





**RECURSO EM MANDADO DE  
SEGURANÇA N. 8.234 – SP**

(Registro n. 97.0008310-1)

Relator: Ministro Aldir Passarinho Junior  
Recorrente: Heriberto Antônio Pronello  
Advogados: Roberto Pires Camargo  
Tribunal de origem: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo  
Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo  
Recorrida: Fiat Automóveis do Brasil S/A  
Advogados: Manoel Sílvio Puig e outros

**EMENTA:** Processual Civil – Acórdão de tribunal estadual que decide agravo de instrumento – Inviabilidade de impugnação via mandado de segurança.

I – Prolatado acórdão pela Corte a **quo** em agravo de instrumento, inviável a impugnação da decisão mediante a impetração de mandado de segurança, que não serve como substitutivo do recurso próprio, menos ainda para compelir a superposição de outro órgão julgador, criando espécie de 3º grau ordinário.

II – Recurso ordinário 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 Sálvio de Figueiredo Teixeira, Barros Monteiro, Cesar Asfor Rocha e Ruy Rosado de Aguiar. Custas, como de lei.

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

Ministro Ruy Rosado de Aguiar, Presidente.

Ministro Aldir Passarinho Junior, Relator.

Publicado no DJ de 19.3.2001.

## RELATÓRIO

O Sr. Ministro Aldir Passarinho Junior: Adoto o relatório que integra o acórdão recorrido, **verbis** (fl. 281):

“Trata-se de mandado de segurança impetrado por Heriberto Antônio Pronello contra atos judiciais consistentes, segundo se pode depreender da inicial, em decisões tomadas pela egrégia Quinta Câmara Civil deste Tribunal, em sede de embargos de declaração de caráter infringente, interpostos em autos de recurso de agravo de instrumento tirado pelo ora impetrante contra decisão do Juízo da 24ª Vara Cível do Foro Central e que, em autos de ação ordinária indenizatória acolheu exceção de incompetência, determinando a remessa dos autos à Comarca de Betim, Minas Gerais.

Sustenta o Impetrante, em síntese, que o v. acórdão resultou omisso, em duas oportunidades quanto à matéria em questão e relativa à intempestividade da exceção declinatória, além de apresentar erro material, interpretando o direito em tela em desacordo com a legislação e ainda impondo multa de 1% ao Embargante, tudo a resultar em decisão teratológica e a ferir direito seu, líquido e certo, o que justifica a concessão da segurança para que, ‘seja reformado o acórdão do Agravo de Instrumento n. 259.279.1/0, pelas omissões e contradições, razão dos embargos, invertendo o seu resultado e mantendo, em consequência, a competência do feito ... na Capital de São Paulo’, bem como seja anulada a ilegal multa aplicada ao Embargante, ou mesmo anulado o v. acórdão.

Prestadas as informações pelo eminente Desembargador-Presidente da colenda Quinta Câmara Civil, a liminar postulada foi indeferida pela egrégia Terceira Vice-Presidência deste Tribunal, posicionando-se a douta Procuradoria Geral de Justiça pela denegação da segurança (fls. 269/272).”

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo julgou o Impetrante carecedor da ação mandamental, extinguindo o feito, em decisão assim ementada (fl. 281):

“Mandado de segurança. Ato judicial. Decisão que comporta recurso especial, perante o Superior Tribunal de Justiça. Procedimento cabível previsto nos artigos 105, incisos III, a e c, da Constituição da

República, 21, inciso XIII, a, e 34, incisos V e VI, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça. Carência decretada.”

Inconformado, Heriberto Antônio Pronello interpõe recurso ordinário no STJ, em que após fazer longo histórico sobre o trâmite da ação indenizatória que propôs contra Fiat Automóveis, afirma, especificamente quanto ao julgamento do Mandado de Segurança em comento – n. 4.470-4/8 na origem – que o mesmo é cabível em face da teratologia das diversas decisões tomadas pela instância monocrática paulista e pelo Tribunal **a quo**, que descreve.

Requer, ao final, o seguinte (fl. 312):

“2.1.0 – Demonstrada à exaustão toda ilegalidade presente no acórdão do Agravo de Instrumento n. 259.279.1/0, assim como nos embargos declaratórios opostos ao mesmo, cumpre que seu resultado seja reformado pelo egrégio Superior Tribunal de Justiça, decretando-se a intempestividade da exceção de incompetência argüida por Fiat Automóveis S/A, invertendo-se o resultado daquele julgamento para que o processo principal da ação ordinária indenizatória ajuizada por Heriberto Antônio Pronello, Processo n. 828/1992, seja cursado pela 24ª Vara Cível da Capital de São Paulo, onde foi proposta a ação e de onde nunca deveria ter saído.

Neste sentido, requer seja oficiado, **incontinenti** o Juízo da 4ª Vara Cível da Comarca de Betim, através do Tribunal de Justiça de Minas Gerais que devolva o Processo (principal e recursos) – que ali tomou o n. 920-5/1994.

2.1.2 – Requer, ainda, o Recorrente que seja anulada a multa de 1% imposta – sem nenhum supedâneo jurídico – nos embargos declaratórios, mesmo porque, *‘o reconhecimento, a declaração da pecha de procrastinatórios aos embargos, dependerá não apenas da decisão fundamentada que exteriorize os motivos, as causas porque esses embargos são assim reconhecidos, mas, de prudência e cautela para que não se cometam injustiças gritantes, com o total descrédito da Justiça e a consequência prática daí oriunda: o benefício da parte adversa’*, também da lavra de **Samuel Monteiro**, na obra Recursos Especial e Extraordinário e Outros Recursos, Editora Hemus, 2ª edição.”

Sem contra-razões (fl. 316).

Parecer da douta Subprocuradoria Geral da República às fls. 328/330, pelo Dr. Ronaldo Bomfim Santos, no sentido do improvimento do recurso. É o relatório.

### VOTO

O Sr. Ministro Aldir Passarinho Junior (Relator): O voto-condutor do acórdão ora recorrido, diz o seguinte (fls. 281/283):

“Segundo se pode extrair destes autos, o Impetrante ajuizou ação ordinária de indenização em face de Fiat Automóveis S/A, perante o Juízo da 24ª Vara Cível do Foro Central da Comarca da Capital, tendo o magistrado declinado, de ofício, de sua competência, determinando a remessa dos autos ao Juízo da Comarca de Betim, Minas Gerais, sendo a decisão hostilizada por recurso de agravo de instrumento interposto pelo Autor, no processamento do qual o magistrado determinou a expedição de carta precatória à Comarca de Betim para a citação da Ré e sua intimação para contraminutar o recurso.

Entendendo, o magistrado, estar caracterizada a inércia do Autor no cumprimento da carta precatória, julgou deserto o recurso; pedida a reconsideração, mandou processá-la como um novo agravo, e, ainda, correção parcial.

Em razão de mandado de segurança a seguir impetrado pelo Autor, e que tomou o n. 205.882.1/2, foi concedida a ordem pela colenda Quinta Câmara Civil, concessão justificada pelo ‘tumultuado processamento’ daquele feito para que subisse ‘o primeiro agravo, a que se imprime efeito suspensivo da decisão nele agravada, arredando riscos de prejuízos ao Impetrante, devidamente formado o instrumento, e abertos os prazos legais de seu processamento à parte agravada, a fim de que não fique impossibilitada de exercê-los, caso saíba da existência do recurso. Na hipótese de exercitar o juízo de retratação, prejudicada ficará, como decorrência lógica, a subida de tal agravo, e ainda dos subseqüentes agravo e correção parcial, noticiados na inicial’ daquela impetração (fls. 54/57).

Ao segundo Agravo, que tomou o n. 233.872.1/7, tirado com o objetivo de fazer subir o outro, que fora julgado deserto, a colenda Quinta Câmara Civil deu provimento, em face do que ficara decidido

no mandado de segurança, convalidada aquela decisão, restando ressaltada a impropriedade processual do chamamento da Ré-agravada no bojo do primeiro agravo (fls. 58/60).

Sucedendo que, nos autos do agravo de instrumento julgado deserto, o magistrado exercitou juízo de retratação, reconsiderando a decisão agravada e determinando o prosseguimento do feito perante a 24ª Vara Cível, decisão que foi publicada em 22 de julho de 1994.

Por outro lado, noticiam os autos que a Ré fora citada e intimada para contraminutar o primeiro agravo (fl. 132), requerendo, em 23 de novembro de 1993, vista dos autos para ofertar contraminuta (fl. 133) tendo juntado aos respectivos autos instrumento de mandato público de procuração em 9 de fevereiro de 1994 (fls. 188/192).

Reconhecendo, embora, que a Ré já havia sido citada e intimada para responder ao primeiro agravo, em despacho de 26 de agosto de 1994, o magistrado, com fulcro no então vigente § 2º do artigo 296 do Código de Processo Civil, determinou sua intimação, na pessoa do advogado, a fim de oferecer resposta (fl. 128), o que se efetivou em 29 de setembro de 1994, quando apresentou contestação e argüiu exceção de incompetência do Juízo da 24ª Vara Cível (fls. 156/164 e 67/69), tendo sido a exceção acolhida por decisão de 23 de novembro de 1994, firmada a competência do Juízo da Comarca de Betim (fls. 125/127).

Dessa decisão o Autor interpôs recurso de agravo de instrumento e impetrou mandado de segurança para conferir-lhe efeito suspensivo.

O Agravo de Instrumento n. 259.279.1/0, e o Mandado de Segurança n. 249.914.1.1, foram julgados, em conjunto, em 4 de maio de 1995, sendo improvido o primeiro e prejudicado o segundo, opondo, o Autor, Embargos de Declaração (n. 259.279.1/2-01), apontando omissão, rejeitados (fls. 98/106 e 107/110); opostos novos Embargos de Declaração (n. 259.279.1/2-01), em julgamento de 24 de agosto de 1995, igualmente foram rejeitados, sendo aplicada a multa da primeira parte do parágrafo único do artigo 538 do Código de Processo Civil.

Infere-se dos termos em que lançado o item a da inicial, que a impetração, distribuída em 12 de janeiro de 1996, volta-se contra esses dois julgados proferidos em sede de embargos de declaração, objetivando o Impetrante a inversão do que ficou decidido no Agravo de Instrumento n. 259.279.1/0.

A despeito de extensas, as razões expendidas pelo Impetrante direcionam-se no sentido de que haveria de ser reconhecida a intempestividade da contestação e, pois, também da exceção.

Mas, consoante já assinalado, por ocasião do julgamento do Agravo de Instrumento n. 233.872.1/7 e tirado com o objetivo de fazer subir o outro, convalidada a decisão proferida no mandado de segurança que o precedeu, a colenda Quinta Câmara já deixara ressaltada a impropriedade do chamamento da Ré-agravada no bojo do primeiro agravo (fls. 58/60).

E no Agravo de Instrumento de que se cuida, o de n. 259.279.1/0, a colenda Quinta Câmara entendeu defeituosa a citação, 'e não desconhecendo que a Ré estava cientificada dos recursos e do processo principal, o certo é que o acórdão embargado (fl. 94), examinou e entendeu válida, pelo anômalo da situação processual, a determinação judicial de intimação da Ré na pessoa de seu advogado, para vir responder à causa', como consignado nas informações.

Bem por isso, afastada qualquer possibilidade de se vislumbrar teratologia ou abusividade naquela decisão, impõe-se o reconhecimento de que o Impetrante é carecedor da ação mandamental intentada, porquanto o mandado de segurança contra ato judicial só é admitido, em caráter excepcional, como meio de tutela complementar aos recursos ordinários, descabendo a impetração do *writ* contra ato judicial para substituir recurso de que não se utilizou o Impetrante.

Na hipótese dos autos, o Impetrante deixou de interpor recurso especial ou extraordinário, transitando em julgado o v. acórdão cujo resultado pretende ver invertido."

A decisão não merece reparo algum.

De efeito, o mandado de segurança não pode servir de substitutivo do recurso cabível, e nem se identifica teratologia a justificar a impetração, escoteira, do *writ*.

Se a parte não está satisfeita com o acórdão prolatado pela Quinta Câmara Cível da Corte, ao qual opôs dois embargos de declaração, teria de aviar ou recurso especial, ou extraordinário, mas de modo algum pretender a reforma das decisões em sede de ação mandamental perante outro órgão do mesmo Tribunal.

Portanto, correta a extinção do processo pela sua carência, registrando-se que a multa imposta também o foi no bojo dos segundos embargos declaratórios naquele agravo de instrumento e não aqui.

Ante o exposto, não conheço do recurso ordinário.

É como voto.

---

---

## RECURSO ESPECIAL N. 57.733 – MG

(Registro n. 94.0037584-0)

Relator: Ministro Aldir Passarinho Junior  
Recorrentes: Banco do Estado de São Paulo S/A – Banespa e outro  
Advogados: Renato Moraes Bicalho de Lana e outros  
Recorrido: Odemar Teixeira Dias  
Advogado: Tomaz Luiz Naves

**EMENTA:** Processual Civil – Intimação – Substabelecimento – Reserva de poderes – Ausência de pedido e deferimento para futuras comunicações processuais aos causídicos substabelecidos – Intimações realizadas com referência aos nomes de outros procuradores igualmente constituídos – Validade.

I – Legítima a intimação da parte que traz os nomes de procuradores por esta constituídos, quando não há pedido expreso e deferimento jurisdicional, para que seja efetuada a comunicação processual em nome de um mandatário específico.

II – Ressalva de fundamentação em parte dos votos-vogais.

III – Precedentes.

IV – Recurso 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 Sálvio de Figueiredo Teixeira, Barros Monteiro, Cesar Asfor Rocha e Ruy Rosado de Aguiar. Custas, como de lei.

Brasília-DF, 16 de novembro de 2000 (data do julgamento).

Ministro Ruy Rosado de Aguiar, Presidente.

Ministro Aldir Passarinho Junior, Relator.

---

Publicado no DJ de 2.4.2001.

## RELATÓRIO

O Sr. Ministro Aldir Passarinho Junior: O Banco do Estado de São Paulo e outro interpõem recurso especial contra acórdão prolatado pelo colendo Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais, com fundamento no art. 105, III, a, da Constituição Federal.

A Segunda Câmara Civil do TAMG, por unanimidade, negou provimento às apelações das ora recorrentes.

