dos vencimentos, nos mesmos moldes que os aumentos concedidos aos funcionários em atividade.

Os arts. 1º, 2º e 12 do Regulamento do DAB referem que os associados aposentados terão reajustados seus proventos na mesma proporcionalidade dos aumentos concedidos aos empregados da ativa, inclusive, outras vantagens adicionais. Assim, resta claro que inclui as parcelas derivadas de acordos coletivos que importam em ganho a maior por parte daqueles que já alcançaram sua jubilação, vez que a estes não foram, ainda, contemplados com a totalidade das vantagens.

No tocante ao abono salarial único de 45% concedido aos trabalhadores da ativa, de acordo com a Convenção Coletiva de Trabalho de 1996/1997, alcança também aos aposentados, porque previsto no Regulamento em seu art. 12.

Embora a matéria seja um tanto polêmica, esta Corte já firmou posição em torno do tema, quando examinou o teor dos regulamentos das associações (DAB, Caciban e IAS), neste e em outros julgados que tive oportunidade de examinar, estou convicto que a complementação postulada pelo autor encontra amparo em tais regulamentos e estatutos.” (Fl. 142)

Nesse diapasão, mostra-se intransponível, para conhecimento do recurso, o óbice estatuído pela Súmula n. 05 desta Corte, porquanto pleiteia a recorrente a simples revisão de cláusula estatutária.

Esse posicionamento não é novidade nas Turmas integrantes da Segunda Seção dessa Corte. Na mesma linha, podem ser invocados os precedentes seguintes:

“Previdência privada. Complementação de aposentadoria. Isonomia com os empregados em atividade. Interpretação de cláusula estatutária. Súmula n. 05-STJ.

Reconhecido pelas instâncias de origem o direito do associado à *complementação de aposentadoria* com base na interpretação de disposições estatutárias, a pretensão de rever esse entendimento encontra óbice no Enunciado n. 05 da súmula desta Corte.

Agravo a que se nega provimento.” (AgRg no REsp n. 656.843/RS, Relator Ministro Castro Filho, DJ de 14.02.2005)

“Processual Civil. Previdência privada. Complementação de aposentadoria. Súmula n. 05-STJ.

Decidiu o Tribunal **a quo** ter o autor, servidor aposentado, direito à complementação de aposentadoria porque assentado no regulamento da entidade privada que as vantagens concedidas aos ativos se estendem aos inativos. A modificação desse entendimento encontra óbice na Súmula n. 05 desta Corte.

Agravo regimental desprovido.” (AgRg no Ag n. 554.619/RS, Relator Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, DJ de 17.12.2004)

“Civil e Processual Civil. Agravo regimental em agravo de instrumento. Previdência privada. Complementação. Aposentadoria. Inativos. Recebimento como se fosse ativo. Previsão estatutária. Súmula n. 05-STJ. Art. 1.090 do antigo Código Civil. Contrato benéfico. Inaplicabilidade ao caso. Prequestionamento. Ausência. Improvimento.” (AgRg no Ag n. 597.526/RS, Relator Ministro Aldir Passarinho Junior, DJ de 14.03.2005)

Quanto à tese da ocorrência do prazo prescricional quinquenal, melhor sorte assiste à recorrente.

Na assentada do dia 26.05.2003, quando do julgamento do Recurso Especial n. 460.168/RS, sendo Relator para o acórdão o Ministro Aldir Passarinho Junior, a Quarta Turma desta Corte fixou entendimento no sentido de que “a prescrição das parcelas alusivas a diferenças de complementação de aposentadoria, de previdência privada, é de cinco anos e não vintenária”, entendimento posteriormente ratificado pela Segunda Seção desta Corte com a edição da Súmula n. 291-STJ, publicada do DJ em 13.05.2004, **verbis**:

“A ação de cobrança de parcelas de complementação de aposentadoria pela previdência privada prescreve em cinco anos.”

Na mesma linha destacam-se os precedentes:

“Previdência privada. Pagamento de pensão. Prescrição. Arts. 178, § 10, II, e 1.090 do Código Civil de 1916. Precedentes da Corte.

1. Como já decidiu a Corte, aplica-se a prescrição quinquenal prevista no art. 178, § 10, II, do Código Civil de 1916 para as parcelas devidas em decorrência de plano de benefícios de entidade de previdência privada.

2. O art. 1.090 do Código Civil de 1916 não incide em casos como o presente, porque não se trata de contrato benéfico.

3. Recursos especiais conhecidos e providos, em parte.” (REsp n. 595.229/RS, Relator Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, DJ de 17.05.2004)

“Previdência privada. Complementação de aposentadoria. Aumentos reais concedidos pelo empregador aos funcionários ativos, de igual categoria à do autor. Sentença condicional. Inexistência no caso. Prescrição quinquenal.

— Não se mostra condicional a sentença que estende ao autor os mesmos aumentos reais concedidos pelo empregador aos funcionários da ativa, de igual categoria à sua, apenas relegando à liquidação a apuração dos valores.

— ‘A ação de cobrança de parcelas de complementação de aposentadoria pela previdência privada prescreve em cinco anos’ (Súmula n. 291-STJ).

Recurso especial conhecido, em parte, e provido”. (REsp n. 325.855/RS; Relator Ministro Barros Monteiro, DJ de 16.11.2004)

In casu, infere-se que a ação foi ajuizada em 13.10.1997, pleiteando a autora a complementação de sua aposentadoria calculada em benefícios concedidos em novembro/1989, outubro/1991 e setembro/1994 (fls. 04/05) a funcionários em atividade. Neste contexto, adequadas as razões consignadas pelo Ministro Barros Monteiro, quando do julgamento do REsp n. 325.855/RS, envolvendo caso idêntico ao dos autos, **verbis**:

“Logo, havendo essa ação sido proposta no dia 10 de novembro de 1997 (fl. 2), acham-se prescritas as verbas vencidas anteriormente a 10 de novembro de 1992. Eis por que, mantidas as condenações relativas aos itens **b** e **c** impostas pela sentença (fl. 316, **in fine**), é de acolher-se a arguição de prescrição no tocante às parcelas de complementação da aposentadoria anteriores a 10.11.1992; incluindo-se aí, destarte, as diferenças de complementação de proventos atinentes aos aumentos reais correspondentes aos períodos de novembro/1989, outubro/1991 e outubro/1992, expressamente referidos à fl. 4.”

Ante o exposto, conheço parcialmente do recurso e, nessa extensão, dou-lhe provimento para acolher, parcialmente, a arguição de prescrição na forma acima referida.

Honorários de advogado fixados em R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), a serem pagos na proporção de 1/3 pela recorrente e 2/3 pela recorrida, compensando-se na forma da lei (art. 21 do CPC — REsp n. 330.848/PR), ressalvada a hipótese do benefício da assistência judiciária, atualizados a partir desta data.

RECURSO ESPECIAL N. 439.376 — RJ (2002/0057826-0)

Relator: Ministro Barros Monteiro

Recorrentes: Paulo Cezar Sales Barrozo e outro

Advogados: Evandro Pertence e outros

Recorrida: Caroline Carvalho Bianchini

Advogados: Itapuã Prestes de Messias e outros

Sustentação oral: Evandro Pertence, pelo recorrente e Itapuã Preste de Messias, pela requerida

EMENTA

Guarda de menor. Disputa entre avós paternos e a mãe. Imputações feitas à genitora que não se comprovaram. Interesses superiores da criança. Atendimento.

— A mãe possui naturalmente preferência na guarda do filho, em relação aos avós. Qualificação suficiente da genitora para prover à criação e educação da criança. Apenas em hipóteses excepcionais, aqui não ocorrentes, é que se deve afastá-la da companhia da menor.

Recurso especial não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por maioria, não conhecer do recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator, na forma do relatório e notas taquigráficas precedentes que integram o presente julgado. Vencidos os Srs. Ministros Ruy Rosado de Aguiar e Sálvio de Figueiredo Teixeira. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Fernando Gonçalves e Aldir Passarinho Junior.

Brasília (DF), 27 de maio de 2003 (data do julgamento).

Ministro Barros Monteiro, Relator

DJ de 06.09.2004

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Barros Monteiro: Paulo Cezar Sales Barrozo e Amélia Daflon Barrozo ajuizaram contra Caroline Carvalho Bianchini medida cautelar de guarda seguida de ação ordinária de guarda e responsabilidade, visando obter a guarda definitiva da menor Maria Bianchini Barrozo, filha da ré e neta (pelo lado paterno) deles, autores. Aduziram que têm a posse de fato sobre a criança, principalmente após a morte de seu pai, sendo certo que a ré se mostra negligente e desinteressada quanto à sua criação e educação.

Concedeu-se a liminar na medida cautelar, tendo sido a guarda da menor provisoriamente deferida aos autores. Cassada a liminar, foi reestabelecida em julgamento de agravo de instrumento.

A MM^a. Juíza de Direito da Vara Única da Comarca de Cordeiro — RJ, entendendo que, “de todo o processo, de toda a sua instrução, não há revelação de não ser psicologicamente recomendável e muito menos juridicamente necessária a manutenção da guarda pelos avós deferida na medida cautelar”, julgou improcedentes “as ações e os pedidos para determinar que a guarda e responsabilidade sejam de Caroline Carvalho Bianchini, em caráter definitivo, cessando os efeitos da medida concessiva na medida cautelar”.

Na oportunidade, a MM^a. Juíza de Direito determinou o imediato cumprimento da sentença, com a entrega da criança à mãe. Os autores, contudo, impetraram mandado de segurança, conseguindo, com o deferimento de liminar, que a menor permanecesse consigo até o julgamento da apelação.

A Décima Câmara do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, por maioria, negou provimento ao apelo dos autores, em acórdão assim fundamentado, no que ora interessa, **in verbis**:

“(…)

Feitas estas considerações preliminares, que eram necessárias, para realçar os aspectos humanos e emocionais do conflito, passemos à sua solução jurídica, à luz do direito aplicável e das provas produzidas.

Desde a medida cautelar em apenso, e em sua longa inicial da ação principal, os autores afirmam que será melhor para a menor que a guarda lhes seja em definitivo concedida, já que ela vive em sua companhia, praticamente desde que nasceu, enquanto a ré não a alimentava, não fazia a higiene necessária, deixando-a com terceiros, pelo que Maria apresentava, quando ficava em companhia da mãe, patologias cutâneas, como assaduras, alergias, e distúrbios do sono.

Ainda segundo a versão dos autores, Maria era vista na rua com qualquer pessoa, já que a mãe a entregava a amigas, às vezes meros conhecidos, mas com ela não ficava.

Aludem os autores ao verdadeiro pavor que a menor denotava, ao perceber que iria para a casa da mãe, juntando, inclusive, fitas de vídeo, para confirmar o fato.

Pintam os autores, com cores fortes, a personalidade da ré, que, segundo depoimentos de familiares e amigos, sempre foi emocionalmente instável, já tendo quatro relacionamentos frustrados, após a morte do pai de Maria.

Acusam os autores que a ré mantém relacionamentos com pessoas de péssima índole e com deformação de personalidade. Segue-se um rosário de acusações, inclusive de freqüentar bares em companhia da filha, cultos afro, também em sua companhia, e concluem invocando os superiores interesses da criança, assegurados pelo ECA, o que recomenda que lhes seja confiada a guarda definitiva.

A inicial vem enriquecida por dezenas de fotos de Maria e do saudável ambiente em que vive, com os avós e tios, cercada de conforto, segurança e amor, do que não tem este Relator a mais leve dúvida e nem é contestado, a rigor, pela ré.

Seguem-se, como costuma acontecer em casos semelhantes, dezenas de declarações de professores, médicos e pessoas amigas, inclusive de um Promotor de Justiça, todas no sentido de atestar que Maria é tratada como filha dos autores, que reúnem todas as condições morais e materiais para criá-la, devotando-lhe ‘um amor intenso’.

Tudo isso carece de prova, pois jamais foi negado e emana das próprias circunstâncias dos fatos.

Na sua resposta, também como é comum, a ré sustenta versão inversa, afirmando que os autores procuram compensar a morte trágica do filho, tendo a neta em sua companhia, transferindo para ela o amor que nutriam pelo filho morto.

Sustenta que sempre criou a filha com amor e cuidado, dentro de suas posses, e junta, também, dezenas de declarações de pessoas que atestam sua versão e desmentem a dos autores.

Seguem-se quase 200 páginas de atestados, abaixo-assinados, declarações e fotos, onde aparece Maria, em companhia da mãe, denotando alegria e felicidade, com os avós maternos.

Há, neste particular, verdadeiro empate de fotos, atestados e declarações, que engordam, inutilmente, dois alentados volumes, apoiando versões diametralmente opostas.

A experiência forense já me revelou que tais provas não são definitivas ou confiáveis, já que os amigos, vizinhos e parentes têm a tendência de julgar a situação familiar pela ótica de sua amizade e amor. E parte alguma juntaria declarações que lhe fossem contrárias. As fotos também são tiradas em momentos especiais, de festas ou episódios felizes. Nunca se viu, em ações iguais, fotos de crianças sendo agredidas, beliscadas, chorando de pavor, deixadas abandonadas e trancadas em quartos escuros. Elas estão sempre apagando

velas de bolos, enfeitadas, fantasiadas, no meio de brinquedos coloridos, no colo protetor de pais, avós, tios ou amigos.

A prova oral também é divergente. As testemunhas de cada parte sustentam suas respectivas versões.

Não há como tirar uma convicção apenas pela leitura das peças dos advogados, todos competentes, hábeis e brilhantes, ou pela simples leitura das declarações e abaixo-assinados ou dos depoimentos das testemunhas.

A natureza dialética do processo, principalmente em casos como o destes autos, impede ou dificulta a descoberta da verdade real.

Os argumentos dos autores foram até agora tão impressionantes que, durante quase todo o curso das ações, a guarda provisória da menor foi a eles garantida, através de sucessivas liminares, confirmadas ou cassadas em vários agravos de instrumento e mandados de segurança. E isto também porque pareceu a todos os que já proferiram decisão nestes sucessivos processos, além do Relator, como os Desembargadores Jorge Magalhães, Wilson Marques e Roberto Wider, que era mais prudente manter o **status quo**, já que a menor esteve a maior parte de sua vida com os avós, com os quais não corria o menor risco.

Todas estas medidas, revestidas de caráter cautelar, sempre foram adotadas para resguardar os supremos interesses da menor, e jamais constituíram prejuízo ao mérito, o que só agora se pode fazer, uma vez concluída a instrução.

O que se podia fazer, durante o longo trâmite da ação, era manter, o mais possível, a situação atual, garantindo à mãe um adequado regime de visitação, até na esperança de que as partes celebrassem um acordo.

O Relator chegou a promover em seu gabinete uma audiência especial, com a presença das partes, dos advogados, da menor, envidando todos os seus esforços no sentido de obter a transação, o que não foi possível alcançar. De tal audiência restou apenas a fixação de um regime provisório de visitação, uma espécie de guarda partilhada, mantido com grande dificuldade e gerando vários incidentes, que o Relator procurou resolver com paciência e prudência, até que se chegasse ao julgamento final.

A única prova confiável, que pode servir de norte ao julgador, apontando a verdade real, é a pericial. Só os especialistas em psicologia infantil, em serviço social ou relações familiares, podem separar a paixão e o ódio que estas páginas destilam e sugerir uma solução que preserve melhor o futuro de Maria.

Dois estudos sociais e psicológicos foram realizados nestes autos.

O primeiro, na medida cautelar em apenso, foi realizado no dia 12.11.1997, há exatamente 2 anos, pela psicóloga Dr^a. Elizabeth Belchior Hermanson, e o laudo encontra-se às fls. 355/369 da medida cautelar em apenso.

Após fazer o histórico dos fatos que deram origem à ação, e de traçar o perfil psicológico das partes, após as entrevistas pessoais realizadas, a Perita tece considerações iguais às do Relator, no início de seu voto, deplorando a impossibilidade de um acordo e a incapacidade das partes em canalizar, positivamente, o seu amor por Maria.

Quanto aos autores, observou a Perita que reúnem, sem dúvida, condições para ter a guarda da neta, observando que 'é inegável que o intenso investimento afetivo dessa família seja muito importante para a formação e fortalecimento de uma auto-imagem positiva dessa criança'.

Em relação à ré, o laudo não endossa as acusações que lhe foram feitas pelos autores. Disse a Perita que 'todas as colocações que foram feitas pelos autores, em relação a sua inadequação e incapacidade em ser mãe de Maria foram tomando em suas palavras, e em seu Relator, um outro sentido'.

Observa a Perita que 'seu momento ainda é de consolidação de seu crescimento emocional, de adquirir suas certezas através de experiências de vida que lhe permitam fazer frente a seus conflitos pessoais'. Pareceu aos olhos da Perita que a ré, embora visivelmente assustada diante 'da força dos Barrozos', expressa 'em sua fala, em seu olhar, em seu pensamento, uma vitalidade jovem, tão importante e necessária para dar conta do trabalho que a vida exige para se viver com sentido'.

E conclui a Perita, em relação à ré, que 'o que foi observado nesta jovem assustada pelas possíveis conseqüências desse processo foi muita determinação e bons propósitos', restando apenas saber 'se o seu posicionamento é conseqüência desse susto ou se são intenções que vieram para ficar'.

Muito mais significativo, na leitura deste laudo, foi o resultado das entrevistas da Perita com a menor Maria, que, no seu entender, estava bem, neste momento, no que se refere à presença afetiva constante e harmoniosa e cuidados básicos corporais com a higiene e alimentação.

Ressalte-se que Maria, quando da realização do laudo, encontrava-se na companhia dos avós, autores da ação, em razão de liminar que lhes foi concedida, na medida cautelar e confirmada em 2º grau.

Afirma a Perita que, no momento do laudo, Maria estava bem, mas que é preciso examinar a questão 'daqui a alguns anos'. O que significará estar bem para Maria, perguntam a Perita, e este Relator, que têm iguais preocupações.

No futuro é inevitável que Maria se faça as mesmas perguntas que o Santo Papa formulou, ao visitar pela primeira vez o Brasil, e se dirigindo a seminaristas, futuros sacerdotes: ‘quem sou eu, de onde vim, para onde quero ir’.

Maria se perguntará no futuro, garante a Perita: ‘Por que minha mãe não pôde ficar comigo?’.

E conclui a Perita: ‘se essa mãe for realmente incapaz de assumi-la, uma resposta adequada se apresentará. Mas, e se essa mãe for capaz de assumi-la, mesmo que não seja em situações ideais, que resposta terá essa criança a não ser a do não-desejo, do abandono?’

Depois de todos estes exames observou a Perita que, naquele momento, e para o bem de Maria, era melhor manter a liminar, que lhe proporcionou uma estabilidade e maior organização no seu dia-a-dia, e o mais importante, a possibilidade de ser criado um vínculo com a mãe. Houve, segundo o laudo, ‘um assentamento’ das angústias e expectativas dos avós, da mãe e da menor.

Há uma importante observação da Perita, ao final de seu magnífico trabalho, o que muito impressionou o Relator. É quando ela diz que se deve fazer uso da força estruturante da família Barrozo ‘sem que isto seja invasivo a ponto de não permitir que Caroline estruture sua própria família’.

E, encerrando o laudo, sugere a Perita: ‘Em síntese, a hora é de solidificar, através de orientação adequada da situação atual, o lugar ideal para Maria, *que é junto à sua mãe*’ (grifo nosso).

Propõe então a Perita que se mantenha, provisoriamente, a guarda com os avós, mas pelo período de um ano, que se expiraria, portanto, em novembro de 1998, quando as partes deveriam se submeter a uma nova avaliação, mediante estudo psicológico, quanto às suas condições e motivações, para exercer a guarda definitiva de Maria.

Esse Relator percebeu logo, desde as primeiras leituras destes autos, que a disputa pela guarda de Maria não pode ser alçada à questão de honra ou de mera medição de forças entre as partes e seus familiares, como parece estar sendo travada até agora. A guarda de Maria não deve ser o fim, por si só, mas o meio necessário a lhe assegurar, no futuro, uma vida feliz e realizada.

Daí por que, ao receber os volumosos autos, e em cumprimento ao sugerido pela 1ª Perita, que examinou o caso, este Relator converteu o julgamento em diligência, depois de ouvir, pessoalmente as partes, para determinar a realização de novo estudo psicológico, que deve servir de base à decisão final que nos cabe proferir.

Este novo estudo foi iniciado em fevereiro de 1999, ou seja, pouco depois de um ano, como foi sugerido pela 1ª Perita, e ficou a cargo de uma psicóloga, especializada em psicologia infantil e familiar, a Drª. Ana Alice Demétrio de Souza Netto, e foi bem mais demorado e aprofundado que o primeiro, estendendo-se até abril de 1999.

Para elaboração de seu laudo, a Perita realizou 17 entrevistas com as partes, além de visitas domiciliares nas residências dos avós e da mãe, visita ao colégio onde Maria se encontra matriculada e ainda observou, pessoalmente, uma retirada da criança da casa dos avós, pela mãe. A Perita também entrevistou o tio paterno da menor, o atual marido da ré, a professora de Maria e o psicólogo que orientou a ré, após a morte do pai de Maria.

Basta isto para demonstrar que se trata de trabalho sério, cuidadoso, eminentemente técnico, assim como o 1º estudo realizado, e que abrangeu todo o universo familiar, afetivo e social em que vive Maria.

Reproduzindo a preocupação deste Relator, começa a Perita apontando um grave risco, decorrente do fato de que durante o longo percurso desta disputa judicial, Maria, uma criança de 3 anos e 9 meses, tem sido alvo de inúmeras idas e vindas de um lar para outro, em decorrência das medidas liminares concedidas, o que lhe provoca inevitável instabilidade emocional, insegurança e medo.

Observa, ainda a Perita, em suas considerações preliminares que em novembro de 1998, ou seja, há exatamente um ano, Caroline, a ré, casa-se com Gilberto, e na cerimônia Maria ocupa o lugar de dama de honra. A mãe estabeleceu o seu lar, conclui a Perita, o que será muito importante para a solução adotada por este Relator.

É impressionante o que a argúcia profissional da Perita percebeu, como o início da disputa. Diz o laudo, e é importante transcrevê-lo, neste ponto:

‘No nascimento de um filho, a mãe começa a desenvolver o sentimento de maternidade através do carinho, do contato e do alimento. Quanto mais ela puder se doar e em melhores condições, mais ela estará enriquecendo o vínculo com sua mãe interna e conseqüentemente com seu filho. No caso de Caroline, devido à sua pouca idade, à época, e as intempéries pelas quais passou, esse vínculo não ficou bem definido.

Esse hiato deixado por Caroline, a não-delimitação do seu lugar de mãe, somando a crença dos avós de que os sintomas de Maria eram de aversão à mãe e que desapareceriam se a retirassem da vida da criança, bem como, a condição emocional instalada em razão da morte de Marco Paulo, foi o que propiciou o início da disputa judicial.

A partir desse momento, Maria passa a ser, oficialmente, objeto de disputa e percebe que implícita nesta está a expectativa de que ela opte, o que faz com que tenha exigências internas opostas, traduzindo a expressão desse conflito na formação do sintoma, que ora se demonstra nas reações de negação às retiradas da casa dos avós, pela mãe.

A reação alegada nos autos pôde ser constatada durante o trabalho pericial. Observa-se nela uma expressão de medo, desde o momento em que é comunicada sobre a vinda da mãe, produzindo visíveis alterações somáticas, como suor frio e palidez. Reage ainda, correndo para fechar as portas e se agarrando aos avós. Mesmo no ambiente de consultório, quando é avisada sobre a sessão conjunta com a mãe, ela apresenta as mesmas reações.

Ocorre que o momento de transição dos avós para a mãe é um momento de incertezas, que cria expectativas, receios e insegurança na criança; mas em contrapartida, quando a mãe e a avó, não se observam as mesmas manifestações, emergindo muita afetividade entre ambas. Cabe aqui transcrever o relato da Professora Mariana: 'Maria fica muito bem em companhia da mãe, porém com um comportamento bastante distinto do que apresenta com a avó; parece que são duas crianças diferentes.'

O lar da mãe é um novo território para Maria. Novo no sentido literal, já que a mãe o estabeleceu recentemente, e ainda, no sentido das novas relações que ele impõe: com o espaço físico, com o marido da mãe, com os amiguinhos, com os animais de estimação, e principalmente por ser um 'reencontro' com a mãe, em um outro momento de vida e perpassado pelo conflito, pela disputa advinda do processo judicial.

Mas a importância da mãe na vida de Maria é seguramente um fato. Caroline tem o desejo de ficar com a filha, e Maria, embora temerosa, quer e precisa desse amor.

Caroline expressa um forte desejo de resgatar sua maternidade, porém mostra dificuldade em perceber a dimensão do conflito de Maria, quando supõe que tendo a guarda definitiva os sintomas desaparecerão. Isso não deve ser esperado, na medida em que esta reação aponta para uma questão mais complexa, provavelmente tendo sua origem nas primeiras relações mãe-bebê. Entende-se que o impedimento de Caroline é também uma dificuldade de aceitar que esse conflito exista. Sua resistência é cabível à medida em que é extremamente difícil para uma mãe reconhecer um traço de rejeição do filho, implicando isto, também, em aceitar sua parcela de responsabilidade na dinâmica da situação. Resiste também Caroline, pois o momento de vida em que se encontra

é o de formação de sua própria família, propiciado pelo casamento, e, certamente, este é um momento de expectativas positivas, não lhe sendo possível entrar em contato com aspectos dolorosos da realidade.

Os avós relatam que Maria demonstra ter medo de Gilberto, marido de Caroline. O que se observou foi uma grande expectativa da mãe, e do próprio Gilberto, de que este ocupe, para Maria, o lugar de pai. Depreende-se que, na medida em que ele aparece nessa história como um estranho que leva parte do amor de sua mãe, amor este já tão ameaçado, decerto, Gilberto representa, neste sentido, uma ameaça para Maria. Por outro lado, o seu desejo de ocupar o lugar de pai funciona como mais um sentimento de ameaça, pois este lugar, o da figura paterna, é ocupado pelo avô. Acredita-se que com a convivência continuada, essa relação, entre Gilberto e Maria, possa se desenvolver positivamente, sendo diluídos gradativamente esses medos, desde que respeitados os laços afetivos que Maria tem estabelecidos, principalmente com seu avô.

Os laços afetivos entre Maria e sua avó Amélia já têm uma outra conotação. A avó realiza a função materna, através de cuidados, colo, afeto e proteção, mas a figura de mãe, o laço materno, ainda não estabeleceu seus reais contornos. A avó pontua para a neta, de acordo com seu relato, de que sua mãe é Caroline, e mesmo que não o fizesse, a mãe é uma presença para ela, mesmo na sua ausência?.

Sugere, então, a Perita que a guarda definitiva seja confiada à mãe, mas que a transição não deve ser traumática, imediata.

Afirma a Perita, o que foi decisivo para a convicção deste Relator:

‘No entanto, não foi observado no comportamento da mãe, nenhuma característica que impossibilite o exercício da maternidade, e nem concluiu-se que a reação de Maria seja um indicador da escolha da criança em não conviver com sua mãe’ (grifo nosso).

Os autores, com os quais me solidarizo, nos deram um exemplo comovente de dação total, amparando a neta, em momento tão difícil, e mantendo-a protegida e saudável.

Cumpriram o seu papel, e disto devem para sempre se orgulhar e merecem a gratidão e o respeito da ré.

Mas não podem pretender substituir a mãe para sempre, já que esta não é a função dos avós.

Não encontramos nos autos, por mais que tenhamos procurado, um só motivo para impedir que a ré possa exercer o seu direito natural ao exercício da maternidade.

Na época do nascimento de Maria talvez não reunisse ela, ainda que quase uma jovem adolescente, as condições para assumir sua condição de mãe. Era ela emocionalmente instável, fruto de uma família de pais separados, com as angústias e pecados de uma geração quase perdida pela rápida mudança dos valores éticos. Mãe solteira, ainda muito jovem, é natural que se assustasse diante da enorme responsabilidade de criar uma filha que não fora realmente desejada.

E o que é pior: um ano depois do nascimento morre o pai de sua filha, em trágico acidente de carro, o que deve ter aumentado sua sensação de impotência, para criar a filha.

Talvez seu gesto maior de amor pela filha, ainda que possivelmente inconsciente, foi ter renunciado, em parte, a ela, preferindo deixá-la com os avós, que, na época, reuniam, sem dúvida, melhores condições para criá-la.

Quatro anos, entretanto, se passaram, e a ré, segundo a Perita, amadureceu.

Constituiu um lar, através do casamento, nada havendo que desabone a conduta do marido. Trabalha em tempo integral, na Prefeitura de Macuco e está concluindo o curso de Direito.

Ao que consta dos autos, não tem vícios, é saudável e demonstra intenso amor pela filha, sem o que não estaria há tanto tempo travando esta desgastante batalha judicial.

Não se vislumbra, pelo menos por ora, na pessoa da ré, uma mãe negligente e leviana, que não possa assumir o seu papel natural.

Por outro lado, não se pode dar à criança uma família substituta, transferindo a guarda, se não está ela em situação de abandono ou irregular e se a mãe biológica revela condições de tê-la em sua companhia.

Estabelece o art. 382 do CCB, que, dissolvido o casamento pela morte de um dos cônjuges, o pátrio poder compete ao cônjuge sobrevivente, o que também agora se aplica, por analogia, à união estável.

E é direito-dever dos pais ter os filhos em sua companhia e guarda, segundo o que dispõe o art. 384, n. II, do CCB.

Toda a doutrina se orienta no sentido de que só se deve destituir a mãe, da guarda ou do exercício do pátrio poder, em casos excepcionais, e no estrito interesse do menor, sendo certo que a simples diferença de condições econômicas não basta, por si só, para definir a quem deve caber a guarda.

O que os autores precisam compreender é que não estão lhe tirando a neta, que não irão perdê-la.

Ela está simplesmente assumindo a sua sede natural, que é junto à mãe, e isto é verdade, desde que o homem surgiu sobre a Terra.

Nada impedirá que os autores continuem a amar, a amparar e a proteger a neta, inclusive materialmente, sendo-lhes assegurado, como se verá, o mais amplo regime de visitação.

O amor verdadeiro jamais feneceu em razão da distância física.

Por outro lado, os autores e a ré residem na mesma cidade, bem pequena, aliás, o que permitirá a permanência da convivência e o acompanhamento das condições de vida de Maria.

Como se não bastasse, é sabido e ressabido que as sentenças que decidem a guarda de menores estão sempre subsumidas à cláusula **rebus sic stantibus**, pelo que, a qualquer tempo, a guarda pode ser invertida ou modificada, diante de fatos supervenientes, que alterem as condições vigentes à época da sentença.

Se não se concretizarem as expectativas das Peritas, em relação à ré e ao seu amadurecimento, se a permanência com a mãe estiver ameaçando a formação moral, física ou psicológica de Maria, poderão os autores pugnar pela modificação da sentença, o que certamente farão, já que sempre se mostraram tão zelosos.

O que este Relator deseja ardentemente, muito mais como homem, do que como Magistrado, é que as partes descubram, finalmente, que a hora é de somar, de construir, de renunciar, de amar o amor total, que não pode ser egoísta, exclusivista ou possessivo. A hora da divisão, da subtração, já passou, e deixou seqüelas que só o tempo apagará, se as partes agiram de boa-fé.

Se persistirem o acórdão e a sentença de 1ª grau, e se as partes compreenderem as razões que os ditaram, todos vencerão a causa, e Maria, no futuro, talvez quando se tornar também mãe, poderá ter o orgulho de dizer que foi amada intensamente pelos seus atuais referenciais afetivos, que são os autores e a ré, e que a perda prematura de seu pai foi compensada pela sua presença constante e conjunta.

Se, ao contrário, persistir o clima atual, Maria perceberá que foi apenas 'disputada', muito mais um objeto, do que a pessoa enternecedora que ela é, uma pedra, que as partes se atiravam, uma contra a outra, para satisfazer seus ódios e frustrações.

As fitas de vídeo, que tanto impressionam, e que são pungentes, mostrando o verdadeiro pavor de Maria ao ser retirada da casa dos avós, foram mitigadas pelas explicações das Peritas. Passado o momento traumático, em que a menor se sente dividida, não querendo magoar os avós, a quem tanto ama, ela se acalma e, logo depois, segundo a Perita, revela afinidade com a mãe.

Não se pode, assim, decidir a causa apenas pelo exame das fitas, que devem ser apreciadas no conjunto probatório, e não isoladamente.

Por outro lado, que reação se poderia esperar de uma criança, de tão tenra idade, que ainda não conseguiu delimitar, com precisão, seus espaços afetivos?

Como pretender que ela desenvolva uma relação saudável com a mãe, se não se permite a ela conviver com a filha?

Como saber que a mãe não pode exercer os seus deveres e responsabilidades, se não lhe devolvermos o exercício de seu direito natural, que é o de ter a filha em sua companhia?

É importante frisar que o pátrio poder é dos pais, e não dos avós, e só em casos excepcionais se pode retirá-lo da mãe, ainda mais em se tratando de filha de pouca idade.

Em se tratando dos interesses da menor, é amplo o poder discricionário do julgador, não se podendo falar em decisão **extra** ou **ultra petita**.

Cabe ao Juiz adotar as medidas necessárias e adequadas à preservação de seu interesse, no exercício de seu poder cautelar genérico.

Os superiores interesses e direitos da criança devem ser a preocupação primeira do julgador.

A guarda não é apenas direito, mas, acima de tudo, dever.

O parecer do Ministério Público chegou às mesmas conclusões deste Relator.