As empresas opuseram embargos declaratórios, sob a alegação de nulidade do acórdão, em virtude de ausência de intimação dos advogados substabelecidos para atuar em 2ª instância.

A Câmara julgadora conheceu e desproveu os embargos, por entender inexistente a nulidade, em virtude de na intimação constar os nomes de outros advogados constituídos pelas instituições financeiras, e que o substabelecimento por um dos causídicos do Banco foi com reserva de poderes.

Irresignados, interpuseram recurso especial, onde apontam contrariedade aos arts. 234 e 236, § 1º, do CPC. Requerem o reconhecimento da nulidade do acórdão, tendo em vista que a intimação da data do julgamento e do respectivo resultado foi feita em nome de outro procurador residente na Comarca de São Paulo, em detrimento daqueles substabelecidos para acompanhar o trâmite do processo no Estado de Minas Gerais.

Contra-razões pelo Recorrido às fls. 469/471.

O eminente Ministro Fontes de Alencar deu provimento ao Ag n. 51.196-MG, contra decisão que inadmitiu o recurso na origem.

É o relatório.

## VOTO

O Sr. Ministro Aldir Passarinho Junior (Relator): Banco do Estado de São Paulo e outro interpõem recurso especial contra acórdão prolatado pelo colendo Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais, com fundamento no art. 105, III, a, da Constituição Federal.

O Tribunal a quo rejeitou embargos de declaração opostos pelos ora recorrentes, afastando a assertiva de nulidade do acórdão da apelação em face da ausência de intimação dos advogados substabelecidos às fls. 335/336. Argumentou que nas intimações promovidas em 2ª grau constaram os nomes de outros advogados constituídos pelos Recorrentes. No tópico, o voto-condutor do nobre Juiz Almeida Melo, assim decidiu (fls. 459/460):

“O substabelecimento de novembro de 1991 foi (fl. 335-TA) por um dos advogados do Banco do Estado de São Paulo S/A, mas, com reserva de iguais poderes para dezenas de outros profissionais (fls. 337-TA a 339-TA). Dois destes foram regularmente intimados dos atos processuais deste egrégio Tribunal, os Drs. José Carlos da Trindade Silva e José Geraldo Coser.

Não há na lei obrigação de se intimarem todos os advogados da parte, nem aqueles que residam fora da demanda. Se todos possuem os mesmos poderes, basta que um deles seja intimado. Não foi suscitada matéria de embargos de declaração. Rejeito-os.”

Nada há a modificar no acórdão recorrido. Dois dos procuradores constituídos nos autos foram intimados dos atos processuais aludidos. No substabelecimento de fl. 335, não há pedido expresso para que constasse somente o nome dos substabelecidos nas futuras intimações, fato que configuraria um pretenso cerceamento de defesa da parte, se deferido o pedido pelo órgão jurisdicional, o que não é o caso. Por outro lado, o fato de os advogados substabelecidos não residirem na comarca onde funciona o Tribunal, não foi empecilho para que anteriormente desempenhassem suas funções.

Neste sentido, decidiu recentemente a Quarta Turma:

“Advogado. Substabelecimento. Intimação.

O só fato de o advogado substabelecido residir em outra comarca não é causa necessária para que se anule o processo no qual

as intimações continuaram sendo feitas em seu nome, se antes disso ele, apesar da diversidade de sede, sempre teve condições de bem desempenhar o mandato.

Recurso não conhecido.” (Quarta Turma, REsp n. 219.719-DF, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, unânime, DJU de 29.11.1999).

Ante o exposto, não conheço do recurso.

É como voto.

### VOTO

O Sr. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira: Não conheço do recurso, em face das peculiaridades do caso concreto. Penso que, em se tratando de instituição bancária, que dispõe de departamento jurídico habilitado, não se justifica a omissão quanto ao pedido de intimação do advogado substabelecido, deixando ao Judiciário a incumbência de adivinhar.

### VOTO

O Sr. Ministro Barros Monteiro: Sr. Presidente, a jurisprudência se orienta no sentido de que basta a indicação do nome de um dos procuradores da parte. Penso que, se há um substabelecimento, a parte deve requerer à secretaria do juízo a intimação do novo patrono, senão ficará muito difícil a serventia distinguir qual é o advogado, se o anterior ou o novo que vai continuar a receber as intimações.

Acompanho a orientação imprimida pelo Sr. Ministro-Relator.

### VOTO

O Sr. Ministro Cesar Asfor Rocha: Sr. Presidente, acompanho o voto do Sr. Ministro-Relator, pelas circunstâncias do caso concreto.

### VOTO-VOGAL

O Sr. Ministro Ruy Rosado de Aguiar (Presidente): Srs. Ministros, também acompanho o voto do Sr. Ministro-Relator, atendendo às peculiaridades do caso, nos termos do voto do Ministro Sálvio de Figueiredo.

**RECURSO ESPECIAL N. 100.696 – SP**

(Registro n. 96.0043088-8)

Relator: Ministro Barros Monteiro  
Recorrente: Paulo Vieira de Carvalho  
Advogados: José Leite Saraiva Filho e outros  
Recorrido: Luiz Estanislau do Amaral Filho  
Advogados: Heitor Estanislau do Amaral e outro  
Sustentação oral: José Leite Saraiva Filho (pelo recorrente)

**EMENTA:** Depósito – Semoventes – Prova – Complementariedade dos documentos acostados à inicial – Conclusão pela inexistência do depósito – Matéria de prova.

– Depósito das reses não comprovado à luz dos elementos coligidos nos autos. Inadmissibilidade, em sede de apelo especial, de proceder-se à reapreciação do quadro probatório para afirmar-se a existência do contrato de depósito. Incidência da Súmula n. 7-STJ.

Recurso especial não conhecido.

**ACÓRDÃO**

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas, decide a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do recurso, 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, Ruy Rosado de Aguiar, Aldir Passarinho Junior e Sálvio de Figueiredo Teixeira.

Brasília-DF, 3 de maio de 2001 (data do julgamento).

Ministro Ruy Rosado de Aguiar, Presidente.

Ministro Barros Monteiro, Relator.

Publicado no DJ de 20.8.2001.

**RELATÓRIO**

O Sr. Ministro Barros Monteiro: Cuida-se de ação de depósito proposta por Paulo Vieira de Carvalho contra Luiz Estanislau do Amaral Filho, sob as seguintes alegações:

O Autor era arrendatário da “Fazenda Santa Maria do Sertão”, de propriedade do Espólio de Luiz Estanislau do Amaral; nos autos de ação de reintegração de posse movida pelo Espólio contra o ora autor, foi-lhe deferida **in limine** a reintegração na posse do imóvel; ante a impossibilidade da retirada imediata dos bens, o réu Luiz Estanislau do Amaral Filho ficou como depositário judicial de 138 (cento e trinta e oito) cabeças de gado pertencentes ao Autor; quando da retirada das reses, verificou-se a falta de cinquenta e seis cabeças, que o Autor alega terem sido alienadas pelo depositário.

O MM. Juiz de Direito julgou improcedente a ação, condenando o Autor ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários, fixados em R\$ 1.000,00 (mil reais), corrigidos monetariamente. Aduziu o Magistrado que “no auto de fl. 15 verso não consta que o Réu ficou com o depositário dessas cento e trinta e oito cabeças de gado, mas apenas de trinta e três cabeças (três vacas e três bezerros na cocheira, e vinte e sete cabeças de gado no mangueirão), asseverando o Oficial de Justiça que havia cento e cinco cabeças de gado bovino espalhadas pela Fazenda, segundo informação do Réu daquela ação, ora autor. Logo, não ficou o Réu como depositário de cento e trinta e oito cabeças de gado bovino”.

O 2ª Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, à unanimidade de votos, negou provimento ao apelo do Autor, em acórdão que traz a seguinte ementa:

“Em se tratando de depósito judicial, a única prova possível do recebimento, pelo depositário, da coisa dada em depósito, é o auto de depósito lavrado pelo meirinho, não o suprindo qualquer outro meio de prova” (fl. 248).

Eis os fundamentos do v. acórdão:

“A r. sentença recorrida está certa e deve ser mantida por seus jurídicos fundamentos, nos termos do § 1º do art. 122 do Regimento Interno desta Corte.

As razões expendidas no recurso não encontram foros jurídicos suficientemente capazes de abalar os sólidos fundamentos da decisão monocrática.

Correta a r. sentença quando deixou de acolher a tese sustentada pela Recorrente, ancorada, apenas e tão-somente, na prova oral.

O apelante Paulo Vieira de Carvalho, como arrendatário, figurou como réu em ação de reintegração de posse. E tendo sido deferida liminar de reintegração, foi nomeado depositário judicial dos bens que se encontravam na propriedade arrendada, o apelado Luiz Estanislau do Amaral Filho.

Segundo o Autor, o Réu teria recebido em depósito, dentre outros bens, 138 cabeças de gado. Entretanto, por ocasião da retirada dos animais, somente foram encontradas 82 cabeças. Reclama, assim, a entrega das faltantes 56 cabeças, ou o depósito do valor a elas equivalente.

Na resposta que ofertou, o depositário negou tivesse recebido o número de reses reclamado pelo Apelante, afirmando que 'o Autor não possuía e nunca possuiu as cabeças de gado que ora reclama' (fl. 36).

Em se tratando de depósito judicial, a única prova possível do recebimento, pelo depositário, da coisa dada em depósito, é o auto de depósito lavrado pelo meirinho, não o suprindo qualquer outro meio de prova.

Aliás, este é o magistério de **Adroaldo Furtado Fabrício**, quando, lecionando sobre a Ação de Depósito (**in** Comentários ao Código de Processo Civil, Ed. Forense, 2ª ed., VIII vol., Tomo II, p. 184), diz que:

'Tem aqui importância de sempre a distinção entre forma prescrita **ad solemnitatem** e **ad probationem**: com referência ao depósito, o contrato é tipicamente real, aperfeiçoando-se com a entrega da coisa com finalidade de guarda; desde então, o contrato existe, embora sua prova, segundo o direito material, só se possa fazer por escrito.'

E mais à frente escreve que:

'No plano do Direito Processual, há outro aspecto a considerar. Casos existem, à parte os de instrumento escrito exigido **ad solemnitatem**, nos quais, obviamente, nenhuma demanda seria admissível sem o documento, nos quais o escrito é igualmente indispensável à propositura da ação. Tal é o caso, por explícita disposição legal, da ação de depósito (**op. cit.**).'

Pois bem, à superficial leitura do auto de fl. 15 constata-se que,

dentre outros bens, o Apelado recebeu em depósito: três vacas e três bezerros, na cocheira; vinte e sete cabeças de gado bovino, ‘no mangueirão’.

É bem verdade que do auto constou, também, que ‘segundo informação do ora requerido, possuí, espalhados pela fazenda, cento e cinco cabeças de gado bovino machos e fêmeas, sem descrição exata, sendo impossível reuni-los e contá-los’. (sic).

Ora, tal ‘informação’ nenhum valor possui, pois a existência de tais animais não foi constatada pelos meirinhos.

Disso decorre que o depositário recebeu, apenas, os bens descritos no auto, e somente por eles responde.

Posta assim a questão, forçoso se reconhecer que à lide foi dada adequada solução, razão pela qual a r. sentença fica mantida por seus próprios fundamentos” (fls. 249/251).

Rejeitados os declaratórios, o Autor manifestou recurso especial com arrimo na alínea a do permissor constitucional, apontando afronta ao artigo 902 do Código de Processo Civil. Segundo o Recorrente, é possível que o depósito seja provado por outros meios de prova, desde que exista, no mínimo, um começo de prova escrita. Aduziu mais que produziu insofismável e completa prova testemunhal e documental, que não deixa dúvidas quanto ao recebimento, pelo depositário, daquelas cento e cinco cabeças de gado que estavam no pasto.

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

É o relatório.

## VOTO

O Sr. Ministro Barros Monteiro (Relator): O Autor ingressou com a presente ação de depósito, asseverando haver permanecido o Réu como depositário de cento e trinta e oito (138) cabeças de gado, das quais foram retiradas da fazenda apenas oitenta e duas (82). Instruiu o pedido com o auto de fl. 15 e v., de conformidade com o qual o demandado assumiu o encargo de depositário em relação a “três éguas em curral; três vacas e três bezerros, na cocheira; vinte e sete cabeças de gado bovino, no mangueirão” (fl. 15v.). Ao final do auto de reintegração de posse, certificou o Oficial de

Justiça: “E, segundo informação do ora requerido, possui, espalhados pela fazenda, cento e cinco cabeças de gado bovino machos e fêmeas, sem descrição exata, sendo impossível reuni-los e contá-los” (fl. 15v.).

A peça exordial veio acompanhada ainda de uma petição de acordo entre as partes na ação de reintegração de posse. Ali consta que o Réu se obriga, no prazo de 48 horas, a retirar todos seus bens e pertences, assim como animais semoventes, que se encontravam naquela propriedade rural, sob pena de serem vendidos. Também não se estipulou, no mesmo petitório, ter assumido Luiz Estanislau do Amaral Filho o encargo de depositário de outras cabeças de gado bovino, além daquelas referidas no auto de reintegração de posse.

Segundo a regra inserta no art. 902 do Código de Processo Civil, a inicial da ação será instruída com a prova literal do depósito.

Como tal, o pedido foi admitido para processamento, em consonância, aliás, como a orientação doutrinária prevalecente: “apesar de o artigo aludir à ‘prova literal’, exige-se escrito que não é de modo nenhum sujeito a formalidades” (**Clóvis do Couto e Silva**, Comentários ao Código de Processo Civil, vol. XI, tomo I, p. 62, Ed. RT, 1977). Idêntico, nesse particular, o escólio de **Pontes de Miranda**, para quem “o escrito não é de modo nenhum sujeito a formalidades; não é, necessariamente, o contrato ‘assinado’ do art. 135 do Código Civil” (Comentários ao Código de Processo Civil, tomo XIII, p. 69, Ed. Forense, 1977).

Vale dizer, em princípio, admissível o pleito da maneira como instruído, pois, conforme já teve ocasião de decidir esta egrégia Turma, a lei não exige que a inicial da ação de depósito esteja instruída com a prova do contrato escrito (REsp n. 2.579-RS, Relator Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira).

Daí haver-se propiciado a regular instrução do feito, após o que o MM. Juiz de Direito prolatou a sentença. Em sua decisão, o Magistrado, procedendo à análise da documentação exibida, concluiu que o Autor – ora recorrente – não comprovou, como lhe cabia (art. 333, I, do CPC) que o Réu ficara como depositário de cento e trinta e oito reses, deixando de devolver cinquenta e quatro (fl. 207).

Já o acórdão recorrido se mostrou muito mais rigoroso na apreciação da controvérsia. Considerou o colendo 2ª Tribunal de Alçada Civil que, “em se tratando de depósito judicial, a única prova possível do recebimento pelo depositário, da coisa dada em depósito, é o auto de depósito lavrado pelo

meirinho, não o suprindo qualquer outro meio de prova” (fls. 249/250). Daí ter asserido que o depositário recebeu apenas os bens descritos no auto de depósito e que somente por eles responde (fl. 250).

Nem por isso, entretanto, há de reputar-se como malferida na espécie a norma do art. 902 da Lei Processual Civil.

A sentença, como já se deixou acima assinalado, admitira o processamento da ação de depósito tal como proposta. Mas, depois de analisada a documentação apresentada pelo autor, assim como a prova testemunhal por ele produzida (aceitando, pois, a prova complementar dos documentos anexados à petição inicial), concluiu de modo cabal que o mesmo não lograra demonstrar ter o Réu figurado como depositário dos 138 semoventes, dos quais deixara de restituir 54.

Trata-se aí, portanto, de uma questão de prova: levando-se em conta os documentos acostados à peça incoativa e os demais elementos probatórios carreados aos autos, inexistente a prova do depósito com referência às 138 reses. É de realçar-se que a decisão de 1º grau foi mantida pelos seus próprios e jurídicos fundamentos (fl. 249), de sorte que, de uma maneira ou de outra, ou seja, tendo em vista tão-somente o auto de depósito ou os dados de prova ministrados **a posteriori** pelo Autor, o depósito das 138 cabeças de gado bovino não se comprovou.

Daí a improcedência do pedido, decretada com arrimo nas provas produzidas. Em suas razões de recurso especial, o demandante procura reverter o quadro, afirmando que provou de modo insofismável o recebimento pelo depositário de 105 animais e, conseqüentemente, a realidade do depósito. No entanto, sabe-se que em sede de apelo excepcional não se reexamina matéria probatória, a teor do que enuncia a Súmula n. 7 desta Corte. Somente com a nova análise do conjunto de provas é que se poderia dar novos contornos à situação fática pretendida pelo ora recorrente, inclusive com o reexame do conteúdo e natureza do recibo passado à fl. 46v.

Aliás, o próprio número de semoventes que teria sido entregue ao Réu, em depósito, varia segundo as manifestações do Autor, ora se referindo ele a 138, ora a 105, sendo certo que, ao fim e ao cabo, a dificuldade havida na recuperação das reses se deveu a sua própria incúria, que as deixou espalhadas pela Fazenda.

Do quanto foi exposto, não conheço do recurso.

É como voto.

## VOTO

O Sr. Ministro Cesar Asfor Rocha: Sr. Presidente, acompanho o voto do eminente Ministro-Relator.

## VOTO-PRELIMINAR

O Sr. Ministro Ruy Rosado de Aguiar (Presidente): Srs. Ministros, também elogio a sustentação do Dr. José Saraiva e a exposição bem feita e clara de sua pretensão, mas a argumentação do eminente Ministro-Relator quanto ao ponto afasta a possibilidade de aceitação da tese, porque o acórdão, embora tivesse referido a posição mais radical, de não admitir outra prova que não a literal pré-constituída, na verdade, manteve a sentença, na qual foi examinada a insuficiência da prova complementar.

Certamente o Tribunal teve em conta essa prova quando tomou a sua decisão. A anulação do julgado para que reexamine esse aspecto seria uma reiteração do que, de algum modo, já foi implicitamente julgado. A anulação não teria maior proveito prático, e essa decisão não poderia ser revista na via especial por se tratar de matéria de fato.

Por essas razões, também acompanho o eminente Ministro-Relator.

Não conheço do recurso.

## VOTO

O Sr. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira: Tenho que, na tese, a parte-recorrente tem razão quanto à possibilidade de instruir-se a ação de depósito com prova a ser produzida em outro momento que não apenas o da inicial. Isso, aliás, é o que foi decidido nos primórdios do funcionamento deste Tribunal, por esta Turma, no REsp n. 2.579-RS, colacionado, aliás, pelo Ministro-Relator.

Neste sentido, também, é a doutrina de **Ernane Fidélis dos Santos**.

Coloco-me de acordo com tais afirmações, inclusive porque a própria lei, no art. 283, CPC, autoriza a apresentação de prova posteriormente à inicial, exceto quando se trata de documentos indispensáveis, a saber, os substanciais, aqueles exigidos por lei, ou os que constituem o fundamento da ação.

No entanto, vou acompanhar, no caso, o voto do Ministro-Relator, por

uma peculiaridade acentuada por S. Ex.<sup>a</sup> e avalizada nos votos que se seguiram. É que, no caso, afirmaram as instâncias ordinárias que tal prova não veio a ser produzida posteriormente. Conseqüentemente, aí caímos no exame da prova, o que é vedado.

Com tais considerações, também acompanho o Ministro-Relator.

Não conheço do recurso.

---

---

## RECURSO ESPECIAL N. 168.318 – DF

(Registro n. 98.0020621-3)

Relator: Ministro Aldir Passarinho Junior  
Recorrente: Viação Planalto Ltda – Viplan  
Advogada: Diana de Almeida Ramos  
Recorridos: José Diógenes Bessa e outro  
Advogado: Arturo Buzzi

**EMENTA:** Civil e Processual – Ação de indenização – Apelação – Preparo extemporâneo – Deserção – CPC, art. 511 – Exclusão das verbas originadas do então provimento daquele recurso na instância **a quo** – Seguro obrigatório – Dedução do montante da indenização.

I – Efetuado o recolhimento do preparo após a interposição da apelação dos autores, é de se considerar a mesma deserta, pelo que as verbas obtidas perante o Tribunal **a quo** em decorrência do acolhimento daquele recurso ficam excluídas pela preclusão consumativa.

II – O valor do seguro obrigatório recebido pelos autores deve ser deduzido do montante da indenização a que foi condenada a empresa transportadora pelo atropelamento de transeunte. Precedentes do STF e STJ.

III – Recurso especial conhecido e provido.

## ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas,

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

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

Ministro Ruy Rosado de Aguiar, Presidente.

Ministro Aldir Passarinho Junior, Relator.

---

Publicado no DJ de 2.4.2001.

## RELATÓRIO

O Sr. Ministro Aldir Passarinho Junior: Viplan – Viação Planalto Ltda interpõe, pelas letras **a** e **c** do art. 105, III, da Constituição Federal, recurso especial contra acórdão do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, assim ementado (fl. 224):

“Civil. Processo Civil. Acidente de trânsito. Caso de presunção de culpa. Empresa de ônibus. Vítima fatal. Indenização por danos morais e materiais.

– Interpostos embargos de declaração, há imediata interrupção do prazo para aviamento de outros recursos.

– Presume-se a responsabilidade da empresa de ônibus em indenizar danos causados em decorrência de acidente de trânsito, salvo demonstração de culpa exclusiva da vítima.

– Reputa-se lícita a pretensão dos genitores de vítima fatal, de receber danos ditos morais, cuja reparação, além de representar consolo para a família, não deixa impune o ato ilícito. Indenização que se fixa em cem (100) salários mínimos.

– Em família de poucos recursos, a dano resultante da morte de um de seus membros representa dano econômico concreto. Como assentou o Supremo Tribunal Federal, em nossa organização familiar, felizmente, ainda predomina o espírito de assistência mútua e permanente. Não é a posição de aparente folgança que traduz por si só a falta de dependência econômica. Indenização concedida à razão de vinte

por cento do que a vítima ganhava, estendendo-se até sua sobrevivência provável.”

Sustenta a Recorrente que o acórdão violou o art. 511 do CPC, porquanto conheceu da apelação dos Autores sem que houvesse sido efetuado atempadamente o seu preparo.

Aduz que o aresto divergiu da orientação de outras Cortes, ao inadmitir a dedução da cobertura do seguro obrigatório do valor da indenização fixada judicialmente.

Reclama, também, da limitação temporal do pensionamento, pugnando pela sua cessação aos vinte e cinco anos de idade da vítima, e impugnando, de outra parte, o próprio pagamento, porquanto ela era estudante de classe média alta, caso em que a suposição de auxílio aos pais não ocorre.

Contra-razões às fls. 304/312, salientando que o prazo para a apelação ficou suspenso com a oposição de embargos declaratórios pela parte contrária, e que, de toda sorte, o preparo foi efetuado dentro do lapso que sobejava.

No mérito, dizem os Recorridos que a fixação do termo final da pensão em sessenta e cinco anos de longevidade provável da vítima é aceito pela jurisprudência dominante, e que a contribuição à família se acha provada nos autos.

O recurso especial foi acolhido na instância de origem pelo despacho presidencial de fl. 316.

É o relatório.

## VOTO

O Sr. Ministro Aldir Passarinho Junior (Relator): Trata-se de ação de indenização por responsabilidade civil, originada de atropelamento fatal da filha dos Autores, então com vinte anos de idade, por ônibus da Viação-ré, ocorrido nesta cidade.

Diversos são os pontos discutidos no recurso especial, que foi aviado pelas letras **a** e **c** do permissivo constitucional.

A primeira das questões, que é prejudicial, refere-se à deserção da apelação dos Autores, conhecida e provida pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal para deferir pensionamento equivalente a 20% de 1,5 salários

mínimos pela sobrevivência provável da vítima, estimada em 65 anos, e ao pagamento de honorários advocatícios de 10% sobre as parcelas vencidas e doze das vincendas (fl. 236).

A prefacial foi rejeitada na instância **a quo** pelos seguintes fundamentos (fl. 229):

“Cumpro, preliminarmente, apreciar a tempestividade do preparo do recurso dos Autores. É que interposto em 5.4.1995, aquele só foi realizado dois dias após: 7.4.1995, contrariando a nova redação do art. 511 do CPC, que determina seja apresentado conjuntamente com a petição recursal.

Desenha-se hoje, na dicção da maioria, entendimento mais radical só se considerando tempestivo o preparo feito antes ou até a interposição do recurso. Todavia, valendo-me dos ensinamentos do eminente processualista **Cândido Rangel Dinamarco** (in *A Reforma do CPC*, 2ª ed.) tirei da referida disposição interpretação que me parece lógica para admitir como válido o preparo feito dentro do prazo recursal. É o que ocorre na espécie; pois publicada a sentença em 28.3.1995 o prazo recursal só se findaria em 12.4.1995.

Não bastasse tal circunstância, em 7.4.1995 opôs a Ré embargos de declaração; assim, de qualquer modo, encontrava-se interrompido o prazo para a interposição de recursos.

Assim, o preparo é tempestivo.”

Com a máxima vênia, tenho que merece reparo a decisão.

De efeito, o entendimento consagrado no âmbito do Superior Tribunal de Justiça – ao que, friso, tenho reserva, mas a ele me curvo por já estar superada a discussão – é o da aplicação do princípio da preclusão consumativa, segundo o qual, interposto o recurso, encerra-se, naquele momento, o prazo recursal, inviável a dilatação do preparo para fase posterior.

Nesse sentido, à guisa de exemplo, cito os seguintes acórdãos:

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

1. A nova redação do artigo 511 do Código de Processo Civil é muito clara ao determinar que o recorrente comprovará no ato de interposição do recurso o respectivo preparo. Concretamente, o recurso

preparado após a interposição, ainda que dentro do prazo recursal, deve ser considerado deserto, eis que assim impõe a parte final do mesmo artigo.

2. Recurso especial conhecido pela alínea c, mas improvido.” (Corte Especial, REsp n. 105.669-RS, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, por maioria, DJU de 3.11.1997).

.....  
“Processual Civil. Apelação. Preparo. Pagamento dias após a interposição. Prazo recursal. Preclusão consumativa. Deserção. CPC, art. 511. Lei n. 8.950/1994. Justo impedimento rejeitado nas instâncias ordinárias. Matéria de prova. Súmula n. 7-STJ.

I – Deserta a apelação cujo preparo foi efetuado após a sua interposição, ainda que dentro do prazo originariamente previsto para a interposição do recurso, em face da preclusão consumativa. Precedentes.

II – Afastada pelas instâncias ordinárias a alegação da ocorrência de justo impedimento à prática do ato, em face das circunstâncias da causa, o reexame da questão refoge ao âmbito do STJ, nos termos da sua Súmula n. 7.

III – Recurso especial não conhecido.” (Quarta Turma, REsp n. 114.478-DF, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, unânime, DJU de 9.10.2000).

.....  
“Processual Civil. Apelação. Preparo efetuado na vigência do prazo recursal. Deserção. Inteligência do artigo 511 do Código de Processo Civil com a redação da Lei n. 8.950/1994. Preclusão consumativa.

Nos termos do artigo 511 do Código de Processo Civil, cumpre ao recorrente no ato da interposição do recurso a prova do respectivo preparo.

Irrelevante, na hipótese, que, teoricamente, ainda estivesse em curso o prazo recursal. Precedente da Corte Especial: REsp n. 105.669-RS, relator o eminente Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, DJ de 3.11.1997.

Ressalva do entendimento pessoal do Relator.

Recurso não conhecido.” (Quarta Turma, REsp n. 185.643-SP, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, unânime, DJU de 8.2.1999).

.....  
“Processual Civil. Recurso. Preparo. Preclusão consumativa. Inteligência do art. 511 do CPC. Recurso não conhecido.

I – O recorrente deve apresentar a guia de recolhimento do preparo no ato da interposição do recurso, sob pena de deserção. De nada adianta juntar a guia do preparo após a apresentação do inconformismo, pois, ao interpor recurso, a parte pratica ato processual, pelo qual consome o seu direito de recorrer. Por conseqüência, não pode, posteriormente, complementar o recurso, corrigi-lo, ou adiantar-lhe algo, nem apresentar a guia do recolhimento do preparo, pois já se operou a preclusão consumativa.

II – Precedentes do STJ: RMS n. 8.784-MA, Ag n. 149.455-MG – AgRg no REsp n. 130.925-MG e REsp n. 134.239-DF.