Por estas razões, nega-se provimento ao recurso, para se conceder à apelada, mãe biológica, a guarda definitiva da menor, mas sendo impostas as seguintes condições e se estabelecendo sistema de transição e visitação que, no entender da Perita, garanta o equilíbrio emocional da menor:

1ª) Durante os primeiros nove meses, período sugerido pela Perita, a menor ficará residindo com a mãe, mas os avós paternos poderão ter a neta em sua companhia três dias por semana e em domingos alternados, ou seja, de quinta-feira até o sábado à noite, numa semana, e de sexta-feira até segunda-feira, pela manhã, na outra;

2ª) Os avós apanharão a menor no colégio, nos dias úteis, devolvendo-a, também no colégio, nas segundas-feiras, sendo que no sábado a menor será entregue na casa da mãe, até às 20 h, para que se evite que as partes se encontrem, na hora da entrega da menor, reduzindo a reação psicológica ainda adversa por ela experimentada;

3ª) Os avós passarão com a menor os dias 24 e 25 de dezembro dos anos ímpares e os dias 31 de dezembro e 1ª de janeiro dos anos pares, invertendo-se esta posição em relação à mãe. Os períodos de Páscoa (Semana Santa) e Carnaval serão passados com os avós, nos anos pares e com a mãe nos ímpares;

4ª) Durante as férias escolares da menor, ficará ela na companhia dos avós, em sua primeira metade, e na da mãe, na 2ª metade, mas a mãe terá preferência no período em que estiver de férias profissionais;

5ª) Cumpridos os nove meses de transição, os avós terão a neta em sua companhia os fins de semana alternados, das 20h de sexta-feira até 20h de domingo, recebendo-a e devolvendo-a na casa da mãe, mantido o regime acima estabelecido, quanto às férias escolares, a Páscoa, o Carnaval, Natal e Ano Novo;

6ª) Também poderão os avós visitar a neta, durante a semana, na casa da mãe, ou no colégio, independente de horário, mas desde que não prejudique seu estudo e repouso;

7ª) Durante os primeiros nove meses, a ré se obriga a se submeter, juntamente com a filha, a acompanhamento psicológico com qualquer dos dois especialistas sugeridos pela Perita, à fl. 694, juntando aos autos relatório final, quanto às condições de adaptação da menor, junto à mãe e o relacionamento com os avós, relatório este a ser feito pelas responsáveis pelo Serviço de Acompanhamento Psicológico deste Tribunal; os custos do acompanhamento psicológico correrão por conta dos autores, já que se trata de prova determinada pela Câmara;

8ª) Obriga-se também a apelada a manter a menor matriculada em colégio e a não retirá-la da Cidade de Cordeiro, daí não se mudando, sem a expressa autorização dos avós e do Juízo.

Pelas razões acima expostas, com as condições elencadas e sujeitas à aferição pelo Juízo da execução da sentença, nega-se provimento ao recurso, mantendo-se a sentença de 1ª grau, inclusive, quanto aos ônus sucumbenciais.

Fica vencido o Desembargador Sócrates Sarmiento, que dava provimento ao recurso, para conceder a guarda, em definitivo, aos autores, invertidos os ônus sucumbenciais. E que Deus permita que estejamos certos.” (Fls. 762/779)

Oferecidos embargos infringentes, foram eles rejeitados, também por maioria. Eis o teor do voto condutor do acórdão:

“Inicialmente, rejeita-se a preliminar de não-conhecimento dos presentes embargos, posto se mostre evidente a divergência entre os eminentes julgadores da Décima Câmara Cível, que, embora não se mostre total mas parcial, ainda assim pode, em tese, justificar o cabimento do recurso de embargos infringentes.

É certo que, sendo parcial o desacordo dos votos, os embargos devem ficar restritos à matéria objeto da divergência (art. 530 do CPC), sendo certo que os embargantes, com o pedido de concessão da guarda e responsabilidade da menor, demonstram que desbordaram dos limites objetivos do recurso. Todavia, com este reparo, os embargos são conhecidos, sendo examinados apenas nos limites do voto-vencido.

A questão posta em julgamento é simples, embora de grande repercussão para as partes que, emocionalmente, estão envolvidas no direcionamento educacional da menor Maria. A certidão de nascimento noticia o seu nascimento em 26.07.1995 (fl. 31) e que, desde então, os avós paternos dela vêm cuidando.

Louvável, sob todos os aspectos, que os avós estejam assistindo, educando e amando a neta, que tem neles a figura dos próprios pais. Todavia, colocada a questão em termos jurídicos, a guarda de menor se traduz em um dever-poder inerente ao próprio pátrio poder e este é deferido naturalmente e legalmente aos pais. Na falta de um, remanesce o do outro. Logo, para o atendimento da pretensão dos avós, necessário seria antes de tudo que a mãe perdesse o pátrio poder. E essa questão não foi objeto da ação proposta.

Aliás, sobre as razões que levaram os eminentes julgadores da Décima Câmara Cível a negar provimento ao recurso de apelação dos avós, entende-se que se acham irretorquivelmente retratadas no voto condutor da lavra do eminente e culto Desembargador Sylvio Capanema de Souza, cuja fundamentação fica aqui adotada e passa a fazer parte integrante do presente acórdão, na forma regimental. Nada se tem a acrescentar ao brilhante voto.

Registre-se, entretanto, que o voto-vencido de uma certa forma, apenas com dilação temporária, também entendeu que a menor deveria passar a conviver com a mãe, pois afirmou o não menos eminente Desembargador Sócrates ‘até maior amadurecimento, até seis anos pelo menos’, o que — é certo — coincide com o entendimento da douta maioria, que, mantendo a sentença, decidiu deferir à mãe a guarda e posse da filha Maria.

De resto, convém salientar que não ocorreu, depois do julgamento colegiado, qualquer modificação fática que pudesse interferir na conclusão do

laudo pericial e na modificação do entendimento da unanimidade dos julgadores do recurso de apelação, que sufragaram o direcionamento do julgado no sentido de conceder à mãe a guarda e posse da menor Maria.

Assim, nega-se provimento ao recurso.” (Fls. 877/878)

Rejeitados os embargos declaratórios, os avós manifestaram este recurso especial com arrimo na alínea **a** do permissor constitucional, apontando violação dos arts. 2º, 128, 460, 530, 535, II, do Código de Processo Civil; 3º, 4º, 5º, 6º, 15, 16, II, 17, 18, 28, § 1º, 33, 34, 35 e 36 do Estatuto da Criança e do Adolescente; 12, I e II, da Convenção sobre o Direito das Crianças das Nações Unidas. Aduziram que, embora provocado pelos embargos de declaração, o v. acórdão não prestou esclarecimentos essenciais ao adequado julgamento do litígio, omitindo-se sobre questões fundamentais. Sustentaram que o julgado, ao considerar a existência do pátrio poder da mãe como óbice à concessão da guarda da criança aos autores, viola os arts. 33, 34, 35 e 36 do ECA, uma vez que, conforme a moderna sistemática ditada pelo mencionado diploma legal, “a guarda outorgada, por sua natureza excepcional e transitória, pode perfeitamente conviver com o pátrio poder, desde que seja a melhor hipótese para atender os ‘interesses prioritários’ da criança e do adolescente, apurados no momento de sua outorga”. Acrescentaram que, “ao antepor o suposto ‘direito natural’ da mãe sobre a criança ao direito da criança de ser cuidada e protegida da forma que melhor atenda às suas necessidades de toda ordem, inclusive psicológicas e emocionais, o acórdão recorrido desconsiderou a nova ordem que deve reger as relações parentais, ditada pelo art. 227 da Constituição Federal e pelos arts. 3º, 4º, 5º, 6º, 15, 17 e 18 do Estatuto da Criança e do Adolescente, todos absoluta e frontalmente violados.” Asseveraram que a criança deve ser ouvida e sua vontade considerada e que, neste caso, não se levou em consideração o anseio de Maria, que, afirmando que gostaria de “morar muito na casa do vovozinho e só um pouquinho na casa da mamãe”, na realidade expressou o desejo de que sua guarda fosse concedida aos avós. Ao final, disseram não estar o pedido de concessão da guarda definitiva da menor aos autores fora dos limites objetivos do recurso de embargos infringentes, uma vez que o desacordo do voto-vencido proferido na apelação, em relação aos demais, foi total e não parcial, como quis fazer entender o v. acórdão recorrido.

Sem as contra-razões, o apelo extremo foi admitido na origem, subindo os autos a esta Corte.

O parecer do Ministério Público Federal é pelo não-conhecimento do recurso. É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Barros Monteiro (Relator): 1. Não ocorre, em primeiro lugar, ofensa ao art. 535, II, do CPC, pois a questão jurídica substancial foi apreciada pela Corte de origem. Basta assinalar que o acórdão da apelação, a cujos fundamentos se reportou a decisão recorrida, examinou todos os aspectos relevantes da causa, ao longo de suas mais de vinte laudas. O julgador, como se sabe, não se acha adstrito às alegações das partes, cabendo-lhe apenas indicar as razões de seu convencimento. Tampouco lhe é exigível que considere, uma a uma, as normas de Lei Federal invocadas pelos litigantes.

2. De outro lado, anódina a disceptação que os recorrentes procuram encetar em torno da limitação objetiva dos embargos infringentes, decorrente do âmbito da divergência havida quando do julgamento da apelação. Em primeiro lugar, porque os infringentes, de todo modo, não foram acolhidos e, ao depois, porque, sendo o deferimento da guarda sempre provisório, conforme eles próprios reconhecem, a sua extensão temporal dependerá sempre da situação de fato ocorrente na vida da infante.

3. Incorreu o acórdão recorrido, de fato, em impropriedade ao asserir que, para atendimento à pretensão dos avós, necessário que previamente perdesse a mãe o pátrio poder. Tal como assinalam os recorrentes em suas razões, podem coexistir o pátrio poder, de um lado, e a guarda, de outro. A exigência de prévia desconstituição do pátrio poder, estabelecida no art. 36, parágrafo único, do ECA, diz respeito à tutela e não à guarda.

Esse fundamento inserto no **decisum** recorrido realmente desprocede, o que, no entanto, não é o bastante para conferir-se agasalho, desde logo, à postulação exordial, pois outros motivos estão a sustentar a decisão guerreada.

4. A menor Maria, nascida em 26.07.1995, contando hoje com quase oito anos de idade, acha-se na companhia dos avós paternos praticamente desde o nascimento. Quando contava com um ano e cinco meses, perdeu o pai em acidente automobilístico. A mãe, depois disso, conquanto residindo em outro local, nunca deixou de visitá-la.

Nesta ação de guarda e responsabilidade, a causa de pedir declarada na peça inaugural consubstancia-se primordialmente no comportamento negligente da genitora e no seu desinteresse pela criação e educação da filha.

Na análise do conjunto probatório, representado por vasta documentação, por depoimentos testemunhais e por dois estudos sociais e psicológicos, as instâncias ordinárias concluíram não ser passível a ora recorrida de nenhuma censura em sua

conduta. Hoje é pessoa casada que trabalha, mantém um lar e que reúne condições para ter ao seu lado a filha menor.

O motivo alegado na inicial, destarte, não colhe, uma vez evidenciado possuir a ré qualificações suficientes para prover à criação, manutenção e educação regulares da criança.

Reza o art. 36, § 2^a, da Lei n. 8.069, de 13.07.1990, que, “excepcionalmente, deferir-se-á a guarda, fora dos casos de tutela e adoção, para atender a situações peculiares ou suprir a falta eventual dos pais ou responsável, podendo ser deferido o direito de representação para a prática de atos determinados”.

Não se trata aqui da segunda hipótese supra-aludida. A guarda aos avós caberia, assim, desde que presente situação peculiar a justificar a modificação na guarda da infante.

Não é esse o caso dos autos.

Inexiste situação particular alguma que recomende suprimir-se a guarda em favor da genitora.

Aí o que deve prevalecer — segundo a jurisprudência remansosa, inclusive desta Casa — é o superior interesse da criança. Tal o valor fundamental a preservar. Nessa linha podem ser mencionados os REspS ns. 469.914/RS e 280.228/PB, ambos de relatoria do Ministro Ruy Rosado de Aguiar; REsp n. 37.051/RS, Relator Ministro Nilson Naves (RSTJ vol. 151, p. 237). **Marco Aurélio S. Viana**, em sua obra “Da Guarda, da Tutela e da Adoção”, anota a propósito: “admite-se, ainda, que a guarda seja deferida fora dos casos de tutela e adoção, para atender a situações peculiares ou suprir a falta eventual dos pais ou responsável. Arma-se o interesse do menor de forma robusta, admitindo-se o exame da guarda em outras situações, quando o bem do menor assim exigir” (pp. 45/46, ed. 1993).

A dificuldade da espécie prende-se à circunstância de que, por um lado, a menor Maria sente-se feliz na companhia dos atuais guardiães, os avós paternos; em contrapartida, não se deve olvidar que a mãe possui efetivamente um direito natural de ter consigo a filha, prover a sua subsistência, educação e desenvolvimento; inexistindo, como afirmado pelas instâncias ordinárias, motivo algum que aconselhe o seu afastamento da criança. O direito natural da mãe, tão criticado pelos recorrentes no REsp, é um direito que deve ser reconhecido e preservado, dado que o filho deve, no decorrer de sua vida, achar-se naturalmente ao lado da genitora. Não pode ele prescindir da presença da progenitora. A preferência natural é desta sobre os avós.

O Relator do julgado da apelação, Desembargador Sylvio Capanema de Souza, destacou em seu douto voto que se valeu sobretudo dos estudos sociais e

psicológicos realizados nos autos. Esses trabalhos não endossam as imputações feitas à ré pelos autores. De sorte que não se pode afirmar que o Sr. Desembargador-Relator, cujo pronunciamento terminou por ser agasalhado em grau de embargos infringentes, tenha ignorado a diretriz que deve nortear o desate de litígios desta natureza: o supremo interesse do menor.

Há asserções acerca de temores manifestados pela infante ao ser anunciada a vinda da progenitora para as visitas. Há, ainda, a notícia segundo a qual teria a criança dito que preferia permanecer muito tempo com os avós e “um pouquinho com a mãe”. Tais aspectos, todavia, não significam incompatibilidade da criança com a progenitora, que, como observado no julgado da apelação, não teve em rigor oportunidade até hoje de ter a filha em sua companhia.

A opinião da criança — inegavelmente sujeito de direitos, reconhecido não só pelo atual Código Civil (art. 1º), mas também pelo anterior (art. 2º) — por certo, é relevante. Nem por isso, entretanto, se pode falar em ofensa aos arts. 16, II, e 28, § 1º, do ECA, pois as peritas psicólogas não asseveraram haver incompatibilidade entre genitora e filha. Nada há que impossibilite, com efeito, a convivência entre ambas.

Em princípio, a mãe é insubstituível e tem ela o direito natural de guarda do filho. Desde que não se visualize no caso — dada a radicalização nas posições — a possibilidade de criação conjunta, harmonizando-se os parentes em torno do desenvolvimento da infante, o melhor é que se defira a guarda à genitora, que, mais amadurecida e experiente, terá melhores condições de prosseguir na sua criação e educação; ao contrário dos avós, que, diante da idade, terão reduzidas as probabilidades de conservar o mesmo nível de assistência.

Como o acórdão recorrido considerou os interesses da menor na solução da demanda; mais, ainda, que a mãe deve ser afastada da criação da filha apenas em hipóteses excepcionais e que ela também reúne qualificações para tanto, não se pode censurar o veredicto proferido pelas instâncias ordinárias, que, precisamente, por se acharem mais próximas às partes, encontram-se em melhores condições para avaliar as razões discrepantes invocadas pelos parentes da menor.

Não vejo, destarte, contrariedade aos vários preceitos do Estatuto da Criança e do Adolescente alegados pelos recorrentes. Ao reverso, observo que a precípua preocupação dos Julgadores foi a de atender ao desenvolvimento e ao bem-estar da menor e, com isso, cumprir a lei vigente.

Não se cogite sequer de eventual modificação abrupta, traumática, da guarda. O acórdão da apelação cuidou, com detalhes, de operar a transição de forma gradual (fls 778/779), de modo a não causar nenhum dano à integridade emocional da infante.

5. Do quanto foi exposto, não conheço do recurso.

É o meu voto.

VOTO VENCIDO

O Sr. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira: Em primeiro lugar, o que me chama atenção é a excelência tanto do voto proferido nesta oportunidade pelo Ministro-Relator — sob o ângulo humano e sob o ângulo jurídico, em que se apreciou todos os aspectos — quanto do acórdão proferido por um dos magistrados dos mais admirados deste País, que é o Desembargador Sílvio Capanema de Souza, um homem de formação civilista, intimamente familiarizado com a matéria em discussão.

Registro, ainda, a excelência dos demais votos proferidos nesta oportunidade e das sustentações que foram pronunciadas. O caso, como se salientou mais de uma vez, é extremamente difícil, sobretudo se levarmos em consideração os aspectos humanos, envolvendo a mãe, os avós e a criança.

Tenho uma posição que é bastante nítida desde que cheguei a este Tribunal e a esta Turma, trazendo comigo não só a minha experiência na Justiça Estadual e nas Comarcas por onde passei, envolvido com a temática do direito do menor, mas, sobretudo, além de outras preocupações no âmbito doutrinário, especialmente uma que trouxe do exercício da judicatura menorista na Comarca de Belo Horizonte. Os dramas que ali pude presenciar, envolvendo crianças, avós e filhos, foram extremamente dolorosos para mim. Aprendi, naquela quadra, ao participar de comentários e na elaboração do Código de Menores de 1979, que a regra de ouro em termos de direito do menor, hoje chamado de Direito da Infância e da Juventude, está na prevalência do interesse do menor.