III – Recurso especial não conhecido.” (Segunda Turma, REsp n. 164.348-MG, Rel. Min. Adhemar Maciel, unânime, DJU de 1.2.1999).

Note-se que a oposição de embargos declaratórios pela parte adversa em nada beneficia essa situação, eis que eles são posteriores ao aviamento da apelação dos Autores, de modo que, já então, o preparo tinha de estar realizado desde 5.4.1995, data do aviamento do recurso.

Destarte, deserta a apelação, a sentença monocrática, que indeferiu o pedido relativo ao pensionamento, há de prevalecer, no particular.

Com isso, ficam automaticamente prejudicadas as questões ventiladas no recurso especial da Ré relativas à não-dependência dos pais e ao tempo de pensionamento.

Resta a examinar, apenas, o abatimento do valor do seguro obrigatório de responsabilidade civil do montante da indenização.

O dissídio se acha devidamente configurado, e assiste, também aí, razão à Ré.

É que a orientação do colendo STF, adotada na Segunda Seção do STJ, é no sentido de que tal abatimento é cabível, porquanto cuida-se de seguro custeado pela proprietária do veículo para coberturas dessa natureza, sem o que haveria espécie de **bis in idem** parcial, como se infere dos seguintes precedentes, **litteris**:

“Responsabilidade civil.

Indenização por acidente de trânsito em favor dos pais de menor vitimado. Seguro obrigatório.

Nas famílias de pequenas posses tem-se considerado caber indenização em favor dos pais de menor falecido em acidente de trânsito. Na indenização que lhes cabe, deve, contudo, ser computado o valor que já lhes tenha sido pago em decorrência do seguro obrigatório que cobre, no todo ou em parte, o risco do responsável pelo acidente.” (Segunda Turma, RE n. 79.465-MG, Rel. Min. Aldir Passarinho, RTJ 106/165).

.....  
“Civil. Ação de indenização. Morte decorrente de acidente de trânsito. Seguro obrigatório. Dedução do valor da indenização. Morte do pai. Pensão devida ao filho. Termo final.

I – A verba recebida pelos autores da indenizatória, a título de seguro obrigatório, deve ser deduzida do montante da indenização. Precedentes.

II – Tratando-se de ressarcimento de dano material, a pensão pela morte do pai será devida até o limite de vinte e quatro anos de idade, quando, presumivelmente, os beneficiários da pensão terão concluído sua formação, inclusive em curso universitário, não mais subsistindo vínculo de dependência.

III – Recurso especial conhecido e parcialmente provido.” (REsp n. 106.396-PR, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, Quarta Turma, unânime, DJU de 14.6.1999).

.....  
“Civil e Processual Civil. Responsabilidade civil. Acidente de trânsito. Morte. Vítima menor de quatorze (14) anos de idade e que não exercia atividade remunerada. Dano material. Descabimento. Dano moral. Cabimento. Seguro obrigatório. Dedução. Provimento parcial.

I – Em se tratando de menor que ainda não estava trabalhando, seus pais não fazem jus ao pensionamento decorrente de danos materiais, mas tão-somente aos morais.

II – A verba recebida a título de seguro obrigatório não impede o recebimento de qualquer outra indenização, mas deve ser abatida do montante da condenação.” (REsp n. 119.963-PI, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, Quarta Turma, unânime, DJU de 22.6.1998).

Destarte, pertinente a dedução em comento.

Ante o exposto, conheço do recurso especial e dou-lhe provimento, para julgar deserta a apelação dos Autores apresentada no Tribunal **a quo**, excluídos, assim, da condenação, os valores que foram fixados por aquela Corte em decorrência do provimento daquele recurso na aludida instância, bem como para determinar a dedução da cobertura decorrente do seguro obrigatório, do montante da indenização ser pago pela Ré.

É como voto.

---

---

## RECURSO ESPECIAL N. 200.831 – RJ

(Registro n. 99.0002980-1)

Relator: Ministro Barros Monteiro  
Recorrente: Therezinha de Jesus Pimentel da Rocha  
Advogados: Carlos Mário da Silva Velloso Filho e outros  
Recorrida: Cláudia Palazzo Trisuzzi de Moraes  
Advogada: Leilda Lemos Lucidi  
Recorrida: Regina Pizzolo Torquato Gomes  
Advogado: Walmir Ferreira Neves  
Sustentação oral: Walmir Ferreira Neves (pela 2ª recorrida)

**EMENTA:** Responsabilidade civil – Cirurgia – Queimadura causada na paciente por bisturi elétrico – Médico-chefe – Culpa **in eligendo** e **in vigilando** – Relação de preposição.

– Dependendo das circunstâncias de cada caso concreto, o médico-chefe pode vir a responder por fato danoso causado ao paciente pelo terceiro que esteja diretamente sob suas ordens. Hipótese em que o cirurgião-chefe não somente escolheu o auxiliar, a quem se imputa o ato de acionar o pedal do bisturi, como ainda deixou de vigiar o procedimento cabível em relação àquele equipamento.

– Para o reconhecimento do vínculo de preposição, não é preciso que exista um contrato típico de trabalho; é suficiente a relação de dependência ou que alguém preste serviços sob o comando de outrem.

Recurso especial não conhecido.

## ACÓRDÃO

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

Brasília-DF, 8 de maio de 2001 (data do julgamento).

Ministro Ruy Rosado de Aguiar, Presidente.

Ministro Barros Monteiro, Relator.

---

Publicado no DJ de 20.8.2001.

## RELATÓRIO

O Sr. Ministro Barros Monteiro: Regina Pizzolo Torquato Gomes ajuizou ação de indenização por dano material, estético e moral contra Therezinha de Jesus Pimentel da Rocha, alegando, em suma, o seguinte: submeteu-se a uma intervenção cirúrgica – cesariana – realizada sob a responsabilidade da Ré. Findo o parto, constatou que sofrera queimadura causada pelo bisturi elétrico. Após a alta médica, recebeu assistência da Ré, submetendo-se a outra cirurgia para enxertia da ferida que não cicatrizava, o que lhe ocasionou danos físicos e morais. O fato resultou em incapacidade laborativa por tempo indeterminado e impeliu-a a novas cirurgias corretivas inclusive com a retirada de tecido da região pubiana.

Na contestação, a Ré argüiu a preliminar de ilegitimidade de parte passiva e requereu a denunciação da lide a Cláudia Palazzo Trisuzzi de Moraes, cirurgiã-auxiliar que, segundo a demandada, foi a responsável pelo acidente, eis que esbarrou no pedal do bisturi elétrico, provocando a queimadura.

Determinada a citação da litisdenunciada, esta apresentou contestação às fls. 88/92, aduzindo que a Ré formou a equipe para a intervenção cirúrgica e chamou para si toda a responsabilidade da operação, uma vez que não contratou instrumentadora para o trato do material cirúrgico, até mesmo o acionamento do pedal do bisturi. Negou que a responsabilidade pelo acionamento do pedal seja sua, pois quem deveria incumbir-se de comandá-lo era a Ré. Asseverou que o acidente poderia ter acontecido em qualquer

momento da cirurgia, ou até mesmo devido a curto-circuito quando liberado o líquido amniótico, eis que a denunciante não determinou fosse utilizado aspirador de líquido. E, por fim, assinalou que a própria Ré admitiu a sua culpa quando entregou a Autora aos cuidados de especialista plástico com o qual mantém contato sem dividir nenhuma incumbência com ela – denunciada.

O MM. Juiz de Direito, ao fundamento de que “tanto a prova pericial quanto a oral demonstraram que a Ré atuou corretamente e com sucesso, valendo-se dos meios adequados para a realização do ato cirúrgico e que o acidente deveu-se a possível falha de equipamento, verdadeiro acidente, não se podendo imputar-lhe qualquer responsabilidade indenizatória, nunca agindo com culpa e nem incidindo em erro técnico ou grosseiro, pelo que inexistente obrigação reparatória”, julgou improcedente a ação, prejudicada a denunciação da lide.

A Sexta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, por unanimidade, negou provimento ao agravo retido (suspeição do perito e retificação da ata de audiência) e deu parcial provimento aos apelos da Autora e da Ré; ao da primeira, para julgar procedente, em parte, a ação, condenada a Ré ao pagamento de 50 salários mínimos a título de dano estético, e 70 salários mínimos para cobrir as novas cirurgias e ao da segunda, para acolher a litisdenunciação, ficando condenada a denunciada a reembolsar a denunciante pelo que ela despendeu com a indenização. Os fundamentos do acórdão resumem-se na seguinte ementa:

“Responsabilidade civil. Queimadura na parte posterior do joelho da paciente causada por bisturi elétrico durante cesariana. Litisdenunciação da operadora do instrumento. Procedência parcial.

Considera-se mal prestado o serviço médico de cirurgia cesariana que vem a causar extensa queimadura na parte posterior do joelho da paciente, pelo uso inadequado de bisturi elétrico, redundando no dever de a chefe da equipe ressarcir o dano estético ocasionado, assim como as necessárias cirurgias plásticas para retirada de enxerto feito com parte da pele do púbis, ficando a médica com o direito de reembolsar-se regressivamente perante a profissional que se achava encarregada de acionar tal instrumento.” (fl. 544).

Rejeitados os três embargos declaratórios opostos, a Ré-denunciante manifestou o presente recurso especial com fulcro alíneas a e c do permissivo constitucional, alegando negativa de vigência dos arts. 159, 896, 1.518,

parágrafo único; 1.521, III, e 1.545 do Código Civil; 14, § 4º, do Código do Consumidor; 17, 21, 515, **caput** e parágrafos; 458, II, e 535 do CPC, além de divergência jurisprudencial. Preliminarmente, argüiu a nulidade o v. acórdão recorrido, eis que não foram sanadas as omissões apontadas, quais sejam: a) inexistência de vínculo de preposição entre a Recorrente e a denunciada; b) inaplicabilidade da imposição dos ônus da sucumbência, por haver a Autora decaído da maior parte de seu pedido; c) litigância de má-fé da Autora e da denunciada e conluio entre elas. Depois, sustentou não restar comprovado nos autos tenha agido com culpa ou incidido em alguma situação prevista em lei que a fizesse civilmente responsável por culpa alheia. Disse mais que o acórdão lhe atribuiu responsabilidade sem culpa por ato praticado pela litisdenunciada. Nessa parte, ressaltou que não mantinha relação alguma de preposição com a cirurgiã-auxiliar capaz de gerar responsabilidade por ato/fato de terceiro. Insistiu no reconhecimento da litigância de má-fé por parte da Autora e da denunciada e, ao final, pleiteou o ajustamento dos ônus sucumbenciais em virtude de haver a demandante decaído de parte substancial de seu pedido.

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

É o relatório.

## VOTO

O Sr. Ministro Barros Monteiro (Relator): 1. Preliminarmente, não há falar em nulidade do v. acórdão por contrariedade aos arts. 458, II; 515 e parágrafos, e 535, II, do CPC.

A decisão recorrida apreciou o ponto nodal do litígio, qual seja, a responsabilidade do cirurgião-chefe em relação aos danos suportados pela paciente durante a intervenção cirúrgica. A despeito de sucinto, o julgado dirimiu a lide com os fundamentos que julgou pertinentes, afigurando-se prescindível que examinasse, uma a uma, as alegações da parte (REsp n. 197.761-PR, de que fui relator). Importa apenas que o **decisum** tenha apreciado as questões relevantes ao deslinde da controvérsia, tal como já teve ocasião de afirmar esta colenda Turma (AgRg no Ag n. 186.547-SP, Relator Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira) e como teve oportunidade de realçar o Sr. Ministro Eduardo Ribeiro nos vários precedentes da egrégia Terceira Turma colacionados pela própria Recorrente (fl. 606).

O venerando acórdão estabeleceu os encargos da sucumbência na forma

que lhe pareceu mais acertada, enquanto que, de outra parte, a assertiva de litigância de má-fé por parte da Autora e da litisdenunciada não oferece nenhum significado ou relevância no caso dos autos. Não induz má-fé (art. 17, II, da Lei Processual Civil) a mera alegação da parte em prol de sua defesa ou a simples formulação de um pleito que, ao final, não vem a ser acolhido. De aduzir-se, ademais, que a Autora obteve o reconhecimento de seus direitos, ao menos parcialmente.

2. A Autora ingressou no centro cirúrgico a fim de submeter-se a uma cesariana e dele saiu com uma queimadura na parte posterior do joelho causada pelo acionamento do bisturi elétrico.

Pormenores sobre a ocorrência são descritos pela sentença: após a incisão no ventre da Autora com bisturi de corte normal, a Ré retirou o nascituro pelas mãos, pegou-o e afastou-se um pouco da mesa de operação para entregá-lo ao pediatra, momento em que sentiu que o bisturi elétrico “ou disparou, ou foi acionado por algum dos presentes involuntariamente” (fl. 472). Em seguida, prossegue o decisório de 1<sup>o</sup> grau: “a denunciada Cláudia alega que o bisturi elétrico só seria usado para cauterização do corte e funcionava normalmente quando acionado por um pedal que não foi movimentado por nenhum dos envolvidos na cirurgia, mas admite que a sua função era a de acionar o pedal quando necessário, sendo evidente que o pedal ficava junto a seu pé ...” (fl. 472).

Procura a Ré-denunciante – ora recorrente – eximir-se de qualquer responsabilidade pelo evento lesivo, atribuindo à cirurgiã-auxiliar a exclusividade da culpa, não podendo – segundo ela – ser, outrossim, responsabilizada pelo ato/fato da referida médica-auxiliar, profissional liberal, autônoma e independente, que praticou um ato perfeitamente individualizado.

O MM. Juiz de Direito, em que pese ter reputado como escorreita a atuação da Ré, admitiu às expressas, em mais de uma oportunidade, que a cirurgia fora levada a efeito em conjunto, por uma equipe, chefiada pela ora recorrente que, nessa qualidade, convocou os demais integrantes (fls. 473 e 475).

Com base nessa posição de comando ostentada pela Ré, o acórdão recorrido houve por bem proclamar que o médico responde não só por ato próprio, como também pode vir a responder por fato danoso praticado por terceiros que “estejam diretamente sob suas ordens, daí que o médico-chefe da equipe é responsável pelos danos que acontecem, porquanto é ele que está no comando dos trabalhos” (fl. 548). Mais adiante, o julgado reitera a responsabilidade da demandada, registrando que “como chefe da equipe, a

Ré tem o dever perante a Autora de ressarcir o prejuízo causado, até mesmo porque foi quem escolheu e convidou a litisdenunciada para operar o bisturi elétrico. É esta, como encarregada de acionar o bisturi elétrico, responde perante a litisdenunciante, regressivamente, pela indenização” (fl. 549).

Está aí desenhada, de modo nítido e claro, a culpabilidade da Ré-denunciante pelos danos infligidos à Autora durante a cirurgia. Bem ao reverso do que pretende ela fazer ver em suas bilhantes razões de recurso especial, a queimadura, que acometeu a paciente, ocorreu no transcorrer do ato cirúrgico, que se encontrava indubitavelmente sob a direção da ora recorrente.

**Carlos Roberto Gonçalves**, em sua conhecida obra *Responsabilidade Civil* anota que “o médico responde não só por fato próprio como pode vir a responder por fato danoso praticado por terceiros que estejam diretamente sob suas ordens. Assim, por exemplo, presume-se a culpa do médico que mandou que enfermeira sua aplicasse determinada injeção da qual resultou paralisia no braço do cliente. Dentro de uma equipe, em princípio, é o médico-chefe quem se presume culpado pelos danos que acontecem, pois é ele quem está no comando dos trabalhos e só sob suas ordens é que são executados os atos necessários ao bom desempenho da intervenção” (p. 268, 6ª ed). Nessa linha também o magistério de **Teresa Ancona Lopez**, citada por **Rui Stocco**, para quem “é o médico-chefe quem se presume, em princípio, culpado pelos danos que acontecem, ‘pois é ele que está no comando dos trabalhos e só sob suas ordens é que são executados os atos necessários ao bom desempenho da intervenção” (*Responsabilidade Civil e sua Interpretação Jurisprudencial*, p. 302, 4ª ed.). Em sede doutrinária, o Ex.<sup>mo</sup> Sr. Presidente da egrégia Quarta Turma, Ministro Ruy Rosado de Aguiar, observa que “a situação mais comum se dá com a formação de uma equipe cirúrgica, pela qual responde o chefe da equipe, tanto pelos atos dos outros médicos, seus assistentes, como pelos serviços auxiliares de enfermagem (salvo quando estes constituem atos de enfermagem banais e comuns, pelos quais responde o hospital)” (*Responsabilidade Civil do Médico, in Direito e Medicina, Aspectos Jurídicos da Medicina*, coordenador Ministro **Sálvio de Figueiredo Teixeira**, p. 155, ed. 2000).

A Recorrente, ao insistir na ausência de sua responsabilidade, invoca mais de uma vez o exemplo do médico-anestesiologista, cuja atividade é independente da do operador. Em princípio, realmente assim o é: se o anestesiologista cometer um ato imprudente, envolvendo tão-só a sua especialidade, nenhuma culpa há de ser imputada ao cirurgião-chefe. Trata-se aí de uma questão

concernente ao nexa causal, a ser solvida de acordo com as particularidades de cada caso concreto.

A situação da Ré e da litisdenunciada, porém, não pode ser, sem outro mais, equiparada à do anestesista.

Primeiro, a Ré escolheu e convidou a denunciada para operar o bisturi elétrico, conforme consta do acórdão recorrido. Reponta já aí a culpa **in eligendo**, pois a demandada confiou nas habilidades e no desvelo da sua médica-auxiliar. Presente, ainda, a culpa **in vigilando**, pois, ao afastar-se da cama para entregar o bebê ao médico-pediatra, lhe incumbia não só acompanhar o procedimento da auxiliar, como ainda ordenar a retirada do equipamento sobre o leito da paciente. Afinal, todo o ato cirúrgico achava-se sob as suas ordens.

Em princípio, portanto, o médico-chefe é o responsável pelos atos de outros profissionais que atuam sob o seu comando, mormente no caso dos autos em que o quadro dos acontecimentos, que resultaram na queimadura da Autora, se apresenta nebuloso, impreciso, quanto ao móvel que acionou o pedal do bisturi.

Cônsona com tal entendimento acha-se a jurisprudência desta Corte, arrimada por sinal no magistério de **René Savatier**. Confirma-se, a propósito, o decidido no REsp n. 53.104-7-RJ, Relator Ministro Waldemar Zveiter, de cuja ementa se colhe, no que interessa:

“O médico-chefe é quem se presume responsável, em princípio, pelos danos ocorridos em cirurgia, pois, no comando dos trabalhos, sob suas ordens é que executam-se os atos necessários ao bom desempenho da intervenção.”

3. Apega-se, de outro lado, a Recorrente à assertiva de que não mantém ou manteve vínculo algum de preposição com a litisdenunciada.

A relação de preposição, entretanto, não possui um alcance tão restrito, tal como defende a Ré-recorrente. Quando do julgamento do AgRg no Ag n. 54.523-7-DF, por mim relatado, este Órgão fracionário assentou “o estado de preposição não exige necessariamente a presença de um contrato típico de trabalho”. No voto por mim proferido, evocou-se a monografia encartada na Revista Forense de autoria do Professor **Natal Nader**, na qual se extrai o seguinte excerto pertinente à espécie ora debatida:

“Quanto à relação de preposição, não importa, para a sua caracterização, que o preposto seja ou não salariado, e nem se exige que as

relações entre preponente e preposto sejam permanentes, podendo elas serem meramente eventuais. Assim, o serviço pode consistir numa atividade duradoura ou num ato isolado, tanto material quanto intelectual. Para haver relação de preposição, é suficiente a existência de um vínculo de dependência, que alguém preste um serviço por conta e sob a direção de outrem, deste recebendo ordens e instruções, sendo indiferente que a relação de dependência revista a figura do mandato ou da locação de serviços, podendo resultar até de um ato de cortesia, como, por exemplo, quando um proprietário de um carro o empresta a um amigo” (RF vol. 299, p. 41).

Em outro precedente desta Turma, REsp n. 119.121-SP, sob a relatoria do Sr. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, proclamou-se com supedâneo em escólio do insigne **Aguiar Dias** que:

“A subordinação, ainda que sem estabelecimento de vínculo empregatício, implica o reconhecimento da preposição, haja vista ser o traço característico de tal instituto a imposição de ordens, com sua respectiva obediência.” (excerto do voto de S. Ex.<sup>a</sup>).

Disso tudo se infere que, na hipótese em tela, ocorreu **lato sensu** o vínculo de preposição entre a cirurgiã-chefe e a médica-auxiliar.

4. Em suma, inexistente a alegada vulneração aos arts. 159, 1.521, III, e 1.545 do Código Civil, assim como do art. 14, § 4<sup>a</sup>, do Código de Defesa do Consumidor. À sua vez, o dissenso de julgados não é passível de aperfeiçoar-se, seja porque a Recorrente não cogitou de mencionar as circunstâncias que assemelhem ou identifiquem as hipóteses confrontadas (art. 541, parágrafo único, do CPC; art. 255, § 2<sup>a</sup>, do RISTJ), seja porque, de todo modo, os arestos carreados como paradigmas versaram sobre situações fáticas inteiramente diversas da que é enfocada na presente demanda.

Não se encontram prequestionados os temas alusivos aos arts. 896 e 1.518, parágrafo único, do CC, até mesmo porque o decisório combatido não impôs a condenação solidária à Ré e à denunciada.

5. Conforme já destacado acima, litigância de má-fé à evidência incorreu, quer por parte da Autora, que saiu vencedora, em parte, na causa, quer por parte da litisdenunciada que, ao fim e ao cabo, está condenada a reembolsar a Ré-denunciante pelo que ela despendeu a título de indenização.

6. Por derradeiro, não há reparos a fazer-se tocante à fixação dos encargos sucumbenciais. Certo é que a demandante não viu prosperar alguns itens de sua pretensão inaugural, mas bem é de ver que, no ponto substancial da lide, se ela saiu vencedora. Segundo jurisprudência emanada não só desta Casa, como de outros Pretórios, ao julgador é dado arbitrar a verba advocatícia com prudente discricção, sem se ater a critérios demasiado rígidos, sob pena de acarretar-se uma situação iníqua a quem veio a juízo em busca de seus direitos. Deve levar-se em consideração, sobretudo, que se cuida na espécie de ação reparatória de danos, hipótese em que o pedido inicial possui, na maioria das vezes, cunho meramente estimativo, ficando por isso mesmo a sua definitiva determinação a critério do juiz.

De resto, o colendo Tribunal de origem arbitrou a honorária no percentual mínimo de 10%, levando em conta aí a sucumbência parcial da Suplicante.

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

É como voto.

### VOTO

O Sr. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira: Acompanho o bem fundamentado voto do Ministro-Relator, não conhecendo do recurso, até porque S. Ex.<sup>a</sup> se coloca na linha não só da doutrina como também da jurisprudência desta Corte.

---

---

## RECURSO ESPECIAL N. 208.351 – PE

(Registro n. 99.0023748-0)

Relator: Ministro Cesar Asfor Rocha  
Recorrente: União  
Recorrida: Indústrias Reunidas Renda S/A  
Advogados: Douglas Strawos Diniz Moreno e outro

**EMENTA:** Civil – Laudêmio – Cisão de sociedade.

Não é devido o pagamento do laudêmio na cisão de sociedade.

O laudêmio é uma espécie de compensação que o senhorio ou titular do domínio direto percebe, por força de lei e de contrato, do proprietário do domínio útil, consubstanciada em um certo percentual sobre o preço por quanto foi vendido este domínio útil, por não ter o senhorio direto exercitado a faculdade que a lei lhe confere de reaver o domínio pleno do bem aforado, quando o domínio útil for transferido por venda ou dação em pagamento.

A cisão é uma forma sem onerosidade de sucessão entre pessoas jurídicas, em que o patrimônio da sucedida ou cindida é vertido, total ou parcialmente, para uma ou mais sucessoras, sem contraprestação destas para aquela.

Recurso não conhecido.

### ACÓRDÃO

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

Brasília-DF, 9 de outubro de 2001 (data do julgamento).

Ministro Cesar Asfor Rocha, Presidente e Relator.

---

Publicado no DJ de 4.2.2002.

### RELATÓRIO

O Sr. Ministro Cesar Asfor Rocha: Indústrias Reunidas Renda S/A, ora recorrida, ajuizou ação ordinária de repetição de indébito contra a aqui recorrente, procurando desta reaver o que lhe pagara a título de laudêmio, que afirmou indevido, decorrente da transferência patrimonial verificada quando da cisão da empresa Renda Piori Indústrias S/A, quando lhe foi conferido o domínio útil e a posse do terreno de marinha que indicou na inicial.

A ação foi julgada procedente em 1ª grau e a apelação da promovida foi improvida, consoante dá conta a seguinte ementa:

“Administrativo e Civil. Aforamento. Cisão de sociedade. Não configura fato gerador de cobrança de laudêmio.

- Na cisão de sociedade há transmissão de uma universalidade, de maneira não onerosa, pelo que é indevida a cobrança de laudêmio.
- Não-provimento do recurso.” (fl. 171).

Irresignada, a vencida ingressou com o recurso especial que ora se examina, o que fez com base na letra **a** do permissor constitucional por alegada violação ao art. 686 do Código Civil, dizendo ser devido o laudêmio de que se cogita.

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

Era o de importante a relatar.

### VOTO

O Sr. Ministro Cesar Asfor Rocha (Relator): A Recorrente, dizendo ser devido o laudêmio de que se cogita, reclama que o r. aresto hostilizado teria violado o art. 686 do Código Civil, que assim dispõe:

“Art. 686. Sempre que se realizar a transferência do domínio útil, por venda ou dação em pagamento, o senhorio direto, que não usar da opção, terá direito de receber do alienante o laudêmio, que será de 2,5% sobre o preço da alienação, se outro não se tiver fixado no título de aforamento.”

Verifica-se, destarte, que o laudêmio é uma espécie de compensação que o senhorio ou titular do domínio direto percebe, por força de lei e de contrato, do proprietário do domínio útil, consubstanciada em um certo percentual sobre o preço por quanto foi vendido este domínio, o domínio útil, por não ter o senhorio direto exercitado a faculdade que a lei lhe confere de reaver o domínio pleno do bem aforado, quando o domínio útil for transferido por venda ou dação em pagamento.

Verifica-se daí, que não é a mera transferência do domínio útil que confere ao senhorio o direito de receber o laudêmio.

É preciso que presente esteja também o segundo elemento, qual seja, o da onerosidade, delineado pela venda ou pela dação em pagamento, pois que o mero traspasse não oneroso, ou simplesmente gracioso, não confere ao senhorio o direito de receber laudêmio.

E exatamente por ser assim, isto é, de ser conferido ao senhorio o direito de preferência para adquirir o domínio útil apenas nas transmissões onerosas, é que a ele não se concede a preferência na aquisição desse domínio útil nos casos de doação, de herança, como também assim nas hipóteses de cisão, dentre outras.

Com efeito, não tendo o senhorio, nesses casos, o direito de preferência na aquisição do domínio útil transferido, por decorrência lógica não terá ele o direito de receber, como compensação, o valor correspondente ao laudêmio.

Por outro lado, a cisão, conforme o que se infere do disposto no art. 229 da Lei n. 6.404/1976, é uma forma sem onerosidade de sucessão entre pessoas jurídicas, em que o patrimônio da sucedida ou cindida é vertido, total ou parcialmente, para uma ou mais sucessoras, sem contraprestação destas para aquela.

A cisão importa, assim, na absorção do patrimônio de uma sociedade por outra ou outras numa operação global. Não há uma transferência isolada dos bens constitutivos do patrimônio absorvido, pois se não fosse assim, a operação seria uma venda, e não uma fusão.

Com efeito, a pretensão da Recorrente não encontra amparo no disposto no art. 686 do Código Civil, único dispositivo tratado no r. aresto impugnado.

De igual modo, não estaria resguardada também pelo Decreto-Lei n. 9.760 (art. 102, § 1º), nem pelo Decreto-Lei n. 2.397/1987, que sequer foram prequestionados.

Nesse sentido decidiu o extinto Tribunal Federal de Recursos na REO n. 117.233-PE, sob a relatoria do eminente Ministro José de Jesus Filho, consoante dá conta a seguinte ementa:

“Mandado de segurança. Cisão de sociedade. Pagamento de laudêmio.