Essa é a denominada regra de ouro que estava esculpida no art. 5º daquela lei de 1979. Isso tem várias explicações pelos especialistas, que cuidam dessa temática do menor. Essa tem sido, também, a preocupação deste Tribunal e desta Turma. É claro que, no caso presente, quase que se confundem as duas vertentes, porque se a menor está bem com os avós, e assim os autos apontam, também tudo está a dizer, conforme acentuou o minucioso voto do eminente Relator no Segundo Grau, que a menor tem todas as condições de ficar bem amparada ao abrigo da sua mãe, que, segundo consta, é pessoa idônea, que, após um período de instabilidade, hoje está com a vida bem direcionada.

Diante desse quadro, considerando que sob o ângulo jurídico não há nenhuma dúvida de que não houve infração à lei nas decisões das instâncias ordinárias, questiono-me mais em relação à situação da menor nos dias atuais.

Tenho muito receio de que se faça uma experiência com a menor para saber se dará certo ou não o seu convívio com a mãe, sobretudo deixando um lar onde está sendo bem formada, bem cuidada. Ante a incerteza da situação que viverá e aquela que está vivendo e mais, considerando que, ao longo de oito anos, essa menor vem encontrando a felicidade no lar dos seus avós, não me sinto confortável em retirá-la apenas porque há um direito natural da mãe a ter consigo a filha.

Há muito que o Direito Civil e, especialmente, o direito do menor, vem apontando que a convivência com os pais não é um fator decisivo; tanto assim que a chamada teoria da desbiologização chega ao ponto — essa teoria já é predominante não só no Brasil, mas no plano internacional há longos anos — de mostrar que pessoas fora dos laços familiares têm muitas vezes mais condições de criar a criança do que os familiares ou os pais.

Essa é a preocupação que tenho, na mesma linha externada, com a precisão de sempre, pelo Sr. Ministro Ruy Rosado de Aguiar. É claro, também, que é de considerar-se, especialmente em termos de infantes, que os juízes, sobretudo em se tratando de Direito de Família, próximos aos fatos têm condições melhores de avaliar o que é mais conveniente para a formação da criança.

Por isso comecei louvando o voto do Sr. Desembargador Sílvio Capanema, que se deu ao cuidado, inclusive, de ter o contato mais próximo desses fatos. Sem embargo de tudo isso, ainda continuo pendendo para a manutenção de uma situação que me parece muito mais segura do que a tentativa de deixar a criança nos braços de sua mãe, por mais simpática que seja essa situação aos meus olhos.

Gostaria de ver a criança nos braços da mãe, estando felizes as duas e até mesmo os avós, mas não tenho a certeza disso. Nessa certeza, quero crer que na proteção da criança é a mãe que deve esperar, porque, de uma forma ou de outra, foi ela quem causou indiretamente essa situação, por mais dolorosa que seja.

Se a mãe quer conviver com a criança, quer me parecer que a iniciativa deva ser dela em se aproximar dessa criança por meio das visitas e do intercâmbio mais intenso entre esses dois pólos.

Estava a recordar-me no início do julgamento da imagem que a literatura mundial nos traz à colação em termos de lição, em que Salomão, ao receber uma criança reivindicada por duas partes, disse que iria parti-la e entregar metade a cada parte, quando aquela que mais amava disse que preferiria entregar a criança para a outra porque esse realmente é o verdadeiro amor.

Se as duas partes estão desejosas para uma boa formação dessa criança e estão querendo o seu bem não me parece que o melhor caminho seja essa disputa na via judicial.

Por essas circunstâncias, pedindo respeitosa vênia aos magníficos votos proferidos em sentido contrário ao meu, mas não me sentindo tranqüilo para votar diferente, voto-vencido acompanhando a divergência iniciada pelo Sr. Ministro Ruy Rosado de Aguiar.

Sr. Presidente, gostaria de acrescentar que estamos na esfera de guarda, em que não há coisa julgada. Nada impede que em um futuro muito próximo essa guarda possa ser alterada.

O que me impele a votar no sentido em que estou votando é que não se deve subtrair a criança do convívio dos avós, neste momento, no qual ela encontra-se muito bem.

VOTO VENCIDO

O Sr. Ministro Ruy Rosado de Aguiar: Sr. Presidente, esse é um daqueles casos de difícil solução, e muito mais para quem fica distante dos autos.

Nesse tema, de um modo geral, tenho me preocupado em perguntar qual é o interesse da criança, deixando de lado o direito da mãe, do pai, dos avós. O que interessa a essa criança, que nasceu na casa dos avós e até hoje, com oito anos de idade, foi criada na casa dos avós? O que significará a quebra do ambiente familiar? Que influência psicológica sofrerá no momento em que esse ambiente de sua criação e formação for substituído por outro?

Não estou me perguntando se essa mãe tem condições ou não, se ela vive hoje casada ou descasada, se tem amor, se tem dedicação pela criança; pergunto-me se a transferência da guarda, hoje, decorridos tantos anos, não traria uma dificuldade emocional para essa criança, dificilmente superável no futuro. A hipótese da transição, com cuidados, visitas, uma transição pontual e lenta, talvez sirva para mostrar o desacerto da necessidade da própria transição.

Data venia do eminente Ministro-Relator, em razão do estado de fato consolidado durante tantos anos, estaria em deixar a Maria com os seus avós.

Daí por que, Sr. Presidente, conheço do recurso para manter a guarda com os avós. Essa é uma decisão sobre guarda, a qualquer tempo modificável, se no futuro se mostrar evidente a conveniência da sua alteração.

Conheço do recurso e dou-lhe provimento.

VOTO

O Sr. Ministro Aldir Passarinho Junior (Presidente): Srs. Ministros, acompanho o voto do eminente Ministro-Relator, porque me impressionou o voto proferido no Tribunal que diz o seguinte (fls. 713/715):

“Na época do nascimento de Maria talvez não reunisse ela, ainda quase uma jovem adolescente, as condições para assumir sua condição de mãe. Era ela emocionalmente instável, fruto de uma família de pais separados, com as angústias e pecados de uma geração quase perdida pela rápida mudança dos valores éticos. Mãe solteira, ainda muito jovem, é natural que se assustasse diante da enorme responsabilidade de criar uma filha que não fora realmente desejada.

E o que é pior: uma ano depois do nascimento morre o pai de sua filha, em trágico acidente de carro, o que deve ter aumentado sua sensação de impotência, para criar a filha.

Talvez seu gesto maior de amor pela filha, ainda que possivelmente inconsciente, foi ter renunciado, em parte, à ela, preferindo deixá-la com os avós, que, na época, reuniam, sem dúvida, melhores condições para criá-la.

Quatro anos, entretanto, se passaram, e a ré, segundo a Perita, amadureceu.

Constituiu um lar, através do casamento, nada havendo que desabone a conduta do marido. Trabalha em tempo integral, na Prefeitura de Macuco e está concluindo o curso de Direito.

Ao que consta dos autos, não tem vícios, é saudável e demonstra intenso amor pela filha, sem o que não estaria há tanto tempo travando esta desgastante batalha judicial.

Não se vislumbra, pelo menos por ora, na pessoa da ré, uma mãe negligente e leviana, que não possa assumir o seu papel natural.

Por outro lado, não se pode dar à criança uma família substituta, transferindo a guarda, se não está ela em situação de abandono ou irregular e se a mãe biológica revela condições de tê-la em sua companhia.

Estabelece o art. 382 do CCB que, dissolvido o casamento pela morte de um dos cônjuges, o pátrio poder compete ao cônjuge sobrevivente, o que também agora se aplica, por analogia, à união estável.

E é direito-dever dos pais ter os filhos em sua companhia e guarda, segundo o que dispõe o art. 384, n. II, do CCB

Toda a doutrina se orienta no sentido de que só se deve destituir a mãe, da guarda ou do exercício do pátrio poder, em casos excepcionais, e no estrito interesse do menor, sendo certo que a simples diferença de condições econômicas não basta, por si só, para definir a quem deve caber a guarda.

O que os autores precisam compreender é que não estão lhes tirando a neta, que não irão perdê-la.

Ela está simplesmente assumindo a sua sede natural, que é junto à mãe, e isto é verdade, desde que o homem surgiu sobre a terra.”

As ponderações do eminente Ministro Ruy Rosado de Aguiar, na linha de vários precedentes, inclusive um meu, que é citado em memorial, são no sentido de que se deve sempre atentar ao interesse do menor. Contudo, apenas não vejo, nestas circunstâncias descritas pelo acórdão, de que forma o interesse da menor ficaria posto de lado apenas pelo fato de ela residir com a mãe, mesmo porque é uma menina que hoje tem oito anos e não me parece que seria razoável também se afastar a mãe do convívio da menor por ainda muitos e muitos anos mais até ela atingir a maioridade. De outro lado, os avós que são inegavelmente diligentes, terão o maior cuidado, o maior zelo em acompanhar a educação da menor. Como o que se está disputando é apenas a guarda, parece-me que eventualmente não havendo, no futuro, uma boa criação dessa menor por parte da mãe, o Judiciário e este Tribunal estarão atentos para reverter a situação.

Dentro dessas circunstâncias, mas compreendendo, sem dúvida nenhuma, a preocupação do eminente Ministro Ruy Rosado de Aguiar, não posso deixar de acompanhar o voto do eminente Ministro-Relator, não conhecendo do recurso especial.

VOTO

O Sr. Ministro Fernando Gonçalves: Sr. Presidente, o Sr. Ministro Barros Monteiro desenvolve um voto sob o aspecto puramente técnico e legal. Já o Sr. Ministro Ruy Rosado de Aguiar aduz considerações sobre o interesse maior da criança, que deveria permanecer na companhia dos avós. Preocupa-me o fato de, devido a idade, os avós não terem condições de educar e de ministrar à criança os ensinamentos e as diretrizes necessárias à vida. Compartilho com as preocupações do Sr. Ministro Ruy Rosado de Aguiar e fico pensativo com a situação dos avós, recebendo a notícia de que a criança lhes foi tirada. Mas sob o aspecto puramente legal, como desenvolvido pelo Sr. Ministro-Relator, não vejo como se retirar a criança da mãe, contra quem não se trouxe qualquer fato que pudesse desaconselhar a guarda.

Acompanho o voto do Sr. Ministro-Relator, não conhecendo do recurso especial.

RECURSO ESPECIAL N. 511.472 — RN (2003/0004029-0)

Relator: Ministro Aldir Passarinho Junior

Recorrente: Ednaldo Dantas

Advogados: Kliver Richardson Feitosa da Cunha e outros

Recorrida: Transportes Guanabara Ltda

Advogados: Márcio Ruperto Souza das Chagas e outro

EMENTA

Civil. Ação indenizatória. Acidente de trabalho. Ausência de responsabilidade do empregador. Iniciativa exclusiva do empregado em se locomover por meio de transporte (motocicleta) diverso daquele disponibilizado pela empregadora. Infringência à legislação obreira não identificada pelas instâncias ordinárias. Prova. Reexame. Impossibilidade. Súmula n. 07-STJ.

I - Não se identifica culpa da transportadora se o empregado decide se locomover por meio de motocicleta, acidentando-se no percurso, eis que tal condução era diversa daquela oferecida pela empresa, inexistindo, de outro lado, violação à convenção coletiva de trabalho, segundo a conclusão do Tribunal Estadual, soberano no exame da prova e das normas infralegais.

II - “A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial” (Súmula n. 07-STJ).

III - Recurso especial não conhecido.

ACÓRDÃO

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

Brasília (DF), 20 de abril de 2004 (data do julgamento).

Ministro Aldir Passarinho Junior, Relator

DJ de 31.05.2004

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Aldir Passarinho Junior: Ednaldo Dantas interpõe, pelas letras **a e c** do autorizador constitucional, recurso especial contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte, assim ementado (fl. 174):

“Responsabilidade civil. Indenização. Direito comum. Acidente de trabalho. Não-comprovação de culpa do empregador. Ausência denexo de causalidade entre a ação da empresa e o dano sofrido pelo empregado. Excludente de responsabilidade civil. Consubstanciada no caso fortuito. Improcedência do apelo. Confirmação da sentença **a quo**.”

Alega o recorrente que o acidente por ele sofrido decorreu da prestação laboral, posto que deslocou-se em veículo próprio, porém para fazer trabalho da empresa (prestação de contas na garagem da ré).

Aponta ofensa aos arts. 159 e 1.058 do Código Civil anterior, discorrendo sobre a responsabilidade objetiva da empregadora-ré.

Sem contra-razões (fl. 255).

O recurso especial foi admitido na instância de origem pelo despacho presidencial de fls. 256/258.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Aldir Passarinho Junior (Relator): Trata-se de recurso especial em que se discute sobre a responsabilidade civil da recorrida, por acidente ocorrido com seu empregado em trajeto que percorria com sua motocicleta, segundo o mesmo, para dirigir-se ao serviço.

O voto condutor do acórdão, de relatoria do eminente Desembargador Osvaldo Cruz, diz o seguinte (fls. 176/177):

“No caso em análise, o Apelante sustenta que a empresa-ré teve responsabilidade no acidente que o lesionou, tendo em vista que a mesma mudou o seu itinerário, não sendo possível a sua locomoção no ônibus da empresa em tempo hábil ao serviço, fazendo com que o mesmo se dirigisse em sua motocicleta da garagem ao terminal.

Assim, entende que, a mudança em sua linha de trabalho foi a responsável pelo seu acidente, pois, mudou repentinamente o seu trajeto, obrigando-se a se deslocar em sua motocicleta com o intuito de não chegar atrasado no serviço.

Dos autos, verifica-se que a empresa-ré facultava ao seu funcionário o transporte, tendo em vista que o mesmo recebia *tickets*, os quais possibilitavam a locomoção tanto no ônibus da empresa como em qualquer outro. Porém, era recomendado ao funcionário, priorizar o ônibus da empresa, devido à segurança da renda diária.

A sentença considerou que o ocorrido foi um caso fortuito, excludente de responsabilidade civil, não tendo assim, a empresa responsabilidade alguma no fato danoso.

O Código Civil em seu art. 1.058 define caso fortuito ou de força maior como ‘fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir’.

Segundo **Sílvio Rodrigues**, analisando o caso fortuito ou de força maior à luz do texto de lei, é notória a sinonímia entre tais termos, já que o legislador definiu-os conjuntamente. Nesse sentido, o magistrado deve aferir a presença dessas excludentes, com maior ou menor rigor, em cada caso concreto.

Habitualmente, na doutrina, para diferenciar tais institutos, atribui-se ao caso fortuito os eventos oriundos de um comportamento humano, quanto aos de força maior, os provenientes de fenômenos da natureza (como raios, terremotos etc.).

No acidente ocorrido, é notória a imprevisibilidade com a conseqüente inevitabilidade, pois, o imprevisível, tornou-se inevitável, configurando dessa forma, o caso fortuito.

No caso em tela, vê-se que a empresa-ré não teve nenhuma responsabilidade no evento danoso, tendo em vista que a mesma concede ao seu funcionário *tickets* que possibilitam o seu transporte em qualquer ônibus, independente de ser da frota da empresa, ou seja, faculta ao empregado a escolha de sua locomoção, quando o mesmo optou por livre e espontânea vontade fazer esse trajeto em sua motocicleta, assumindo assim, os riscos que porventura poderiam surgir.

Além disso, a cláusula trigésima sexta, parágrafo único, da Convenção Coletiva de Trabalho, dita que ‘o motorista e o cobrador são contratados para executar seus serviços em qualquer veículo da empresa em qualquer horário e em qualquer linha.’ Nesse sentido, a mudança na linha de trabalho do apelante, por si só, não pode responsabilizar a empresa pelo acidente ocorrido, até porque tal mudança é permitida pelo seu regulamento, o qual deve ser do conhecimento de todo o seu quadro funcional.

No tocante à culpa, não se vislumbra a participação culposa da empresa, tendo em vista que a mesma ao mudar o itinerário, em momento algum, contribuiu ao evento danoso, apenas fez um rodízio na linha de trabalho, nos termos do seu regulamento, como é comum em empresas desses tipos.

Por fim, entendo, como o Juízo singular, que realmente o ocorrido foi um caso fortuito, por ter sido um evento imprevisível e, por isso, inevitável. Portanto, excludente de responsabilidade civil.”

Tenho que a decisão não merece reparo.

De efeito, se a opção empresarial para o deslocamento dos empregados era o ônibus, não importa de sua frota ou não, a escolha do autor pela motocicleta tem o condão de afastar o risco empresarial quanto à responsabilidade durante o deslocamento do servidor.

Ademais, a conclusão do aresto estadual está calcada em circunstâncias fáticas, inclusive pela apreciação da convenção coletiva, entendendo que nenhuma infringência às regras de tal norma de trabalho ocorreu, pelo que possível, em tais condições, a alteração do itinerário da linha de ônibus em que trabalhava o autor, ou seu remanejamento para outra.

Incidente, pois, na espécie, a Súmula n. 07 do STJ.

Ante o exposto, não conheço do recurso especial.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 522.282 — SP (2003/0043762-7)

Relator: Ministro Jorge Scartezzini

Recorrente: Barroso Ryo Kamioka

Advogado: José Antônio Pinho

Recorrida: American Express do Brasil Tempo e Companhia

Advogados: Cleuza Anna Cobein e outros

EMENTA

Civil. Processual Civil. Recurso especial. Ação revisional de cláusulas contratuais. Inscrição em cadastro de inadimplentes. Pedido de antecipação de tutela para cancelamento de registro em cadastros de proteção ao crédito. Art. 535, II, CPC. Inocorrência de violação. Súmulas ns. 282 e 356 do STF. Súmula n. 211 do STJ. Incidência.