Por não configurar as hipóteses previstas no art. 686 do Código Civil, na cisão de sociedade não é devido o pagamento de laudêmio.

Sentença confirmada.”

Na mesma linha, o seguinte precedente (RE n. 73.551-8-PR), relatado pelo eminente Ministro Aldir Passarinho, assim sumariado:

*“Laudêmio. Extinção de sociedade por ações. Partilha de ações entre os sócios.*

Não é devido o pagamento de laudêmio se, na extinção de sociedade por ações, são atribuídos a determinados sócios dois terrenos foreiros, na proporção do número de ações. O laudêmio só é devido por venda ou por dação em pagamento, na conformidade do disposto no art. 686 do Código Civil, e nenhum dos dois casos se encontra configurado na divisão e partilha que são os liquidantes obrigados a proceder se, ao invés de o rateio efetuar-se em dinheiro, vier a fazer-se com entrega de imóvel, embora se transfira o seu domínio útil da sociedade para acionistas.

Recurso extraordinário não conhecido.”

Diante de tais pressupostos, não conheço do recurso.

---

---

## RECURSO ESPECIAL N. 210.607 – RJ

(Registro n. 99.0034240-2)

Relator: Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira  
Recorrente: Luiz Antônio da Silva Fonseca  
Advogados: Iêda Ramos Amaral e outro  
Recorrida: Carmem Manhã  
Advogado: Carlos Alberto F. de Mello Pitrez

**EMENTA:** Processo Civil – Ação anulatória de escritura pública – Falsidade da procuração utilizada no ato – Alegação de fraude – Denúnciação da lide do titular do cartório responsável pelo registro – Impossibilidade – Introdução de fato novo – Responsabilidade nem sempre objetiva – Falha do serviço público – Precedentes. Doutrina – Julgamento antecipado da lide – Suficiência da prova documental – Possibilidade – Recurso desacolhido.

I – Em relação à exegese do art. 70, III, CPC, melhor se recomenda a corrente que não permite a denúnciação nos casos de alegado direito de regresso, cujo reconhecimento demandaria análise de fundamento novo não constante da lide originária.

II – A denunciação da lide, como modalidade de intervenção de terceiros, busca atender aos princípios da economia e da presteza na entrega da prestação jurisdicional, não devendo ser prestigiada quando susceptível de pôr em risco tais princípios.

III – Na hipótese do art. 70, III, do Código de Processo Civil, a ação regressiva subsiste ainda que a denunciação da lide não tenha sido feita.

IV – A suficiência da prova documental autoriza o julgamento antecipado da lide, uma vez desnecessárias, a critério do juiz, outras provas. Não é de cogitar-se, de outro lado, de cerceamento de defesa, porque a perícia pretendida viria confirmar a mesma circunstância já demonstrada por documentos, na conclusão do órgão julgador: a falsidade da escritura pública.

V – A verificação da necessidade ou não de outras provas para alicerçar o julgamento da causa demandaria, na espécie, o reexame das provas dos autos, vedado nesta Instância Especial, a teor do Verbo Sumular n. 7-STJ.

VI – Não há omissão no acórdão que soluciona todas as questões submetidas a julgamento.

VII – 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.

### ACÓRDÃO

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

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

Ministro Cesar Asfor Rocha, Presidente.

Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, Relator.

---

Publicado no DJ de 4.2.2002.

### RELATÓRIO

O Sr. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira: A Recorrida adquiriu,

em 1955, um lote de terreno no Recreio dos Bandeirantes, Rio de Janeiro, tendo sido lavrada e registrada a escritura em cartório.

Quase quarenta anos depois, deparou com outra escritura pública de promessa de compra e venda, pela qual prometia vender o imóvel ao ora recorrente.

Fundamentando-se na fraude contra si perpetrada por terceiro, que teria prometido o bem à venda, usando seu nome e documentos pessoais falsificados, a Recorrida ajuizou contra o Recorrente “ação ordinária de nulidade absoluta de escritura de promessa de compra e venda, combinada com reintegração de posse e perdas e danos”.

O Réu contestou e denunciou da lide ao tabelião que lavrou a escritura e ao banco que recebeu os depósitos referentes ao pagamento do preço do lote adquirido, em conta pessoal da Autora.

A sentença, ao julgar antecipadamente a lide, indeferiu a denunciação, afastou as perdas e danos, declarou nula a escritura falsa e determinou a reintegração da Autora na posse do imóvel.

Apelaram a Autora, quanto às perdas e danos, e o Réu.

O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, sob a relatoria do Desembargador Gustavo Adolpho Kuhl Leite, desproveu a apelação da Autora e proveu parcialmente a do Réu para assegurar-lhe “o direito de retenção até que sejam pagas as benfeitorias úteis e necessárias construídas até a data da citação” (fl. 151).

Opostos embargos declaratórios, foram eles rejeitados.

O recurso especial do Réu indica, além de divergência jurisprudencial, violação aos seguintes artigos do Código de Processo Civil:

a) 70, III; 71 e 72, porque cabível a denunciação da lide ao tabelião, em face da responsabilidade objetiva prevista no art. 37, § 6º, da Constituição;

b) 330, porque a espécie estaria a exigir a produção de provas em audiência, impedida pelo julgamento antecipado da lide;

c) 335, 364, 387, 390 a 393, porque não realizada perícia grafotécnica para comprovar a falsidade da assinatura, porque a experiência técnica do juiz não dispensa a prova pericial e também porque a presunção de veracidade dos documentos públicos só pode ser afastada pelo incidente de falsidade;

d) 458, III, e 535, em razão da falta de fundamentação e omissão no julgamento.

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

É o relatório.

### VOTO

O Sr. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira (Relator): 1. Em relação à alegada ofensa aos arts. 458, II, e 535, CPC, a omissão apontada nos embargos declaratórios opostos contra o acórdão que julgou as apelações diz respeito às provas produzidas. Indicou o Embargante, naquela oportunidade, que a Câmara julgadora deixara de pronunciar-se sobre a necessidade de audiência, a impertinência do julgamento antecipado da lide e a ausência de prova da falsidade, notadamente a perícia grafotécnica.

Não há omissão, nem falta ao acórdão fundamentação.

Ao considerar suficiente a comparação entre os documentos constantes dos autos para aferir-se a falsidade levada a efeito pelos “estelionatários”, o Colegiado entendeu desnecessária “prova oral ou pericial” (fl. 151). Em breves palavras, apreciou e solucionou o ponto, sem omitir-se, fundamentando, ainda que sucintamente, sua conclusão, na conformidade da jurisprudência desta Corte, de que é exemplo o REsp n. 235.978-SP (DJ de 11.12.2000), com esta ementa, no particular:

“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.”

2. Sobre a denunciação da lide, assentou o Tribunal:

“Não cabe a denunciação dos titulares dos Ofícios de Notas onde foram lavradas a procuração e a promessa de compra e venda pela simples razão de que não se enquadra na hipótese do inciso III do art. 70, processual, uma vez que não estão obrigados, pela lei ou pelo contrato, a indenizar o réu dos prejuízos que vier a sofrer com esta demanda. E se não há direito de regresso, incabível a denunciação (STF – RT 605/241).

Com mais razão, ainda, em face do banco onde foi aberta a conta-corrente em nome da Autora, com documentos falsos e onde foram depositados os valores mensais das prestações.

É claro que, eventualmente, poderá surgir para o Réu o direito

de exigir daqueles titulares uma indenização, mas isto não decorre de direito de regresso, mas de direito próprio. O Réu, se tiver direito a qualquer indenização, será por direito próprio e não porque foi condenado a pagar qualquer prejuízo.

Portanto, agiu bem o juiz ao rejeitar a denunciação.

Por outro lado, não houve ofensa aos artigos 71 e 72, CPC, porque estes somente se aplicam se deferida a denunciação, o que não ocorreu” (fls. 150/151).

Em situação semelhante, acerca da possibilidade de denunciação da lide ao Estado, como responsável pelo serviço dos cartórios, em ação de anulação de escritura pública por falsidade de assinatura, esta Turma concluiu no mesmo sentido do acórdão ora impugnado, no REsp n. 97.695-SP (DJ de 22.6.1998), com esta ementa:

“Processual Civil. Ação anulatória de escritura pública. Falsidade de assinatura da procuração utilizada no ato. Alegada simulação e fraude dos compradores. Denunciação da lide do Estado como responsável pelo cartório. Impossibilidade. Introdução de fato novo. Responsabilidade nem sempre objetiva. Falha do serviço público. Precedentes. Doutrina. Recurso desprovido.

I – Em relação à exegese do art. 70, III, CPC, melhor se recomenda a corrente que não permite a denunciação nos casos de alegado direito de regresso cujo reconhecimento demandaria análise de fundamento novo não constante da lide originária.

II – A denunciação da lide, como modalidade de intervenção de terceiros, busca atender aos princípios da economia e da presteza na entrega da prestação jurisdicional, não devendo ser prestigiada quando susceptível de pôr em risco tais princípios.”

Na oportunidade, como relator, assinalei:

“A empresa Etablissement Sudim viu-se surpreendida com duas alienações de um imóvel de sua propriedade, devidamente registradas. Investigando os atos de transferência de domínio, descobriu que tinha sido utilizada procuração falsa para a lavratura da escritura, além do que, no seu entender, teria havido fraude e simulação do primeiro comprador e vendedor com o segundo adquirente. Irresignada, ajuizou ação

anulatória desses atos, que foi precedida de um interdito proibitório em razão da ameaça de perda da posse do bem que estava sofrendo.

O casal segundo comprador, ao contestar o feito, denunciou da lide a Fazenda do Estado, com base na responsabilidade objetiva, por falha do serviço público. A discussão posta neste recurso reside justamente na possibilidade ou não de se deferir essa denunciação. Enquanto o colegiado estadual entende ser defesa a denunciação, pela introdução de fato novo, os denunciantes a defendem, argumentando que nenhum fato novo será examinado, seja pelo caráter objetivo da responsabilidade civil do Estado, seja porque os fatos a serem apurados na lide secundária seriam os mesmos da lide principal.

Tenho que decidi corretamente o Tribunal paulista.

De início, é de salientar-se que o motivo da denunciação repelida não está na evicção, mas, sim, na falha do cartório ao prestar os serviços.

Denota-se assim, perfeitamente, que para se chegar à efetiva responsabilidade por parte do Estado será necessário averiguar provas outras que não estão relacionadas com a lide principal, seja porque se permite a pessoa jurídica de direito público a prova da participação do demandante no ato viciado, seja porque, em caso de omissão ou de falha do serviço público, nem sempre a responsabilidade é objetiva, o que levaria à imprescindibilidade de demonstração de culpa por parte do servidor.

Verificado, destarte, que o direito de regresso não deriva de modo incontroverso, ou pelo menos sem necessidade de maiores indagações, da lide principal, sendo preciso recorrer a outros elementos para evidenciá-lo, cabível e apropriado falar-se em fundamento novo ou distinto.

Erigido como suporte da pretensão regressiva deduzida pelos Recorrentes fundamento desse jaez, que só interessa a eles e ao denunciado, e cuja comprovação implica delonga à satisfação do direito da parte-autora da lide principal, correta a decisão hostilizada no sentido de ser inadmissível a instauração da relação processual denunciativa.

Isso, aliás, o que restou decidido quando do julgamento do REsp n. 43.367-SP (DJ de 24.6.1996), desta Turma, de que fui relator, assim ementado:

‘I – Em relação à exegese do art. 70, III, CPC, melhor se recomenda a corrente que não permite a denúncia nos casos de alegado direito de regresso cujo reconhecimento demandaria análise de fundamento novo não constante da lide originária.

II – A denúncia da lide, como modalidade de intervenção de terceiros, busca atender aos princípios da economia e da presteza na entrega da prestação jurisdicional, não devendo ser prestigiada quando susceptível de pôr em risco tais princípios.’

A Terceira Turma, em julgamento recente no qual se discutia a responsabilidade do Estado, via denúncia, por ter sido lavrada procuração falsa em cartório, igualmente vedou a instauração da lide secundária em razão da introdução de fato novo. O Ministro Eduardo Ribeiro, relator do REsp n. 74.445-SP (DJ de 16.3.1998), assim ementou o referido acórdão:

‘Denúnciação da lide. Introdução de elemento novo.

Orientação da jurisprudência pela inadmissibilidade. Ressalva do entendimento do Relator.’

Neste sentido, aliás, a lição de **Greco Filho**:

‘Parece-nos que a solução se encontra em admitir, apenas, a denúncia da lide nos casos de ação de garantia, não admitindo para os casos de simples ação de regresso, i.e., a figura só será admissível quando, por força da lei ou do contrato, o denunciado for obrigado a garantir o resultado da demanda, ou seja, a perda da primeira ação, *automaticamente*, gera a responsabilidade do garante. Em outras palavras, não é permitida, na denúncia, a intromissão de fundamento jurídico novo, ausente na demanda originária, que não seja responsabilidade direta decorrente da lei e do contrato’ (Direito Processual Civil Brasileiro, 5ª ed., Saraiva, v. 1, n. 22.5, p. 143).

Por fim, cumpre assinalar que, nas hipóteses de responsabilidade civil **stricto sensu** contempladas notadamente no inciso III do art. 70 do Código de Processo Civil, não se mostra obrigatória a denúncia da lide para assegurar o exercício da pretensão de regresso, providência que a rigor só se imporia nos casos de evicção e transmissão de direitos, por imperativo de regra de direito material – art.

1.116, CC (a propósito, **Athos Gusmão Carneiro**, *Intervenção de Terceiros*, Saraiva, 1994, 6ª ed., cap. XVI, n. 16.1.2, p.p. 71/72; **Sydney Sanches**, *Denúnciação da Lide no CPC Brasileiro*, RT, 1984, cap. 4, n. 8 e 9, e **Max Guerra Kopper**, *da Denúnciação da Lide*, Del Rey, 1996, cap. V).

Intacto restou, portanto, o Direito Federal.”

Mais recentemente, a Terceira Turma voltou a examinar a matéria, no REsp n. 109.175-SP (DJ de 24.5.1999), relator o Ministro Waldemar Zveiter, assim ementado:

“Processual Civil. Denúnciação da lide. Não-cabimento.

I – Inocorre denúnciação da lide quando dos fatos constantes dos autos não se pode deduzi-la, sendo ainda vedada a intromissão de fundamento novo não constante da ação originária.

II – Recurso não conhecido.”

É de salientar-se, por outro lado, na linha do que afirmou o Colegiado Estadual, que a falta da denúnciação, mesmo em se tratando de ação regressiva, não impede a ação de responsabilidade do Estado, como se vê na ementa do REsp n. 78.954-PR (DJ de 15.9.1997), da Segunda Turma, relator o Ministro Ari Pargendler:

“Processo Civil. Ação regressiva. Art. 70, inc. III, do CPC.

Na hipótese do art. 70, inc. III, do Código de Processo Civil, a ação regressiva subsiste ainda que a denúnciação da lide não tenha sido feita. Recurso especial não conhecido.”

Posicionamento idêntico tem sido também adotado por esta Quarta Turma.

Inexiste, portanto, a alegada ofensa aos arts. 70, III; 71 e 72, CPC.

3. Quanto aos demais dispositivos cuja violação se apontou, referem-se à suficiência ou não das provas constantes dos autos para caracterizar-se a falsidade documental que inquinou de nulidade a escritura pública de promessa de compra e venda. No ponto, assinalou a Câmara julgadora:

“Quanto à questão das provas, de que tanto reclama o Réu, são as que estão nos autos satisfatórias para se concluir que eram falsos os

documentos usados pelos estelionatários, motivo pelo qual não há necessidade de prova oral ou pericial. A falsidade é tão evidente, bastando a simples conferência de dados entre os espelhos dos documentos verdadeiros e os falsificados, que dispensaria qualquer outra prova” (fl. 151).

Ao que se verifica, alicerçou-se o acórdão na prova documental dos autos, hábil por si só para a constatação da fraude perpetrada por terceiro. Desconstituir essa conclusão demandaria o reexame de provas, sabidamente vedado na instância especial, a teor do enunciado n. 7 da Súmula-STJ. Com efeito, a necessidade ou não da perícia grafotécnica envolveria a análise e o cotejo da escritura pública, das carteiras de identidade apontadas como falsas, das assinaturas lançadas nesses papéis, enfim, o próprio exame das circunstâncias de fato provadas nos autos.

Por outro lado, a suficiência da prova documental autoriza o julgamento antecipado da lide, uma vez desnecessárias, a critério do juiz, outras provas. É o que se extrai, dentre outros, dos REspS n. 252.997-SP (DJ de 27.11.2000) e 242.911-PR (DJ de 21.8.2000) e do AgRg no Ag n. 211.519-MG (DJ de 25.9.2000), relatores os Ministros Barros Monteiro, Eduardo Ribeiro e Nancy Andrighi:

• “- É permitido ao juiz proceder ao julgamento antecipado da lide quando, sendo a questão de direito e de fato, não houver necessidade de produzir provas em audiência.

1. Em regra, saber se os fatos relevantes à solução da controvérsia já se encontram ou não suficientemente comprovados, de molde a dispensar a produção de provas em audiência e a permitir o julgamento antecipado, é tema exigente do reexame da análise do conjunto probatório, não admissível em sede de recurso especial.

2. Súmula n. 7-STJ. Precedente do STJ.

3. Recurso especial não conhecido.”

• O julgamento antecipado da lide não caracteriza cerceamento de defesa, se o Tribunal de origem, atento às peculiaridades da causa, entende desnecessária a produção de novas provas. Pretensão que importaria reexame de matéria de fato, o que é vedado na via do especial (Súmula n. 7-STJ).

• “II – O juiz da prova é quem melhor pode apreciar a necessidade de sua produção. Assim, somente é cabível rever, na via especial, decisão a que se aponta cerceamento de defesa, quando restar evidente que houve violação à regra probatória, com impedimento de produção de prova cuja falta foi o fulcro do julgado objurgado.

III – Tendo o Tribunal **a quo** decidido, em sede de embargos declaratórios, pela não-ocorrência de cerceamento de defesa, diante da desnecessidade da prova pericial requerida, não pode esta Corte adentrar em tais aspectos, pela vedação consubstanciada na Súmula n. 7-STJ.”

Outrossim, não é de cogitar-se de cerceamento de defesa, na espécie, uma vez que a perícia pretendida viria confirmar a mesma circunstância suficientemente demonstrada pelos documentos: a falsidade da escritura pública. A respeito, confirmam-se o REsp n. 78.658-SP (DJ de 1.3.1999) e os AgRg no Ag n. 111.249-GO (DJ de 17.3.1997) e 84.048-RJ (DJ de 22.4.1996), de que fui relator, com estas ementas, no que interessa:

• “IV – Não restando evidenciada a necessidade de produção de prova em audiência, o julgamento antecipado da lide não implica em cerceamento de defesa, realçando-se que no tema, predomina a prudente discricção do magistrado, ante as circunstâncias de cada caso concreto e a necessidade de não ofender o princípio basilar do pleno contraditório.”

• “II – Constantes dos autos elementos de prova documental suficientes para formar o convencimento do julgador, incorre cerceamento de defesa se julgada antecipadamente a controvérsia.”

• “Processo Civil. Cerceamento de defesa inócurrenente. Acórdão que enfatiza fundamentadamente a desnecessidade de produção de outras provas em face do farto acervo acostado aos autos. Agravo desprovido.

I – A produção de provas constitui direito subjetivo da parte, a comportar temperamento a critério da prudente discricção do magistrado que preside o feito, com base em fundamentado juízo de valor acerca de sua utilidade e necessidade, de modo a resultar a operação no equilíbrio entre a celeridade desejável e a segurança indispensável na realização da justiça.

II – Afirmando o acórdão recorrido a desnecessidade de produção de outras provas, em face do farto acervo acostado aos autos, não há como desconstituir-se essa afirmativa sem readentrar ao terreno fático-probatório, circunstância vedada em sede de recurso especial, a teor dos enunciados n. 5 e 7 da Súmula-STJ.”

4. A divergência jurisprudencial, por sua vez, não apresenta a similaridade fática hábil a ensejar o conhecimento do recurso especial pela alínea c do permissor constitucional. Os arestos trazidos a confronto referem-se à responsabilidade do Estado, à denúncia da lide ao servidor público culpado, à necessidade perícia no incidente de falsidade, à omissão na prestação jurisdicional e à falta de fundamentação. Nenhum desses paradigmas, no entanto, descreve situação de fato semelhante ao acórdão impugnado, restando desatendido o comando do art. 541, parágrafo único, CPC.

5. À luz do exposto, *não conheço* do recurso especial.

---

## RECURSO ESPECIAL N. 226.436 – PR

(Registro n. 99.0071498-9)

Relator: Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira  
Recorrente: Júlio César Moreira (menor impúbere)  
Representado por: Marli Ferreira Moreira  
Advogado: Luiz Carlos da Rocha  
Recorrido: Ivanir Otávio Becker  
Advogado: Hélio Vieira Neto

**EMENTA:** Processo Civil – Investigação de paternidade – Repetição de ação anteriormente ajuizada, que teve seu pedido julgado improcedente por falta de provas – Coisa julgada – Mitigação – Doutrina – Precedentes – Direito de Família – Evolução – Recurso acolhido.

I – Não excluída expressamente a paternidade do investigado

na primitiva ação de investigação de paternidade, diante da precariedade da prova e da ausência de indícios suficientes a caracterizar tanto a paternidade como a sua negativa, e considerando que, quando do ajuizamento da primeira ação, o exame pelo DNA ainda não era disponível e nem havia notoriedade a seu respeito, admite-se o ajuizamento de ação investigatória, ainda que tenha sido aforada uma anterior com sentença julgando improcedente o pedido.

II – Nos termos da orientação da Turma, “sempre recomendável a realização de perícia para investigação genérica (HLA e DNA), porque permite ao julgador um juízo de fortíssima probabilidade, senão de certeza” na composição do conflito. Ademais, o progresso da ciência jurídica, em matéria de prova, está na substituição da verdade ficta pela verdade real.

III – A coisa julgada, em se tratando de ações de estado, como no caso de investigação de paternidade, deve ser interpretada **modus in rebus**. Nas palavras de respeitável e avançada doutrina, quando estudiosos hoje se aprofundam no reestudo do instituto, na busca sobretudo da realização do processo justo, “a coisa julgada existe como criação necessária à segurança prática das relações jurídicas e as dificuldades que se opõem à sua ruptura se explicam pela mesmíssima razão. Não se pode olvidar, todavia, que numa sociedade de homens livres, a Justiça tem de estar acima da segurança, porque sem justiça não há liberdade”.

IV – Este Tribunal tem buscado, em sua jurisprudência, firmar posições que atendam aos fins sociais do processo e às exigências do bem comum.

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, prosseguindo no julgamento, acordam os Srs. Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do recurso e dar-lhe provimento. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Barros Monteiro, Cesar Asfor Rocha, Ruy Rosado de Aguiar e Aldir Passarinho Junior.

Brasília-DF, 28 de junho de 2001 (data do julgamento).

Ministro Ruy Rosado de Aguiar, Presidente.

Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, Relator.

---

Publicado no DJ de 4.2.2002.

## RELATÓRIO

O Sr. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira: Contra decisão que, nos autos de ação de investigação de paternidade ajuizada pelo Recorrente, afastou a preliminar de coisa julgada, agravou o Réu, ora recorrido. O Tribunal de Justiça do Paraná deu provimento ao recurso, extinguindo o processo sem julgamento de mérito, nos termos do art. 267, V, CPC, recebendo o acórdão esta ementa:

“Agravos de instrumento. Recurso contra decisão monocrática que admite o prosseguimento de ação idêntica a outra anteriormente julgada e transitada em julgado com exame do mérito. Alegação de que pretende produzir novas provas. Inadmissibilidade. Ofensa manifesta ao art. 467 do CPC. Recurso provido em que se reforma a decisão recorrida e julga extinto o processo da nova ação. CPC, art. 267, inciso V.

Conforme reiterado proclamo doutrinário: ‘Falta ou deficiência de provas. Coisa julgada ocorre inexoravelmente no processo, tenham ou não sido produzidas provas. Não é possível a repositura de ação, onde se deu a coisa julgada material, invocando-se falta, deficiência ou novas provas’ (**Nelson Nery Junior e Rosa Maria Andrade Nery, in Código de Processo Civil Comentado, Editora RT, 3ª edição, 1997, p. 677, nota 7 ao art. 467 do CPC**).

A propositura de nova ação somente é possível quando os fatos e a causa de pedir são diferentes da ação anterior, salvo nos casos expressamente excepcionados em legislações especiais.”

Adveio recurso especial do Autor, com alegação de violação ao art. 467 do Código de Processo Civil, ao argumento de que a sentença que julgou a primeira ação de investigação de paternidade não fez coisa julgada material, por não ter aquela decisão excluído expressamente a paternidade do investigado, mas apenas assentado não ser possível, diante das provas apresentadas, afirmar-se com absoluta certeza que o investigado era pai do

investigante. De outro lado, sustenta o Recorrente que a ação anteriormente proposta teria causa de pedir diversa desta ação.

Com as contra-razões, foi o recurso admitido, opinando o Ministério Público Federal pelo provimento do recurso, restando o parecer assim sumariado:

“Processual Civil. Duplicidade de ações de investigação de paternidade em períodos diversos. Primeira pretensão investigatória julgada improcedente por insuficiência de provas. Decisão de cunho puramente processual. Coisa julgada formal a permitir seja intentada nova ação de investigação de paternidade.

Provimento do recurso.”

É o relatório.

## VOTO

O Sr. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira (Relator): 1. Assim como entendeu o Ministério Público Federal, é inaplicável, ao caso, o disposto no art. 542, § 3º, CPC, nos termos da jurisprudência deste Tribunal, de que é exemplo o REsp n. 182.382-SP (DJ de 2.8.1999), assim ementado, no que interessa:

– “Não deve permanecer retido o recurso especial, se questão resolvida pelo acórdão recorrido – embora proveniente de decisão interlocutória – é daquelas que podem conduzir à extinção do processo.”

2. A primeira ação de investigação de paternidade, ajuizada em abril de 1985, teve seu pedido julgado improcedente, por maioria, pelo mesmo Tribunal de origem, nestes termos:

“1. Por mais liberal que possa ser o julgador, para que procedente seja a declaração de paternidade, não só as relações sexuais devem ser coincidentes com a concepção, mas, também, exige-se prova de honestidade da mulher neste período.

2. Se a prova testemunhal e o depoimento pessoal da mãe do investigando levam à conclusão de que o seu comportamento sexual era

promíscuo, mantendo relações inclusive na caserna da Polícia Militar, a improcedência da ação de investigação era a melhor solução para o conflito de interesses.

3. Se é lamentável não se poder dar à criança a figura de um pai, mais grave ainda é impingir-se a paternidade a quem não gerou tal filho.

Apelação provida para julgar improcedente a investigatória de paternidade.”

Na oportunidade, o voto-conductor do aresto acolheu a tese da defesa, consubstanciada na **exceptio plurium concubentium**, concluindo ser temerário o reconhecimento da paternidade, dada a ausência de provas concretas a embasar a pretensão do Autor. De outro lado, no entanto, não excluiu de todo a paternidade reclamada, ao afirmar que, “embora o laudo pericial não afaste a possibilidade de filiação, a prova testemunhal nos convenceu da precariedade probatória acerca da exclusividade do relacionamento sexual da mãe do menor com o Apelante, no período da concepção”.

Ao ajuizar uma nova investigação de paternidade, em 13.11.1997, o Autor sustentou que à época do ajuizamento daquela outra ação, o exame pelo DNA ainda não era disponível, postulando, assim, a realização dessa prova, objetivando dar solução definitiva à controvérsia.

O Juiz, Dr. Alberto José Ludovico, ao afastar a preliminar de coisa julgada suscitada pelo Réu, assentou:

“Com efeito, improcede a preliminar argüida pelo contestante.

A coisa julgada é instituto constitucional que visa a dar segurança e certeza às relações jurídicas, conseqüentemente, aos direitos assumidos pelos indivíduos na vida social.

Acontece, no caso, que a sentença a que se agarra o contestante não contém certeza capaz de dar segurança às relações jurídicas que as levam a litigar e, conseqüentemente, não há como se falar em coisa julgada material.