1. Refoge à competência desta Corte a análise da alegada violação a dispositivos constitucionais, nos exatos termos do art. 105, III, da Constituição Federal.

2. Inexiste a alegada infringência ao art. 535, II, do CPC. A questão suscitada pelo recorrente, relativa ao pedido de concessão de tutela

antecipada para impedir inscrição do nome do devedor nos órgãos restritivos de crédito, foi fundamentadamente apreciada pelo Tribunal **a quo**. Inocorrência de omissão, contradição ou obscuridade. Precedentes.

3. Os dispositivos legais apontados como violados não foram objeto de exame no acórdão recorrido. Ausência de prequestionamento que impossibilita seu conhecimento na via do recurso especial. Incidência das Súmulas ns. 282 e 356 do STF. Ademais, embora o recorrente tenha oposto embargos declaratórios, visando ao prequestionamento das normas supostamente violadas, o Tribunal **a quo** não as apreciou, rejeitando os embargos. Incidência da Súmula n. 211-STJ: “inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo Tribunal **a quo**”.

4. Conforme orientação da Segunda Seção desta Corte, nas ações revisionais de cláusulas contratuais, não cabe a concessão de tutela antecipada para impedir o registro de inadimplentes nos cadastros de proteção ao crédito, salvo nos casos em que o devedor, demonstrando efetivamente que a contestação do débito se funda em bom direito, deposite o valor correspondente à parte reconhecida do débito, ou preste caução idônea, ao prudente arbítrio do magistrado. Precedentes: REsp n. 527.618/RS, 557.148/SP, 541.851/SP, Relator Ministro Cesar Asfor Rocha; REsp n. 610.063/PE, Relator Ministro Fernando Gonçalves; REsp n. 486.064/SP, Relator Ministro Humberto Gomes de Barros).

5. Não tendo havido nenhuma omissão no v. acórdão recorrido, e tendo o Tribunal de origem julgado manifestamente procrastinatórios os embargos interpostos, ao aplicar a sanção prevista no art. 538, parágrafo único, do CPC, a Corte **a quo** não se afastou do entendimento desta Corte. Mantida a multa de 1% sobre o valor da causa. Precedentes.

6. Recurso não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, em não conhecer do recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator, com quem votaram os Srs. Ministros Barros Monteiro, Fernando Gonçalves e Aldir Passarinho Junior. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Cesar Asfor Rocha.

Brasília (DF), 23 de novembro de 2004 (data do julgamento).

Ministro Jorge Scartezzini, Relator

DJ de 17.12.2004

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Jorge Scartezzini: Nos autos de ação ordinária de revisão de cláusulas contratuais, promovida por Barroso Ryo Kamioka, em face de American Express do Brasil Tempo e Cia., foi indeferido, em Juízo de 1ª grau, pedido de tutela antecipada para que fosse excluído o nome do autor, ora recorrente, junto aos órgãos de proteção ao crédito, enquanto **sub judice** o pleito.

Contra a referida decisão interlocutória, o autor interpôs agravo de instrumento, alegando, em síntese, não se justificar a averbação de restrição em razão de os alegados débitos estarem, ainda, sendo discutidos em juízo (fls. 02/33).

Por decisão monocrática, o Primeiro Tribunal de Alçada Cível do Estado de São Paulo indeferiu o pedido (fl. 153); sendo interposto agravo regimental (fls. 196/210), a este foi negado provimento pelo **decisum** colegiado **a quo** (fls. 213/215). O recurso de agravo de instrumento foi, igualmente, desprovido (fls. 221/224), restando o acórdão assim ementado (fl. 221), **verbis**:

“Tutela antecipada — Requisitos — Exclusão do nome do requerente dos cadastros de entidades de proteção ao crédito — Ausência de **periculum in mora** e de prova inequívoca do alegado — Não se demonstrando a urgência da providência pleiteada, diante da existência de inúmeras outras inscrições reportando a condição de inadimplente do requerente, não se justifica o deferimento da antecipação da tutela — Ademais, nenhuma prova veio aos autos para infirmar o inadimplemento das obrigações assumidas — Indeferimento de rigor — Recurso de agravo de instrumento não provido.

Interpôs o autor-agravante embargos de declaração, alegando omissão no v. acórdão (fls. 239/248). O Tribunal **a quo** rejeitou os embargos, considerando-os nitidamente protelatórios, aplicando a multa de um por cento sobre o valor da causa, nos moldes do art. 538, parágrafo único, do CPC (fls. 254/256).

Foi apresentado o presente recurso especial, fundamentado nas alíneas **a** e **c** do autorizador constitucional, alegando dissídio jurisprudencial, bem como infringência aos arts.: 160 do CCB; 6ª, IV, 39, VII, 42, 43, do CDC; 165, 273, 535, II, do CPC; 3ª, VII, 9ª, 12, VIII, 13, IX à XV, e 18, do Dec. n. 2.183/1997; 5ª, III, X, XXXVII, LV, e 98, IX, da Constituição Federal; e Súmula n. 98 do STJ.

O recorrido manifestou suas contra-razões, às fls. 409/422.

Admitido o recurso às fls. 428/431, os autos vieram-me conclusos por atribuição. É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Jorge Scartezzini (Relator): Sr. Presidente, trata-se, como relatado, de agravo de instrumento, em ação de revisão de cláusulas contratuais, interposto pelo ora recorrente, contra decisão do Juízo de 1ª grau, que indeferiu o pedido de tutela antecipada, para cancelamento de registro do nome do devedor em cadastro de proteção ao crédito, enquanto **sub judice** a questão.

A egrégia Corte de origem negou provimento ao agravo de instrumento, entendendo não se justificar o deferimento da antecipação de tutela pleiteada, por não haver o agravante demonstrado a urgência da providência pleiteada, diante da existência de inúmeras outras inscrições reportando a inadimplência do requerente, bem como não ter trazido aos autos nenhuma prova infirmando o inadimplemento das obrigações assumidas.

Nas razões do recurso especial, alega o recorrente, com fulcro nas alíneas **a** e **c** (art. 105, III, da CF/1988), além de dissídio jurisprudencial, infringência aos arts.: 160 do CCB; 6º, IV, 39, VII, 42, 43, do CDC; 165, 273, 535, II, do CPC; 3º, VII, 9º, 12, VIII, 13, IX a XV, e 18, do Dec. n. 2.183/1997; 5º, III, XXXVII, IV, 98, IX, da Constituição da República; e Súmula n. 98 do STJ. Aduz ser cabível a tutela antecipada, para obstar a inscrição de seu nome nas entidades de proteção ao crédito, quando o montante da dívida é impugnado em ação na qual se discutem cláusulas contratuais.

1. Primeiramente, quanto aos dispositivos constitucionais tidos por violados — arts. 5º, III, X, XXXVI, LV, e 98, IX — estes não se prestam a servir de suporte à infringência na via do especial, não merecendo conhecimento, neste ponto, o recurso, nos exatos termos do art. 105, III, da Constituição Federal.

2. No tocante à alegada ofensa aos arts. 535, II, 165, do CPC, ao argumento de omissão e ausência de manifestação fundamentada no acórdão, quanto ao indeferimento do pedido de tutela antecipada, a insurgência não deve ser conhecida.

Com efeito, o v. acórdão recorrido examinou fundamentadamente, tanto em sede de apelação quanto nos embargos de declaração, a questão suscitada pelo recorrente, como se verifica na decisão da via declaratória (fls. 255/256), **verbis**:

“A controvérsia foi examinada pelo v. acórdão em toda a sua extensão. Não há omissão alguma. Não se cogita de obscuridade. Nem há se falar em

contradição. Os embargos de declaração apresentam cunho infringente, atacando o mérito da solução dada à lide.

Os embargos distorcem o sentido do v. acórdão, buscando contornar os reais fundamentos nele expostos, para criar condições de se discutir novamente a sua pretensão. Na verdade, a tese jurídica invocada pelo embargante é admitida nesta Corte, contudo ela não se amolda ao caso concreto.

Insiste o embargante no requerimento de fazer excluir o seu nome dos cadastros de inadimplentes, sem negar a existência do débito.

Este é o fato que leva ao indeferimento do seu pedido. Os embargos de declaração se mostram nitidamente protelatórios e ensejam a aplicação de multa de um por cento sobre o valor da causa, nos moldes do art. 538, parágrafo único, do Código de Processo Civil”.

Destarte, tendo a Corte **a quo** delineado e decidido a questão suscitada pelo ora recorrente, incorre qualquer omissão a ser suprida em sede de embargos declaratórios, não sendo demais frisar a desnecessidade do prequestionamento explícito de dispositivos legais, bastando, para o conhecimento do recurso especial, que a questão tenha sido decidida pela Corte **a quo** (cf. REsp n. 216.326/RN; REsp n. 543.301/SP).

Inexistiu, portanto, a alegada ofensa aos dispositivos processuais invocados. A propósito, confira-se precedente assim ementado, **verbis**:

“Processo Civil. Embargos de declaração com efeito modificativo. Descabimento.

1. Os embargos de declaração não devem revestir-se de caráter infringente. A maior elasticidade que se lhes reconhece, excepcionalmente, em casos de **erro material** evidente ou de manifesta nulidade do acórdão, não justifica, sob pena de grave disfunção jurídico-processual dessa modalidade de recurso, a sua inadequada utilização com o propósito de questionar a correção do julgado e obter, em consequência, a desconstituição do ato decisório. (RTJ 154/223). No caso, os embargos limitam-se a reiterar o inconformismo já deduzido no recurso especial.

2. Embargos de declaração rejeitados.” (EDcl no REsp n. 120.229/PE, Relator Ministro Fernando Gonçalves, DJ de 10.04.2000)

3. Quanto à alegada violação ao Dec. n. 2.183/1997 (arts. 3º, VII, 9º, 12, 13, IX, XV, e 18), à Lei n. 8.078/1990 (arts. 6º, IV, 39, VII, 43), e ao art. 160 do CCB, o recurso não deve, também, ser conhecido. As aludidas normas não foram apreciadas pelo julgado recorrido, carecendo, portanto, as razões recursais do devido

prequestionamento. Incide, neste ponto, os enunciados das Súmulas ns. 282 e 356, do Supremo Tribunal Federal.

Ademais, embora o recorrente tenha oposto embargos declaratórios, visando ao prequestionamento dos referidos dispositivos, o Tribunal **a quo** rejeitou o recurso, não apreciando as normas em questão. Desta forma, aplicável, também, **in casu**, a Súmula n. 211, desta Corte: “inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo Tribunal **a quo**”.

A propósito, nesse mesmo entendimento:

“O prequestionamento, entendido como a necessidade de o tema objeto do recurso haver sido examinado pela decisão atacada, constitui exigência inafastável da própria previsão constitucional do recurso especial, figurando como requisito essencial ao seu conhecimento.

Não examinada a matéria objeto do especial pelo Tribunal **a quo**, a despeito da oposição e julgamento dos embargos declaratórios, incide o enunciado da Súmula n. 211 deste Superior Tribunal de Justiça” (AgRg no REsp n. 218.165/SP, Relator Ministro Castro Filho, DJ de 1^a.07.2002).

4. No tocante ao alegado dissídio jurisprudencial, relativo à questão central deste recurso, vale dizer, o pedido de tutela antecipada para exclusão do nome do recorrente nos cadastros de restrição ao crédito, melhor sorte não assiste ao recorrente.

Com efeito, conforme orientação da Segunda Seção desta Corte, nas ações revisionais de cláusulas contratuais, não cabe a concessão de tutela antecipada para impedir o registro de inadimplentes nos cadastros de proteção ao crédito, salvo nos casos em que o devedor, demonstrando efetivamente que a contestação do débito se funda em bom direito, deposite o valor correspondente à parte reconhecida do débito, ou preste caução idônea, ao prudente arbítrio do magistrado.

Analisando o tema em questão, o eminente Ministro Cesar Asfor Rocha, assim esclareceu: “Não tem respaldo legal, no meu entender, obstaculizar o credor do registro nos cadastros de proteção ao crédito apenas e tão-somente pelo fato de o débito estar sendo discutido em juízo, ainda que no afã de proteger o consumidor. O Código de Defesa do Consumidor veio em amparo ao hipossuficiente, em defesa dos seus direitos, não servindo, contudo, de escudo para a perpetuação de dívidas. Devo registrar que tenho me deparado, com relativa frequência, com situações esdrúxulas e abusivas nas quais devedores de quantias consideráveis buscam a revisão de seus débitos em juízo, que nada pagam, nada depositam e, ainda, postulam o impedimento de registro nos cadastros restritivos de crédito. Não estou a dizer que esta seja a

hipótese dos autos, porque não trazem maiores informações a respeito. Por isso, tenho me posicionado no sentido de que deve o devedor demonstrar o efetivo reflexo da revisional sobre o valor do débito e deposite ou, no mínimo, preste caução, ao menos do valor incontroverso. É de relevância que o ponto da dívida que se pretende revisar seja demonstrado e que tenha forte aparência de se ajustar à jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça”. (REsp n. 527.618/RS, DJ de 24.11.2003). O referido julgado restou assim ementado:

“Civil. Serviços de proteção ao crédito. Registro no rol de devedores. Hipóteses de impedimento.

A recente orientação da Segunda Seção desta Corte acerca dos juros remuneratórios e da comissão de permanência (REsp n. 271.214/RS, 407.097/RS, 420.111/RS), e a relativa freqüência com que devedores de quantias elevadas buscam, abusivamente, impedir o registro de seus nomes nos cadastros restritivos de crédito *só e só* por terem ajuizado ação revisional de seus débitos, sem nada pagar ou depositar, recomendam que esse impedimento deva ser aplicado com cautela, segundo o prudente exame do juiz, atendendo-se às peculiaridades de cada caso.

Para tanto, deve-se ter necessária e concomitantemente, a presença desses três elementos: a) que haja ação proposta pelo devedor contestando a existência integral ou parcial do débito; b) que haja efetiva demonstração de que a contestação da cobrança indevida se funda na aparência do bom direito e em jurisprudência consolidada no Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça; c) que, sendo a contestação apenas de parte do débito, deposite o valor referente à parte tida por incontroversa, ou preste caução idônea, ao prudente arbítrio do magistrado.

O Código de Defesa do Consumidor veio amparar o hipossuficiente, em defesa dos seus direitos, *não servindo, contudo, de escudo para a perpetuação de dívidas.*

Recurso conhecido pelo dissídio, mas improvido”.

No mesmo diapasão:

“Processual Civil. Ação revisional de contrato. Serasa. Inscrição. Protesto. Títulos. Antecipação de tutela. Impossibilidade.

1. Segundo precedentes desta Corte, nas causas de revisão de contrato, por abusividade de suas cláusulas, não cabe conceder antecipação de tutela ou medida cautelar para impedir a inscrição do nome do devedor no Serasa e nem para impedir protesto de títulos (promissórias), salvo quando referindo-se

à demanda apenas sobre parte do débito, deposite o devedor o valor relativo ao montante incontroverso, ou preste caução idônea, ao prudente arbítrio do juiz (REsp n. 527.618/RS).

2. Recurso não conhecido.” (REsp n. 610.063/PE, Relator Ministro Fernando Gonçalves, DJ de 31.05.2004)

Verifica-se, na hipótese dos autos, que as razões recursais, centradas tão-somente no fato de a questão estar **sub judice**, o não-preenchimento pelo recorrente das exigências acima mencionadas, suscetíveis de impedir o registro de inadimplência nos cadastros restritivos de crédito.

5. Quanto à penalidade imposta ao recorrente, com aplicação da multa de 1% sobre o valor da causa, nos moldes do art. 538, parágrafo único, do CPC, por entender que os embargos de declaração se mostravam nitidamente protelatórios, improcede a alegada violação à Súmula n. 98-STJ. Com efeito, não tendo havido, inequivocamente, nenhuma omissão no julgado recorrido, o Tribunal **a quo**, ao aplicar a sanção prevista na norma processual mencionada, não se afastou do entendimento firmado nesta Corte.

Nessa esteira, cito os seguintes precedentes:

“Não há que se falar em omissão nem ausência de fundamentação na apreciação das questões suscitadas, pois o órgão julgador não está obrigado a se manifestar sobre todos os argumentos colacionados pelas partes para expressar o seu convencimento, bastando, para tanto, pronunciar-se de forma geral sobre as questões pertinentes para a formação da sua convicção. Em consequência, não há razão para afastar a multa protelatória do parágrafo único do art. 538 do CPC”.

(REsp n. 241.109/BA, Relator Ministro Fernando Gonçalves, DJ de 1º.07.2004).

“Embargos de declaração. Reiteração. Omissão. Multa.

1. Improcede a alegação de omissão no **decisum**, quando evidente que a matéria posta em julgamento foi explicitamente analisada pelo ato recorrido.

2. Confortável a aplicação do art. 538, parágrafo único, do Código de Processo Civil, quando protelatórios os embargos, nos quais a embargante, além de trazer questões nitidamente alheias às hipóteses elencadas no art. 535 do estatuto processual, persiste no propósito de reativar discussão sobre matéria decidida.

Embargos rejeitados e multa aplicada”. (REsp n. 213.187/SP, Relator Ministro Castro Filho, DJ de 04.11.2002)

Ante o exposto e por tais fundamentos, não conheço do recurso.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 547.638 — RS (2003/0080015-4)

Relator: Ministro Aldir Passarinho Junior

Recorrente: Caixa Econômica Federal — CEF.

Advogados: Flavio Queiroz Rodrigues e outros

Recorrido: Condomínio Morada de Esteio II

Advogados: Adilson Dal Bosco Junior e outro

EMENTA

Civil e Processual. Imóvel adjudicado por credora hipotecária. Responsabilidade da adquirente, perante o condomínio, pelo pagamento de cotas condominiais atrasadas deixadas pelo mutuário. Lei n. 4.591/1964, art. 4º, parágrafo único, na redação dada pela Lei n. 7.182/1984. Exege-se. Obrigação **propter rem**.

I - O art. 4º, parágrafo único, da Lei n. 4.591/1964, na redação dada pela Lei n. 7.182/1984, constitui norma de proteção do condomínio, de sorte que se, porventura, a alienação ou transferência da unidade autônoma se faz sem a prévia comprovação da quitação da dívida, evidenciando má-fé do transmitente, e negligência ou consciente concordância do adquirente, responde este último pelo débito, como novo titular do imóvel, ressalvado o seu direito de regresso contra o alienante.

II - Obrigação **propter rem**, que acompanha o imóvel. Precedentes do STJ.

III - Recurso especial não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas. Decide a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, à unanimidade, não conhecer do recurso, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Participaram do julgamento os Srs.

Ministros Jorge Scartezzini, Barros Monteiro, Cesar Asfor Rocha e Fernando Gonçalves. Custas, como de lei.

Brasília (DF), 10 de agosto de 2004 (data do julgamento).

Ministro Aldir Passarinho Junior, Relator

DJ de 25.10.2004

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Aldir Passarinho Junior: Caixa Econômica Federal interpõe, pelas letras **a** e **c** do autorizador constitucional, recurso especial contra acórdão do egrégio Tribunal Regional Federal da 4ª Região, assim ementado (fl. 89):

“Civil. Adjudicação de imóvel. Cobrança de taxas condominiais. Multa convencional e juros moratórios.

1. A prestação condominial trata-se de obrigação **propter rem** de natureza real, de sorte que o proprietário tem a obrigação de prestá-las, ainda que no momento da adjudicação existam parcelas em atraso.

2. Não se aplica o CDC para regular multa decorrente de inadimplemento de obrigação condominial, tendo em vista que não há relação de consumo caracterizada.

3. Multa convencional e juros moratórios decorrentes de inadimplemento condominial, são devidos integralmente, inclusive sobre prestações em atraso, desde a data da transmissão do bem, pois se caracterizam como acessórios de uma obrigação real.

4. Apelo improvido.”

Alega a recorrente que a decisão violou o art. 4º da Lei n. 4.591/1964, na redação dada pela Lei n. 7.182/1984, porquanto as dívidas condominiais constituem, a partir do novel diploma, obrigações de natureza pessoal, não se inserindo na categoria dos direitos reais, de sorte que por elas responde o antigo titular do imóvel, ressaltando, ainda, que não se cuida de aquisição voluntária, mas de adjudicação decorrente do inadimplemento de mútuo habitacional garantido por hipoteca.

Também aponta contrariedade ao art. 674 do Código Civil, afirmando que a enumeração dos direitos reais nele constante é taxativa, e nestes não se inserem os débitos por quotas de condomínio. Ainda diz que há infringência do art. 186 do CTN e 499 da CLT, pois está se atribuindo a tal dívida privilégio maior que os concedidos aos créditos tributários e trabalhistas.

Invoca, mais, jurisprudência paradigmática.

Sem contra-razões (fl. 101).

O recurso especial foi admitido na instância de origem pelo despacho presidencial de fls. 102/103.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Aldir Passarinho Junior (Relator): Trata-se de recurso especial aviado pela Caixa Econômica Federal, com base nas letras **a** e **c** do art. 105, III, da Constituição, em que se discute sobre a responsabilidade pelo pagamento de cotas condominiais em atraso, relativas a imóvel antes pertencente a mutuário, que foi adjudicado pela credora hipotecária em face de inadimplemento obrigacional das prestações pactuadas.

Sustenta a recorrente que em face da nova redação dada ao art. 4º da Lei n. 4.591/1964, pela Lei n. 7.182/1984, o débito é de natureza pessoal, não mais acompanhando o bem. Diz a norma legal o seguinte:

“Art. 4º A alienação de cada unidade, a transferência de direitos pertinentes à sua aquisição e a constituição de direitos reais sobre ela independem do consentimento dos condôminos.

Parágrafo único. A alienação ou transferência de direitos de que trata este artigo dependerá de prova de quitação das obrigações do alienante para com o respectivo condomínio.”

Com a devida vênia, não se extrai do parágrafo único a interpretação dada pela CEF.

A referida norma legal traça exigência inibitória da alienação ou transferência patrimonial, com vistas justamente à proteção do condomínio, de modo a buscar impedir que o condômino venda a sua unidade com débitos que prejudicam a pequena comunidade. Ora, se é uma regra protetiva, a tese da CEF vai justamente na sua contramão, como se a lei deixasse, por isso, ao abandono o condomínio, em caso de a venda ser feita em desrespeito a tal disposição. É importante observar que o sentido é de impedir a transferência irregular, e, assim acontecendo, por má-fé — óbvia — do vendedor, e negligência do comprador, se não conscientemente, o adquirente responderá pela dívida.

Portanto, ao inverso do que defende a recorrente, a transferência regular faz-se sempre com a prova da quitação da dívida. Mas, se, mesmo assim, ela acontece

irregularmente, em desrespeito à norma do art. 4º, o adquirente, a quem também é dirigida a norma legal, fica responsável pelo pagamento.

De outro lado, também não se identifica qualquer violação aos arts. 674 do Código Civil, 186 do CTN e 499 da CLT.

Os dois últimos, porque nenhuma relação têm com a controvérsia dos autos, e o primeiro, eis que o rol dos direitos reais não se confundem com as obrigações agregadas à propriedade, como corretamente destaca o voto condutor do acórdão, do eminente Juiz Joel Ilan Pciornik, **verbis** (fls. 85/86):

“Pretende o recurso a reforma da sentença para desobrigar a CEF do pagamento de taxas condominiais em atraso pela adjudicação de imóvel, sustentando que a obrigação de pagar o condomínio é de natureza pessoal.

As obrigações condominiais, ou seja, a taxa que se oferece pela manutenção e conservação de área comum em condomínio, caracterizam-se, conforme ensina a doutrina dominante, corroborada pela farta jurisprudência, como uma obrigação mista, também denominada de **propter rem**.

Orlando Gomes define a obrigação mista da seguinte forma:

‘A natureza jurídica de tais obrigações **in rem scriptae**, **ob** ou **propter rem** não está definida. Para determiná-la, tomando posição de debate que se trava, necessário se faz defini-las. Tais obrigações existem quando o titular de um direito real é obrigado, devido a essa condição, a satisfazer determinada prestação. O direito de quem pode exigí-la é subjetivamente real. Quem quer que seja o proprietário da coisa, ou titular de outro direito real, é, **ipso facto**, devedor da prestação. Pouco importa, assim, a pessoa em que surgiu pela primeira vez. A obrigação está vinculada à coisa. Dentre outras, são obrigações **ob rem** ou **propter rem** as dos condôminos de contribuir para a conservação do bem comum (...).

(**Orlando Gomes**. ‘Direitos Reais’. Forense: Rio de Janeiro. 10ª ed. 1990, p. 13)

Segundo **Venzi in** ‘Sistema do Direito Civil Brasileiro’, as obrigações **propter rem** possuem natureza híbrida, ou seja, possuem características ora de personalidade ora de realidade, havendo os que defendam ser uma obrigação puramente pessoal.

Os defensores da sua personalidade afirmam que a obrigação é pessoal, porquanto o objeto da relação jurídica é uma prestação, pouco importando que seja devida por pessoa indeterminada. No dizer de **Orlando Gomes**, na obra

supracitada, 'A circunstância de derivarem de uma condição de fato — a de alguém ser o titular atual de um direito real — não lhe tira o caráter de relação jurídica pessoal, uma vez que subsistirão sempre como um vínculo entre duas pessoas.'

Apesar da discussão acerca da pessoalidade ou realidade das obrigações mistas, a posição que foi assimilada pelo Direito brasileiro foi a de que as obrigações **in rem scriptae** possuem natureza real, acompanhando o bem a que estão agregados.

Orlando Gomes caracteriza, concisamente, em seu livro sobre direitos reais, a natureza real de tais obrigações e a sua inserção ao Direito pátrio, aduzindo que 'Os adeptos da realidade emprestam maior significação ao aspecto real da relação jurídica, que reputam principal. Uma vez que existem por ser alguém titular de um direito real, a vinculação a este é de tal ordem que seu exercício, pressupondo a relação real, segue-lhe a sorte. Esta caracterização, hoje predominante na doutrina e nas legislações, foi aceita no Direito pátrio.'

Desta sorte, mais correto figura o entendimento de que as obrigações condominiais, caracterizadas como obrigações mistas ou **propter rem**, derivam da vinculação de alguém sobre certo imóvel, sobre o qual incidem deveres decorrentes de manter-se a coisa. Portanto, essas obrigações só existem em razão da situação jurídica do obrigado, de titular do domínio ou de detentor de determinada coisa. Caracteriza-se pela origem e transmissibilidade automática, originada da existência de um direito real, que se impõe ao seu titular.

Assim, se o direito que se origina é transmitido, a obrigação segue, seja qual for o título translativo.

Maria Helena Diniz in 'Curso de Direito Civil Brasileiro'. Saraiva: São Paulo, 2^o volume. 14^a ed. revista, 2000, aponta certas características às obrigações **in rem scriptae**, que englobam a prestação condominial, vamos a elas:

1^a) vinculação a um direito real, ou seja, a determinada coisa de que o devedor é proprietário ou possuidor;

2^a) possibilidade de exoneração do devedor pelo abandono do direito real, renunciando o direito sobre a coisa;

3^a) transmissibilidade por meio de negócios jurídicos, caso que a obrigação recairá sobre o adquirente. (...)

Do exposto poder-se-á dizer que a obrigação **propter rem** é a que recai sobre uma pessoa por força de um determinado direito real, permitindo sua liberação pelo abandono do bem.'

Desta forma, há que ser mantida a sentença singular, tendo em vista que as cotas condominiais são espécies de obrigações que acompanham o imóvel, e que são assumidas pelo proprietário, inclusive havendo débitos anteriores à adjudicação, pois, mesmo após a modificação legislativa do parágrafo único da Lei n. 4.591/1964, o entendimento das Cortes, bem como da doutrina, é de que as cotas condominiais são obrigações **propter rem**, acompanhando o bem em que tem origem.”

E nesse sentido é a remansosa jurisprudência do STJ, a saber:

“Civil e Processual Civil. Despesas de condomínio. Obrigação **propter rem**. Precedentes. Legitimidade passiva. Credor que adjudicou o imóvel. Ação regressiva. Recurso desacolhido.

I - Em se tratando de obrigação **propter rem**, a ação de cobrança de despesas de condomínio deve ser ajuizada, em princípio, contra o proprietário identificado no registro imobiliário.

II - Em relação à legitimidade passiva na ação que visa cobrar as despesas de condomínio, a jurisprudência desta Corte orienta-se pela possibilidade de o credor optar por aqueles que tenham vínculo jurídico com o imóvel, como é o caso do credor que adjudicou o imóvel, ressaltando a ação regressiva, dada a prevalência do interesse da coletividade.”

(REsp n. 426.861/PR, Quarta Turma, Relator Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, unânime, DJ de 12.08.2002)

(...)

“Agravo regimental. Recurso especial não admitido. Cobrança de cotas condominiais. Obrigação **propter rem**.

1. O acórdão recorrido aplicou regularmente a jurisprudência desta Corte, no sentido de que ação de cobrança de cotas condominiais, por se tratar de obrigação **propter rem**, deve ser proposta contra quem figure como proprietária do imóvel.

2. O atual proprietário, parte legitimada para figurar no pólo passivo, poderá, caso sinta-se lesado, tomar as medidas judiciais cabíveis contra o alienante do bem.

3. Agravo regimental improvido.”

(AgRg no Ag n. 202.740/DF, Terceira Turma, Relator Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, unânime, DJ de 22.03.1999)

Note-se, inclusive, que se tem dado inclusive preferência ao ajuizamento da cobrança sobre o atual condômino, ainda que ele não tenha título registrado, se o

condomínio tem conhecimento da aquisição. Portanto, a alegação da CEE, de que a dívida acompanha o antigo mutuário, não prospera. É ela quem responde pelo pagamento dos débitos atrasados e presentes, ressalvado, é claro, o seu direito de regresso.

Ante o exposto, não conheço do recurso especial.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 649.200 — SP (2004/0035756-5)

Relator: Ministro Jorge Scartezzini

Recorrente: Ruy Ramalho Vaz

Advogados: Luciana Beck da Silva e outro

Recorridos: Paulo Henrique Pichini e outro

EMENTA

Recurso especial — Assistência judiciária gratuita — Violação ao art. 2º, parágrafo único, da Lei n. 1.060/1950 — Falta de prequestionamento — Súmula n. 356-STF — Ofensa ao art. 4º da Lei n. 1.060/1950 — Súmula n. 211-STJ — Não-alegação de infringência ao art. 535 do CPC — Pedido de gratuidade da justiça — Declaração — Presunção de veracidade — Dissídio pretoriano comprovado.

1. Não enseja interposição de recurso especial matéria (art. 2º, parágrafo único, da Lei n. 1.060/1950) não ventilada no v. julgado atacado e sobre a qual a parte não fez menção nos embargos declaratórios competentes, estando ausente o prequestionamento. Aplicação da Súmula n. 356-STF.

2 - Não cabe recurso especial se, apesar de provocada em sede de embargos declaratórios, a Corte **a quo** não aprecia a matéria (art. 4º da Lei n. 1.060/1950), omitindo-se sobre pontos que deveria pronunciar-se. Incidência da Súmula n. 211-STJ. Para conhecimento da via especial, necessário seria o recorrente interpô-la alegando ofensa, também, ao art. 535 da Lei Processual Civil (cf. AgRg no Ag n. 557.468/RS e AgRg no REsp n. 390.135/PR).

3. Este Tribunal Superior tem decidido que, a teor do art. 255 e parágrafos do RISTJ, para comprovação e apreciação do dissídio jurisprudencial, devem ser mencionadas e expostas as circunstâncias que identificam ou assemelham os casos confrontados, bem como juntadas cópias integrais de tais julgados ou, ainda, citado repositório oficial de jurisprudência. Ocorrendo isto, na espécie, deve-se conhecer da divergência aventada.

4. Esta Corte firmou entendimento no sentido de que tem presunção legal de veracidade a declaração firmada pela parte, sob as penalidades da lei, de que o pagamento das custas e despesas processuais ensejará prejuízo do sustento próprio ou da família.

5. Precedentes (REspS ns. 142.448/RJ, 469.594/RS e 119.027/SP).

6. Recurso conhecido, nos termos acima expostos, e, neste aspecto, provido para, reformando o v. acórdão recorrido, conceder ao recorrente os benefícios da assistência judiciária gratuita.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, em conhecer do recurso e lhe dar provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator, com quem votaram os Srs. Ministros Barros Monteiro, Cesar Asfor Rocha, Fernando Gonçalves e Aldir Passarinho Junior.

Brasília (DF), 18 de novembro de 2004 (data do julgamento).

Ministro Jorge Scartezzini, Relator

DJ de 17.12.2004

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Jorge Scartezzini: Infere-se dos autos que Ruy Ramalho Vaz interpôs agravo de instrumento em face da r. decisão de fls. 38/38v., que, nos autos da ação de indenização por danos morais proposta em face de Paulo Henrique Pichini e Getronics Ltda, indeferiu o seu pedido de assistência judiciária gratuita.

Nas razões recursais, o agravante aduziu ter direito à concessão dos benefícios da Justiça gratuita, na medida em que não possui condições de arcar com as custas e despesas processuais, já que desde junho de 2002 encontra-se desempregado. Sustentou, também, ter juntado a declaração exigida pelo art. 4º da Lei n. 1.060/1950,

“documento hábil ao deferimento da concessão do benefício, cabendo à parte contrária a prova em contrário” (fls. 02/10).

A colenda Oitava Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, à unanimidade, negou provimento ao agravo, conforme se depreende da seguinte ementa (fls. 46/48):

“Assistência judiciária negada — Recolhimento da taxa inicial diferido — Autor que demonstra alta qualificação, mas nenhuma impossibilidade de pagamento — Agravo de instrumento improvido.”

Opostos embargos de declaração, foram eles rejeitados, por votação unânime (fls. 59/65).

Irresignado, o agravante, Ruy Ramalho Vaz, interpôs recurso especial, com fundamento no art. 105, III, **a** e **c**, da Constituição Federal, alegando, nas suas razões, em síntese, que o v. acórdão recorrido violou os arts. 2º, parágrafo único, e 4º, **caput** e § 1º, da Lei n. 1.060/1950, além de ter divergido de jurisprudência desta Corte (fls. 84/97).

Admitido o recurso (fls. 107/111), subiram os autos a esta Corte, vindo-me conclusos.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Jorge Scartezzini (Relator): Sr. Presidente, o recurso merece ser conhecido apenas pela alínea **c** e, neste aspecto, provido.

Inicialmente, no tocante ao cabimento do recurso com base no art. 105, III, **a**, da Carta Magna, o recorrente alega que o v. acórdão recorrido afrontou o art. 2º, parágrafo único, da Lei n. 1.060/1950. Contudo, *ausente está o prequestionamento*. Ressalte-se a impossibilidade de se analisar na via especial matéria não ventilada no v. julgado atacado. Destarte, aplica-se, à espécie, a Súmula n. 356 do Pretório excelso.

Quanto ao art. 4º, **caput** e § 1º, da Lei n. 1.060/1950, *embora tenha sido mencionado quando da oposição dos embargos declaratórios competentes, o mesmo não foi examinado pela Corte a quo*. No que tange à necessidade de menção do art. 535 da Lei Processual Civil, este Colegiado Superior, reiteradamente, tem decidido que, para o afastamento da incidência da Súmula n. 211 desta Corte, é mister que a parte recorrente interponha o recurso especial aduzindo afronta, também, a esse dispositivo (cf. AgRg no Ag n. 557.468/RS, Relator Ministro Aldir Passarinho Junior, DJ de 1º.07.2004; AgRg no REsp n. 390.135/PR, Relator Ministro Fernando Gonçalves, DJ de 03.11.2003).

No que pertine à divergência jurisprudencial, havendo o necessário cotejo analítico e a citação de repositório oficial de jurisprudência, passo ao exame do recurso, com fulcro na alínea **c** do permissivo constitucional.

Compulsando os autos, verifico que *o recorrente pretende a concessão dos benefícios da Justiça gratuita, tendo juntado, para tanto, declaração de que não possui condições de arcar com as custas e despesas processuais.*

O Magistrado de 1ª instância indeferiu o pedido, **verbis** (fls. 38/38v.):

“Vistos,

1. O autor, pela sua qualificação, **curriculum** profissional e anterior remuneração registrada em carteira profissional certamente não é um despossuído de recursos para fazer frente ao pagamento das despesas processuais. Não é o caso, portanto, de agraciá-lo com a assistência judiciária gratuita, que é destinada exclusivamente aos verdadeiramente necessitados. Portanto, fica indeferido o benefício requerido.

2. Tratando-se, porém, de hipótese que se subsume àquela prevista no art. 4º, § 4º, inciso II, da Lei n. 4.952/1985, o recolhimento da primeira parcela da taxa poderá ser feito ao final.

(...)”

O Tribunal de origem manteve a r. sentença, sob a alegação de que o ora recorrente não comprovou a sua “impossibilidade de solver as despesas do processo sem prejuízo do sustento próprio e da família” (fls. 47/48).

Ocorre que esta Corte Superior de Uniformização Infraconstitucional já firmou entendimento no sentido de que *tem presunção legal de veracidade a declaração firmada, sob as penalidades da lei, de que o pagamento das custas e despesas processuais ensejará prejuízo do sustento próprio ou da família.*

Nesta esteira, o ilustre Ministro Cesar Asfor Rocha, nos autos do REsp n. 142.448/RJ, DJ de 21.09.1998, analisando hipótese idêntica à presente, asseverou:

“Nos termos da referida lei [Lei n. 1.060/1950], a assistência judiciária será prestada aos necessitados, considerando-se ‘necessitado, para os fins legais, todo aquele cuja situação econômica não lhe permita pagar as custas e os honorários de advogado, sem prejuízo próprio ou da família’ (parágrafo único do art. 2º), bastando para tanto ‘simples afirmação, na própria petição inicial de que não está em condições de pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo próprio ou de sua família’ (art. 4º).

‘Presume-se pobre’, reza o § 1º do mencionado art. 4º, ‘até prova em contrário, quem afirmar essa condição nos termos desta lei, sob pena de pagamento até o décuplo das custas judiciais’.

O legislador favoreceu o necessitado com a presunção da veracidade da sua declaração que, destarte, somente será desconsiderada por prova inequívoca em contrário.

(...)

Assim, a prova, sendo necessária, cabe sempre à parte contrária e não a quem requer o benefício com base em declaração firmada sob as penas da lei.

(...)

A presunção, na hipótese, favorece a quem alega, cabendo ao impugnante a prova contrária. Assim, não era encargo dos requerentes o ônus da prova da sinceridade ou veracidade da afirmada insuficiência financeira e sim do requerido.”

Nelson Nery Junior, a respeito do tema, aduz:

“*Requisito para a concessão do benefício. Simples declaração do interessado.* O recorrente alegara que a CF, art. 5º, LXXIV, teria revogado a LAJ, 4º, sendo necessária agora a comprovação da necessidade e não a simples alegação. *O STF entendeu que não houve revogação e que basta a mera alegação do interessado de que necessita do benefício para que ele tenha de ser concedido: ‘A garantia da CF, art. 5º, LXXIV — assistência judiciária integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos — não revogou a de assistência judiciária gratuita da Lei n. 1.060, de 1950, aos necessitados, certo que, para obtenção desta, basta a declaração, feita pelo próprio interessado, de que a sua situação econômica não permite vir a juízo sem prejuízo de sua manutenção ou de sua família.* Essa norma infraconstitucional põe-se, ademais, dentro do espírito da Constituição, que deseja que seja facilitado o acesso de todos à Justiça (CF, art. 5º, XXXV)’ (STF, Segunda Turma, RE n. 205.746-1/RS, Relator Ministro Carlos Velloso, j. 26.11.1996, **v.u.**, DJ de 28.02.1997). No mesmo sentido: STF, Segunda Turma, RE n. 205.029/RS, Relator Ministro Carlos Velloso; STF Segunda Turma, RE n. 206.531-5/RS, Relator Ministro. Francisco Rezek, j. 16.12.1996)” (“Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante”, 7ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 1.460) — grifei.

Válido, ainda, trazer à colação os seguintes precedentes desta Corte:

“Processual Civil. Recurso especial. Assistência judiciária gratuita. Estado de pobreza. Prova. Desnecessidade.

— *A concessão dos benefícios da assistência judiciária gratuita não se condiciona à prova do estado de pobreza do requerente, mas tão-somente à mera afirmação desse estado, sendo irrelevante o fato de o pedido haver sido formulado na petição inicial ou no curso do processo.*” (REsp n. 469.594/RS, Relator Ministra Nancy Andrighi, DJ de 30.06.2003) — grifei.

“Processual Civil — Locação — Justiça Gratuita — Declaração firmada pela postulante — Inexigibilidade de outras providências.

— *É suficiente, para demonstração da condição de beneficiária da gratuidade judiciária, simples declaração firmada pela requerente atestando ‘ser pobre nos termos da lei’.*

— Recurso provido.” (REsp n. 119.027/SP, Relator Ministro Felix Fischer, DJ de 16.06.1997) — grifei.

Por tais fundamentos, *conheço do recurso, nos termos acima expostos, e, neste aspecto, dou-lhe provimento para, reformando o v. acórdão recorrido, conceder ao recorrente os benefícios da assistência judiciária gratuita.*

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 683.230 — MG (2004/0114266-0)

Relator: Ministro Fernando Gonçalves

Recorrente: Ação Distribuidora de Medicamentos Ltda

Recorrida: Smithkline Beecham Brasil Ltda

Advogados: Thais Martins Sabbag e outro

EMENTA

Comercial. Falência. Protesto especial. Intimação. Regularidade.

1. No protesto especial do art. 10, § 1^o, da Lei de Falências, considera-se regular a intimação feita pelos Correios, com indicação clara de quem recebeu a correspondência, não se exigindo que seja um gerente ou outra pessoa que tenha, formalmente, poderes de representação da sociedade. Iterativos precedentes das Turmas que compõem a Segunda Seção.

2. Recurso especial não conhecido.

ACÓRDÃO

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

Brasília (DF), 26 de abril de 2005 (data do julgamento).

Ministro Fernando Gonçalves, Relator

DJ de 16.05.2005

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Fernando Gonçalves: Trata-se de recurso especial interposto por Ação Distribuidora de Medicamentos Ltda com fundamento no art. 105, inciso III, letras **a** e **c** da Constituição Federal contra acórdão da Quinta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, assim ementado:

“Comercial e Processual Civil — Falência — Contrato particular de confissão de dívida — Protesto especial — Intimação realizada pelos Correios — Entrega no local indicado demonstrada por segunda via de comprovante de recebimento de Seed — Desnecessidade de ser feita a pessoa determinada — Regularidade — Inteligência dos arts. 1º, 14, 15 e 22, todos da Lei n. 9.492/1997 e arts. 1º e 10, ambos da Lei de Falência. Constando dos autos segunda via de comprovante de recebimento de Seed, que demonstra que o ‘Aviso de Protesto’ foi entregue no endereço indicado, considera-se perfeita e regular a intimação, pois não há qualquer exigência legal de que se faça a pessoa determinada.

V. V.

Falência. Decretação. Irregularidade do protesto. Ausência de comprovação de intimação pessoal do devedor. Formalidade que se impõe. Recurso provido. Para que o protesto atinja seu objetivo e se torne instrumento hábil a instruir uma ação falimentar, necessário sejam tomadas todas as precauções necessárias à sua lavra. A não-intimação pessoal do devedor em relação ao protesto contra ele lavrado, torna-o sem efeitos para esta finalidade.” (Fl. 185)

Afirma a recorrente violação aos arts. 1º, 10 e 11 do Decreto-Lei n. 7.661/1945, aos arts. 1º e 14, § 1º, da Lei n. 9.492/1997, além de dissídio pretoriano com julgados desta Corte, argumentando que a intimação do protesto especial, conforme ocorre, **in casu**, deve se dar em pessoa que detém poderes para representar a sociedade.

Apresentadas as contra-razões (fls. 282/287), o recurso teve admitido o seu processamento (fls. 289/290), ascendendo os autos a esta Corte.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Fernando Gonçalves (Relator): O venerando acórdão dá como certo e extreme de dúvidas que o aviso de protesto, decorrente da impontualidade sem justificativa do comerciante no cumprimento de obrigação líquida, certa e exigível, corporificada em “contrato particular de confissão de dívida”, foi remetida e recebida no endereço correto, como previsto no art. 14 e seu § 1º, da Lei n. 9.492, de 10 de setembro de 1997, **verbis**:

“Art. 14. Protocolizado o título ou documento de dívida, o tabelião de protesto expedirá a intimação ao devedor, no endereço fornecido pelo apresentante do título ou documento, considerando-se cumprida quando comprovada a sua entrega no mesmo endereço.

§ 1º A remessa da intimação poderá ser feita por portador do próprio tabelião, ou por qualquer outro meio, desde que o recebimento fique assegurado e comprovado através de protocolo, aviso de recepção (AR) ou documento equivalente”. (Fl. 189)

Diz o julgado de origem a respeito:

“A dicção do dispositivo legal afasta, peremptoriamente qualquer dúvida acerca da intimação do protesto, que se considera cumprida desde que se comprove que foi entregue no endereço indicado, ou seja, não há formalidades especiais nesta intimação, importa que seja entregue no endereço, o que, por si só, já é suficiente para que a intimação se considere perfeita para os fins legais, quais sejam, dar ciência do protesto ao obrigado.

Saliente-se, ainda, que não há requisitos específicos no que tange ao meio da entrega, sendo de se aceitar perfeitamente o recurso ao serviço de Correios, que fornece o “Aviso de Recebimento”, documento apto a comprovar que houve a entrega no endereço apontado.

Com isto, impede-se qualquer alegação no sentido de que o aviso de protesto tenha que ser recebido por pessoa determinada, como por exemplo, o sócio, o diretor ou o representante legal da empresa, uma vez que a lei é clara, apenas exigindo a entrega, sem especificar quem deve receber o aviso, o que se justifica inclusive pela celeridade e pela necessidade de evitar, na vida mercantil, que se protele a consumação do protesto, o que se faria facilmente com uma tal exigência.

Daí por que, desde que recebida no local indicado, está feita a intimação do protesto, independente de quem a recebe, sendo o documento de fl. 110-TJ apto a embasar o pedido de quebra, pois comprova que a entrega foi feita no endereço correto da Agravante e recebida por pessoa denominada Enida Silva.

Cumpra consignar que este entendimento não é temerário ou irresponsável, pois o que se afirma é que o recebimento no endereço correto basta, e com isso se quer afirmar o recebimento na empresa, por alguém que lá esteja, e não por qualquer pessoa que passe pelo local, por um cliente do estabelecimento, por exemplo.

Ora, é claro que um carteiro, quando tem uma correspondência para entregar a uma empresa assim procede, não vai entregá-la a um transeunte, a um cliente, vai entregá-la a alguém que o receba na empresa, que tenha ligação com a empresa, não indo ao extremo de indagar pela qualificação da pessoa, se é gerente, se sócio ou se representante legal.

A entrega, desta forma, tem-se como feita desde que o carteiro encontre alguém no local indicado como endereço da empresa e, por esta razão, a lei considera que a simples entrega perfaz a intimação, pois se presume feita a alguém que tenha relação com a empresa, dispensando maiores qualificações, o que tornaria morosa e difícil a intimação, contrariamente aos princípios que regem a vida comercial.

Por certo, os documentos carreados aos autos atestam, ineludivelmente, que a correspondência do 'Aviso de Protesto' foi remetida para o endereço declarado, conforme se infere da segunda via comprovante de recebimento do Seed (fl. 110-TJ).

Seria demasia, ao meu juízo, e muito pouco razoável exigir-se que o aviso endereçado, no caso de intimação de pessoas jurídicas, tivesse de ser recebido pelos seus diretores, ou sócios, ou representantes designados nos estatutos, isto porque, é óbvio, em regra, tais pessoas não ficam à disposição do carteiro — cabendo tal mister a funcionários subalternos, sendo que o servidor dos Correios não tem, normalmente, condições nem obrigação de identificar aqueles.

A questão pode encontrar solução diversa, naturalmente, quando se trata de pessoa física." (Fls. 189/191)

Neste contexto, em sintonia com a jurisprudência desta Corte, uma vez constante do AR o nome da pessoa a quem foi entregue, no endereço do devedor, a correspondência, correto se apresenta o venerando acórdão, como se colhe dos seguintes excertos:

“Falência. Protesto irregular. Ausência de indicação da pessoa que recebeu a intimação. Precedentes do STJ.

Firme a orientação das Turmas da Segunda Seção desta Corte no sentido de que o protesto para fim de falência deve conter a identificação da pessoa que recebeu a intimação.

Recurso especial não conhecido.” (REsp n. 208.780/SC, Relator Ministro Cesar Asfor Rocha, DJ de 30.06.2003)

“Falência. Protesto. Necessidade da indicação da pessoa que recebeu a intimação. Precedentes da Segunda Seção. Recurso especial prequestionamento. Ausência. Recurso desacolhido.

I - Na linha da orientação das Turmas da Segunda Seção, ‘do instrumento de protesto deve constar, pelo menos, o nome da pessoa que recebeu a intimação’.

(...) (REsp n. 130.292/SC, Relator Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ de 12.08.2002)

“Falência. Irregularidade da notificação. Revelia. Fé pública. Prequestionamento. Fundamento inatacado. Precedentes da Corte.

(...)

3. Os precedentes da Corte assentam que a regularidade da notificação ‘exige seja identificada a pessoa que a recebeu. A falta leva a que não se possa, com base naquele título, pedir-se falência’.

4. Recurso especial não conhecido.” (REsp n. 129.364/SC, Relator Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, DJ de 05.11.2001)

“Falência. Protesto. Intimação da devedora.

A falta de prova da intimação da devedora desqualifica o ato de protesto como pressuposto do pedido de falência. Precedentes.

Recurso não conhecido.” (REsp n. 167.137/SC, Relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar, DJ de 08.05.2000)

“Falência. Protesto. Intimação feita ao devedor. Recebimento por pessoa não identificada. Irregularidade.

— Do instrumento de protesto deve constar, pelo menos, o nome da pessoa que recebeu a intimação, uma vez que somente quando identificada a pessoa intimada é que se considera que o devedor foi intimado a pagar e não o fez.

— Inexistência de contrariedade ao art. 11 da Lei de Falências.

Recurso especial não conhecido.” (REsp n. 172.847/SC, Relator Ministro Barros Monteiro, DJ de 24.05.1999)

Cabe firmar que a norma transcrita (art. 14 e seu § 1º, da Lei n. 9.492/1997) não impõe recaia a intimação na pessoa do representante legal ou sócio do devedor, mas, apenas, que se comprove a sua entrega no endereço fornecido pelo apresentante do título ou documento, facultada a remessa através de AR ou documento equivalente.

Não conheço do recurso.

**RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA
N. 13.547 — SP (2001/0096176-2)**

Relator: Ministro Jorge Scartezzini

Recorrente: Wilson Aparecido Bianchi

Advogado: Marilza Nagasawa

Recorrente: Motel Taj Mahal

Advogados: Antônio Brandão de Paula e outro

Recorrente: Bernadete Aparecida Bianchi Polido

Advogado: Erasmo Ferez David

T. origem: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

Impetrado: Juízo de Direito da 6ª Vara Cível de Santo André — SP

Recorrido: Nilson Aparecido Bianchi

Advogados: Aguinaldo Donizeti Buffo e outros

EMENTA

Constitucional — Processo Civil — Recursos ordinários em mandado de segurança — Ato judicial — Liminar em medida cautelar — Pagamento *de pro labore* — Sócio impedido de adentrar na empresa — Interposição de agravo de instrumento — Não-conhecimento pelo Tribunal — Inadequação da via eleita — Súmula n. 267 — Não-participação da pessoa jurídica no pólo passivo — Art. 47 do CPC — Inexistência de violação — Representatividade através de um dos sócios — Observância de cláusula contratual — Inexistência de direito líquido e certo a ser amparado — Recursos desprovidos.

1. Quanto aos recursos ordinários interpostos por Bernardete Aparecida Bianchi Polido e Wilson Aparecido Bianchi, anoto que o mandado de segurança não é sucedâneo do recurso próprio, salvo em situações teratológicas da decisão ou havendo possibilidade desta causar dano irreparável ou de difícil reparação. No caso em concreto, não se apresentam nenhuma dessas hipóteses, já que se trata de decisão liminar que deferiu, nos autos de medida cautelar inominada, a continuidade do pagamento de **pro labore** a sócio impedido de adentrar ao recinto da empresa pelos demais irmãos, sendo, tal decisão, passível da interposição de agravo de instrumento. Ademais, registro que a primeira recorrente interpôs o recurso de instrumento, que não foi conhecido pelo Tribunal de origem e o segundo recorrente, sócio gerente da empresa, sequer contestou a ação cautelar, tornando-se revel. Incidência da Súmula n. 267-STF.

2. Precedentes (REsp n. 462.403/SC e RMS ns. 13.336/SP e 4.822/RJ).

3. No tocante ao recurso ordinário interposto por Motel Taj Mahal Ltda, assevero que além da empresa recorrente estar processualmente representada nos autos da medida cautelar inominada, porquanto seu acionista majoritário e gerente, Wilson Aparecido Bianchi, foi regularmente citado, nos termos da previsão contida na cláusula IV do instrumento societário, nesta impetração, a procuração foi assinada pelo mesmo sócio-gerente (fl. 09). Nota-se, assim, que os três únicos sócios foram chamados ao processo cautelar, não havendo qualquer afronta ao art. 47 do CPC. Pretendem os sócios-recorrentes, nesta seara, renovar os argumentos já expendidos na cautelar e tentar rediscuti-los, o que é inviável, posto que dispuseram dos meios processuais adequados (contestação e agravo de instrumento da liminar deferida). Outrossim, qualquer elocubração acerca de eventuais produções de prova e alterações contratuais torna-se inviável na via eleita, que não comporta dilação probatória (art. 6º da Lei n. 1.533/1951). Ausência de liquidez e certeza a amparar a pretensão.

4. Recursos ordinários desprovidos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, em negar provimento ao recurso ordinário, nos

termos do voto do Sr. Ministro-Relator, com quem votaram os Srs. Ministros Barros Monteiro, Cesar Asfor Rocha, Fernando Gonçalves e Aldir Passarinho Junior.

Brasília (DF), 18 de novembro de 2004 (data do julgamento).

Ministro Jorge Scartezzini, Relator

DJ de 17.12.2004

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Jorge Scartezzini: Cuidam-se de recursos ordinários em mandado de segurança interpostos por Bernadete Aparecida Bianchi Polido, Wilson Aparecido Bianchi e por Motel Taj Mahal, sendo recorrido Nilson Aparecido Bianchi, todos com fundamento no art. 105, II, **b**, da Constituição Federal, contra o v. acórdão de fls. 207/210 proferido pela colenda Oitava Câmara de Direito Privado do egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que, por unanimidade, denegou a ordem, mantendo o indeferimento inicial da via mandamental, por entendê-la incabível, já que não é sucedânea recursal.

A ementa do julgado encontra-se assim expressa, **verbis** (fl. 64):

“Mandado de segurança — Impetração — Via inadequada, pois utilizado como substituto de recurso — Impossibilidade — Ordem denegada.”

Alega a primeira recorrente, Bernadete Aparecida Bianchi Polido, *litisconsorte ativa* (fl. 94), nas suas razões, em síntese, que a existência de litisconsórcio necessário entre ela e a pessoa jurídica, ocasionária, por si só, a extinção da medida cautelar inominada ajuizada pelo ora recorrido, objetivando, em razão de deter 25% do capital societário da empresa Motel Taj Mahal Ltda, o pagamento de **pro labore** mensal. Assevera que interpôs o recurso adequado de agravo de Instrumento, não tendo sido conhecido pelo Tribunal de origem. Outrossim, sustenta que o pagamento do **pro labore** é obrigação da pessoa jurídica, havendo direito líquido e certo a ser resguardado com a presente impetração. Pleiteia, ao final, a decretação das nulidades tanto do v. acórdão recorrido, que decidira como se a impetrante (pessoa jurídica) fosse parte na medida cautelar, bem como a decisão do douto Juízo de primeiro grau, que deixou de apreciar questões relevantes no processo e concedeu a liminar, sem a oitiva das partes adversas.

O segundo recorrente, Wilson Aparecido Bianchi, *litisconsorte ativo* (fl. 245), por sua vez, aduz, em síntese, que a medida cautelar inominada ajuizada pelo ora recorrido não atendeu ao disposto nos arts. 801, III, 803, e 47, todos do CPC, porquanto não houve inclusão da pessoa jurídica no pólo passivo da relação processual,

como litisconsorte necessária. Requer que seu recurso seja julgado procedente, restaurando-se a ordem jurídica ofendida.

Por fim, o terceiro recorrente, *Motel Taj Mahal Ltda*, *impetrante originário deste writ (fl. 02)*, nas suas razões, em resumo, sustenta que houve equívoco na decisão monocrática que deferiu, **in limine**, o pagamento de **pro labore** para o ora recorrido, porquanto a mesma deixou de examinar o conjunto probatório dos autos, bem como não determinou sua inclusão, nos termos do art. 47 do CPC, no pólo passivo da lide, confundindo as atribuições da pessoa jurídica com as da pessoa física de seus sócios. Argumenta, ainda, que tal decisão judicial infringiu frontalmente os arts. 801, III, e 806, ambos do CPC, já que não houve fundamentação da petição inicial, bem como a lide principal não foi proposta dentro do prazo legal (30 dias).

Foram apresentadas contra-razões às fls. 380/386, 388/394 e 396/404.

Estando tempestivos os recursos e devidamente preparados (fls. 278, 347 e 375), subiram os autos a esta Corte.

A douta Subprocuradoria Geral da República opina pelo desprovimento dos recursos (fls. 102/105).

Após vieram-me os autos conclusos, por atribuição.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Jorge Scartezzini (Relator): Sr. Presidente, os recursos se encontram preparados e tempestivos, porém, não merecem ser providos.

Consta dos autos que Nilson Aparecido Bianchi, ora recorrido, ajuizou medida cautelar inominada, contra seus irmãos e sócios, Wilson Aparecido Bianchi e Bernardete Aparecida Bianchi Polido, ora recorrentes, objetivando o pagamento de **pro labore** mensal, referente a quotas sociais (25%) que possui da empresa Motel Taj Mahal Ltda, também ora recorrente. Aduziu, na ocasião, que, em 26 de março de 1999, os co-réus expulsaram seu procurador das dependências do motel de forma abrupta e injustificada, passando a reter seus documentos e da sociedade, bem como deixando de lhe pagar as retiradas mensais que lhe eram devidas.

No feito foram citados Wilson e Bernardete, sendo que somente a segunda contestou-o, havendo decurso de prazo em relação ao primeiro (fl. 20).

Frustrada a audiência de conciliação e ouvida 02 (duas) testemunhas do autor, foi deferida a liminar, levando-se em conta, inclusive, a revelia do co-réu Wilson, ora recorrente (fls. 19/21).

A questão é singela, podendo ser dirimida em conjunto.

Primeiramente, escoreito o v. aresto de origem ao assentar que (fls. 209/210):

“... O mandado de segurança não é substituto do recurso cabível — no caso, o agravo de instrumento.

Com efeito, a questão destes autos é regida pelo art. 5º, inciso II, da Lei n. 1.533, de 31 de dezembro de 1951,...”

Ora, como assentado pela própria recorrente Bernardete, litisconsorte ativa neste writ, ela valeu-se do agravo de instrumento contra a decisão liminar ora guerreada e o mesmo não foi conhecido pela Corte a quo. Optou, então, pela via que melhor lhe interessava, não podendo se utilizar desta como substitutiva recursal. No mesmo diapasão o ora recorrente Wilson, também litisconsorte ativo nesta impetração, já que sequer contestou a medida cautelar contra a qual ora se insurge, deixando transcorrer in albis o prazo assinalado para contestar, tornando-se revel na referida ação.

Na esteira de jurisprudência pacífica desta Corte Superior, o mandado de segurança não é sucedâneo de recurso, salvo em situações teratológicas da decisão ou a possibilidade desta causar dano irreparável ou de difícil reparação. No caso em questão, não se apresentam nenhuma dessas hipóteses.

Hely Lopes Meirelles, ao comentar o tema, com precisão, anotou:

“Inadmissível é o mandado de segurança como substitutivo do recurso próprio, pois por ele não se reforma a decisão impugnada, mas apenas se obtém a sustação de seus efeitos lesivos ao direito líquido e certo do impetrante, até a revisão do julgado no recurso cabível. Por isso mesmo a impetração pode — e deve — ser concomitante com o recurso próprio (apelação, agravo, correção parcial), visando unicamente obstar a lesão efetiva ou potencial do ato judicial impugnado.

Se o impetrante não interpuser, no prazo legal, o recurso adequado, tornar-se-á carecedor da segurança, por não se poder impedir infinitamente, pelo **mandamus**, os efeitos de uma decisão preclusa ou transitada em julgado” (in “Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção e **Habeas data**”, 13ª edição, p. 23).

Incidente, à espécie, o Enunciado Sumular n. 267 do Pretório excelso, do teor seguinte: “*Não cabe mandado de segurança contra ato judicial passível de recurso ou correção.*”

Esse é também o posicionamento desta Corte de Uniformização, consoante se depreende dos seguintes julgados:

“Recurso especial. Mandado de segurança contra ato judicial. Utilização de **mandamus** como sucedâneo de recurso. Inocorrência de situação excepcional a justificar a reforma da decisão atacada. Incidência da Súmula n. 267 do STF. Precedentes desta corte. Execução fiscal. Responsabilidade tributária. Sucessão negocial. Art. 133 do CTN.

1. O mandado de segurança não pode ser utilizado como sucedâneo do recurso cabível, revelando-se medida excepcional e extrema, somente cabível em casos de ilegalidade ou abuso de poder por parte do prolator do ato processual impugnado. Incidência da Súmula n. 267 do STF: ‘Não cabe mandado de segurança contra ato judicial passível de recurso ou correição’.

(...)” (REsp n. 462.403/SC, Relator Ministro Luiz Fux, DJ de 23.06.2003)

“Processual Civil. Mandado de segurança. Ato judicial passível de recurso próprio. Descabimento. Incidência da Súmula n. 267-STF

I - O mandado de segurança não se presta como sucedâneo recursal, não podendo ser ele utilizado como via subsidiária para manifestar igual pretensão já formulada em recurso próprio. Incidência do enunciado da Súmula n. 267 do Pretório excelso.

II - Admitia-se, excepcionalmente, a sua impetração para emprestar efeito suspensivo a recurso que não o tivesse. Isto, desde que o ato judicial atacado fosse manifestamente ilegal ou teratológico, e que resultasse prejuízo irreparável ou de difícil reparação à parte.

III - No entanto, tal construção doutrinária e jurisprudencial foi modificada após a edição da Lei n. 9.139/1995 que, alterando o art. 558 do CPC, possibilitou ao Relator dar efeito suspensivo ao agravo de instrumento e à apelação, nos casos em que possa haver lesão grave ou de difícil reparação. Precedentes.

Recurso desprovido.” (ROMS n. 13.336/SP, Relator Ministro Felix Fischer, DJ de 28.04.2003).

“Mandado de segurança contra decisão judicial. Inexistência de recurso adequado contra a decisão impugnada. Dispensabilidade por cuidar-se de **mandamus** impetrado por terceiro.

Em se tratando de segurança contra decisão judicial, o impetrante deve, no prazo legal, manifestar o recurso adequado, para evitar a preclusão da matéria.

(...)” (ROMS n. 4.822/RJ, Relator Ministro Demócrito Reinaldo, DJ de 19.12.1994) — grifei.

Quanto à terceira recorrente, *Taj Mahal Motel Ltda*, pessoa jurídica impetrante originária deste remédio constitucional, anoto que, consoante leciona-nos Seabra Fagundes:

“... se o recurso oferecido pelo Código para defesa de direito de pessoa estranha à relação processual é de uso facultativo, a critério do próprio interessado (ao invés do que sucede com os recursos deferidos às partes, que se não usados levam à preclusão e à coisa julgada), não se pode incluí-lo entre os recursos previstos nas leis processuais, que uma vez existentes tornam descabida a impetração da segurança. Emprestar-lhe este efeito seria privar o terceiro, totalmente descompromissado com a ação ajuizada, de optar, entre vários meios de defesa do seu direito, por aquele que lhe pareça o mais condizente com o seu interesse.” (In, “RDMP/Guanabara”, vol. 18, maio-dezembro, 1973).

Assim, tenho entendido que o terceiro prejudicado por ato judicial pode impugná-lo por mandado de segurança, mesmo que não tenha interposto o recurso cabível. Isto porque, a escolha, nesta hipótese, é faculdade do interessado que, na maioria das vezes, não pretende discutir os méritos da lide, mas apenas livrar-se dos efeitos do ato judicial que lhe prejudicou e atingiu seus direitos.

Não é o caso da ora recorrente Motel Taj Mahal Ltda.

Isto porque, conforme consta do contrato social juntado na inicial desta impetração (fl. 13), “A administração e a gerência da sociedade caberá a qualquer um dos sócios, quando no efetivo exercício de suas funções, *bem como a representação ativa, passiva, judicial ou extrajudicial, sendo que o uso da firma, será em conjunto ou isoladamente*, ficando proibido o seu emprego em negócios estranhos à sociedade, tais como: fianças, abonos ou endossos em geral que acarretem responsabilidade para a sociedade.” (cláusula 4ª do Contrato Social) — grifei.

Desta forma, como bem salientado nas informações prestadas pelo douto Juízo de 1ª Instância “... quanto à alegada não-participação da pessoa jurídica *Motel Taj Mahal Ltda*, no pólo passivo da cautelar, entendo, s.m.j., que a mesma estava presente no litígio, posto que representada por seus três únicos sócios. ... Além disso, o ora impetrante está representado pelo seu sócio majoritário, *Wilson Aparecido Bianchi*, que foi regularmente citado para os atos e termos da ação cautelar, mas não ofereceu contestação à pretensão inicial, tornando-se revel, em consequência. (...’**omissis**’). Anoto, por fim, que o autor ajuizou a ação principal de exclusão de sócios, c.c. anulatória de alteração de contrato social em data de 03 de dezembro corrente (Proc. n. 3.072/1999), tempestivamente, portanto.”

Logo, além da impetrante-recorrente estar processualmente representada nos autos da medida cautelar inominada, já que seu acionista majoritária e gerente

Wilson Aparecido Bianchi foi regularmente citado e deixou de contestar, tornando-se revel, nesta impetração a procuração foi assinada pelo mesmo sócio-gerente (fl. 09). Nota-se que não houve qualquer afronta ao art. 47 do CPC, posto que pretendem os sócios-irmãos, nesta seara, renovar os argumentos já expendidos na cautelar e tentar rediscuti-los, o que é inviável, já que dispuseram dos meios processuais adequados (contestação e agravo de instrumento da liminar deferida). No Direito brasileiro, consoante doutrina de **Junqueira de Azevedo** (in, “Estudos e Pareceres de Direito Privado”, Saraiva, 2004) o *comportamento dúplice é inadmissível*, porquanto contraria o princípio geral da boa-fé que norteia as relações jurídicas, havendo proibição expressa do **venire contra factum proprium**. Outrossim, qualquer elocubração acerca de eventuais produções de prova e alterações contratuais torna-se inviável na via eleita, que não comporta dilação probatória (art. 6º da Lei n. 1.533/1951).

Na esteira do magistério de **Hely Lopes Meirelles**, na obra já citada, p. 13:

“Direito líquido e certo é o que se apresenta manifesto na sua existência, delimitado na sua extensão e apto a ser exercitado no momento da impetração. Por outras palavras, o direito invocado, para ser amparável por mandado de segurança, há de vir expresso em norma legal e trazer em si todos os requisitos e condições de sua aplicação ao impetrante: se a sua existência for duvidosa; se a sua extensão ainda não estiver delimitada; se o seu exercício depender de situações e fatos ainda indeterminados, não rende ensejo à segurança, embora possa ser defendido por outros meios judiciais.” — Grifamos.

Não é a hipótese destes autos, porquanto ausente o direito líquido e certo a amparar a pretensão.

Por tais fundamentos, *nego provimento aos três recursos ordinários interpostos.*

É como voto.