Verifica-se do v. Acórdão n. 7.376, da Primeira Câmara Cível do TJPR (cópia às fls. 15/22), que a ação de investigação de paternidade intentada pelo Autor em meados de 1985, foi julgada improcedente porque a prova reunida era insuficiente para se afirmar a paternidade imputada pelo Requerido.

Em outras palavras, o v. acórdão, em nenhum momento, concluiu categoricamente que o Requerido não fosse o pai biológico do Autor.

A decisão é meramente técnica, de cunho processual, face à regra do artigo 333 do CPC, porquanto, naquele processo, o Autor não conseguiu se desincumbir do ônus da prova. Ou seja, não produziu prova bastante para permitir que se declarasse o Requerido seu pai biológico. Ainda, também não ficou decidido que o Requerido não fosse o pai do Autor.

A propósito do tema, vale transcrever a seguinte lição:

‘Todo julgamento que examine e/ou resolva (homologue transação: resolver sem examinar) a pretensão é julgamento de mérito. Aqueles outros que se limitam à análise de aspectos processuais ou constitucionais relativos à pretensão à tutela jurídica, são julgamentos de não-mérito.

Sejam os julgamento (**sic**) de mérito ou não-mérito, sempre hão de alcançar um momento em que não podem mais ser atacados através de recursos, quer porque já exercitados todos os possíveis, quer porque vencido o prazo para a interposição dos cabíveis.

Os julgamentos de não-mérito, porque não resolvem o litígio, não impedem o retorno da matéria ao Judiciário, outra vez provocado em novo processo. Até porque o litígio que deu ensejo ao primeiro processo restou irresolvido’ (Contribuição à Teoria da Coisa Julgada, **Paulo Roberto de Oliveira Lima**, Ed. Rev. dos Tribunais, 1997, p.p. 19/20).

Na hipótese tratada, ocorreu tão-somente a coisa julgada formal (aquela que não comporta mais recursos e é a palavra final naquele processo), porque a decisão inserida no v. acórdão acima citado deixou o litígio irresolvido, sem estabelecer se o Requerido era ou não o pai do Autor. Apenas se pronunciou sob a ótica processual, dispondo que não havia prova suficiente para o deslinde da controvérsia.

Assim ocorrendo, nada impede que o Autor retorne ao Judiciário, em outro processo, para buscar a tutela do seu direito, principalmente agora que o avanço da ciência lhe permite a prova do DNA e o próprio Estado lhe coloque este sofisticado exame à disposição através do convênio firmado entre a Corregedoria da Justiça e a Secretaria da Justiça e Cidadania.

Não permitir ao Autor o ajuizamento de nova ação, agora que tem à disposição o exame de DNA, método científico que não lhe estava disponível naquela época da primeira ação (em 1985), é o mesmo que condená-lo **ad eternum** a não ter paternidade.

Rejeito, portanto, a preliminar. De conseqüência, defiro a realização do exame 'DNA', que será custeado pela representante legal do Autor.”

O acórdão impugnado, no entanto, ao prover o agravo interposto pelo Réu, entendeu que havia identidade nas ações ajuizadas e que na primeira houve julgamento de mérito, concluindo, assim, pela existência de coisa julgada. Afirmou, ademais, que a pretensão de que fosse produzida nova prova não autorizaria a reabertura de outra ação.

3. Como se sabe, uma ação é idêntica à outra quando ambas têm as mesmas partes, causa de pedir e pedido, consoante dispõe o art. 301, § 2º, CPC. Na espécie, o reconhecimento da filiação se alicerça nas relações sexuais existentes entre o investigado e a mãe do investigante, na época da concepção do menor (art. 363, II, do Código Civil). A nova ação inova apenas em matéria probatória, ao afirmar que o exame pelo DNA agora estaria disponível.

4. Certo é que a insuficiência ou falta de provas não enseja a reprodução de ação idêntica, que já tenha coisa julgada material, salvo as exceções expressamente previstas em lei (v.g., ação popular, ação civil pública e ação coletiva para a defesa de direitos difusos ou coletivos, quando tiverem sido julgadas improcedentes por falta ou insuficiência de provas). A respeito, doutrina **Nelson Nery Júnior**, nestes termos:

“A coisa julgada ocorre quando se reproduz ação idêntica a outra anterior ajuizada (CPC, 301, § 1º). Ações idênticas são aquelas que têm as mesmas partes, mesma causa de pedir e mesmo pedido (CPC, 301, § 2º). Se a parte repropõe ação idêntica, onde já houve coisa julgada material, ainda que invoque novas provas não produzidas na primeira, deve ser a segunda ação extinta sem julgamento do mérito (CPC, 267, V)”.

Na mesma direção, no REsp n. 147.621-RJ (DJ de 12.6.2000), relator o Ministro Eduardo Ribeiro, restou assentado que, “afirmando o acórdão que se julgava improcedente a ação, por falta de provas dos danos, houve decisão de mérito, com a conseqüente formação de coisa julgada material”.

No REsp n. 107.428-GO (DJ de 29.6.1998), relator o Ministro Menezes Direito, a Terceira Turma, por sua vez, ementou:

“Ação de negativa de paternidade. Exame pelo DNA posterior ao processo de investigação de paternidade. Coisa julgada.

1. Seria terrificante para o exercício da jurisdição que fosse abandonada a regra absoluta da coisa julgada que confere ao processo judicial força para garantir a convivência social, dirimindo os conflitos existentes. Se, fora dos casos nos quais a própria lei retira a força da coisa julgada, pudesse o Magistrado abrir as comportas dos feitos já julgados para rever as decisões, não haveria como vencer o caos social que se instalaria. A regra do art. 468 do Código de Processo Civil é libertadora. Ela assegura que o exercício da jurisdição completa-se com o último julgado, que se torna inatingível, insuscetível de modificação. E a sabedoria do Código é revelada pelas amplas possibilidades recursais e, até mesmo, pela abertura da via rescisória naqueles casos precisos que estão elencados no art. 485.

2. Assim, a existência de um exame pelo DNA posterior ao feito já julgado, com decisão transitada em julgado, reconhecendo a paternidade, não tem o condão de reabrir a questão com uma declaratória para negar a paternidade, sendo certo que o julgado está coberto pela certeza jurídica conferida pela coisa julgada.

3. Recurso especial conhecido e provido.”

5. Por outro lado, não obstante as respeitáveis considerações acima colocadas, tenho que, no caso, dadas as suas peculiaridades, a melhor solução é aquela adotada pelo Juízo de 1<sup>o</sup> grau.

*A uma*, porque na primeira ação de investigação de paternidade não foi expressamente excluída a paternidade do Recorrido. Ao contrário, restou registrado que não havia indícios suficientes a caracterizar tanto a paternidade como a sua negativa.

Com efeito, no caso, diante da precariedade da prova, não houve certeza jurídica, na primitiva ação de investigação, a respeito da exclusão da paternidade imputada ao investigado, tendo a decisão se limitado a afirmar que a prova era insuficiente e que a melhor solução seria a improcedência do pedido. Em outras palavras, inexistente, na hipótese, real decisão de mérito excluindo a paternidade do investigante.

NO REsp n. 196.966-DF (DJ de 28.2.2000), relatado pelo Ministro Ruy Rosado de Aguiar, esta Quarta Turma, ao negar a possibilidade da contestação da reconhecida paternidade, havendo coisa julgada material, também o fez diante das circunstâncias do caso, nestes termos:

“O autor desta ação foi vencido na investigatória promovida por seus filhos. Naquela ação, recusou-se ao exame de DNA, embora – afirmou o acórdão que julgou a sua apelação – ‘possuindo o Apelante condições financeiras’. Portanto, não é aceitável a sua alegação de que somente agora dispõe de recursos para enfrentar as despesas da perícia. Desses recursos já dispunha o ora autor, somente que se recusou à prova para dificultar a obtenção de elemento de certeza sobre a filiação. Tendo perdido a ação de investigação, está agora procurando reabrir a fase probatória com a sua sugestão de submeter-se ao exame que antes frustrara. Não tem nenhuma certeza, nada sabe sobre o que alega, não traz prova alguma da sua suspeita, a qual vai de encontro ao reconhecido na sentença. Está arriscando mais uma vez, jogando com a Justiça: vencido na investigatória, deixou escoar o prazo da rescisória e volta a juízo, propondo-se a fazer a prova que antes impedira; se mais uma vez vencido, não perderá mais do que as despesas com o processo.”

Mais adiante, no entanto, não negou o eminente Relator a possibilidade de ser realizado o exame pelo DNA, ainda que havendo sentença anterior, a depender do caso, **verbis**:

“Diferentemente seria a minha conclusão se, em que vez da evidente malícia no comportamento da parte, ficasse claro que a paternidade, embora reconhecida na sentença, não correspondia à realidade, isso demonstrado em exame com grau absoluto de certeza. A regra da coisa julgada, válida para o tempo em que não se conhecia prova segura da filiação, e por isso dependente de ficções, não pode ser mantida contra a evidência da verdade que se extrai do exame de DNA, pois a ninguém interessa – nem aos filhos, nem aos pais, nem à sociedade – que o registro seja a negação da realidade.

No caso dos autos, porém, não há essa prova, apenas a suspeita, sem qualquer indicação de seus fundamentos, de quem até agora nada fez de útil para a busca da verdade, cuja manifestação mais recente é apenas a tentativa de reabrir a fase probatória da ação de investigação de paternidade, na qual foi derrotado.”

Em estudo sobre a matéria (A Coisa Julgada na Investigação de Paternidade), **Rolf Madaleno** sustentou:

“A cada instante perfilam acalentadas doutrinas que se inquietam com a imutabilidade da autoridade da eficácia da coisa julgada nas ações de verificação da vinculação biológica. **Maria Berenice Dias** critica os tradicionais meios de prova utilizados nas demandas de investigação de paternidade, não aceitando sepultar com a autoridade da coisa julgada material, ações judiciais que simplesmente se restringiram aos tradicionais meios de prova, omitindo-se do DNA por falta de recursos, onde o próprio Estado olvidou-se de propiciar a pesquisa genética da exata filiação biológica e deixou selar a identidade familiar do investigante pelo manto da imutabilidade da sentença já passada em julgado.

Nessas circunstâncias, descabe cristalizar como coisa julgada, a inexistência do estado de filiação, pois restou verificado, sim, a impossibilidade de formação de um juízo de certeza, cuja negligência probatória não pode ser debitada ao investigante, como também não pode ser debitado ao investigado este mesmo selo da presunção absoluta e imutável de veracidade sentencial, quando neste mesmo processo deixou de ser pesquisada a prova genética da filiação. E desimporta tenha sido a falta de recursos financeiros, ou porque ainda fosse desconhecida ou inacessível a perícia dos marcadores genéticos do sistema de DNA, hoje já banalizada por um sem-número de laboratórios e sacralizada pelos pretórios brasileiros.”

Ao tratar do “efeito relativo da coisa julgada”, acrescentou:

“No âmbito atual das ações de investigação ou de negação da paternidade e assim também naquelas que pesquisam na eventualidade, o vínculo de maternidade, é preciso atenuar os princípios que regem o instituto da coisa julgada. Não há mais espaço para impor esse conceito inflexível da coisa julgada e que deita sobre as demandas investigativas ou negatórias de paternidade, que tinham suas raízes biológicas declaradas por sentenças com suporte exclusivo na atividade intelectual do decisor judicial, encarregado de promover a rígida avaliação dos tradicionais meios probatórios até então disponibilizados e vertidos para o ventre da ação parental.

O Direito de Família está dentre os ramos do Direito que apresentam as mais rápidas e consagradas evoluções, não somente no campo da cultura, dos costumes e dos valores sociais e morais do povo brasileiro em especial, mas, também, no terreno da ciência foi possível importar sistemas de pesquisa científica da ascendência e descendência genética do indivíduo humano e que provocaram verdadeira revolução na afirmação judicial da paternidade, com margens inéditas de declaração pioneira da verdade real e cujos efeitos, parece, ainda não foram devidamente aquilatados pela ciência jurídica que evoca a autoridade da coisa julgada para as demandas passadas.”

E arrematou:

“Como bem disse **Cândido Dinamarco**, há casos de insatisfação resultante da maneira como o sistema de Direito Positivo é construído, como já ditou noutra era em que esta mesma divergência sobre a coisa julgada surgiu no sistema brasileiro, tendo a doutrina inclinado-se naquele tempo, pela exclusão de novas demandas para investigar outra paternidade sobre o mesmo filho. Mas era um tempo em que não existia a precisão científica do exame de DNA e nunca os prazos judiciais poderiam acarretar a injustiça do soterrar a revisão de decisões processuais desmentidas pelo DNA.”

A mesma orientação é compartilhada pela eminente Professora gaúcha Des.<sup>a</sup> **Maria Berenice Dias**, in *Investigação de Paternidade, Prova e Ausência de Coisa Julgada Material* (Revista Brasileira de Direito de Família, Síntese, n. 1, 1999).

*A duas*, porque, quando do ajuizamento da primeira ação, o exame pelo DNA ainda não era disponível e nem havia notoriedade a seu respeito, sendo certo que esta Turma, como no REsp n. 38.451-MG (DJ de 22.8.1994), tem preconizado ser “sempre recomendável a realização de perícia para investigação genérica (HLA e DNA), porque permite ao julgador um juízo de fortíssima probabilidade, senão de certeza” na composição do conflito. Neste sentido, ainda, os REsps n. 16.840-RS (DJ de 6.12.1993) e 43.467-MG (DJ de 18.3.1996) e RE n. 94.311-MG (RTJ 104/295), e a doutrina (**Marco Aurélio S. Viana**, *Da Ação de Investigação de Paternidade*, Del Rey, 1994, p. 34, e **Luis Verruno e Emilio J. C. Haas**, *Manual para la Investigación de la Filiación*, Ed. Abeledo-Abeledo-Perrot, 1985, p. 192).

*A três*, porque todo o progresso da ciência jurídica, em matéria de prova, está na substituição da verdade ficta pela verdade real. A coisa julgada, portanto, em se tratando de ações de estado, como no caso de investigação de paternidade, deve ser interpretada **modus in rebus**. Nesse particular, **Belmiro Pedro Welter**, em artigo intitulado Coisa Julgada na Investigação de Paternidade, assinala:

“Dessa forma, de nada adiante canonizar-se o instituto da coisa julgada em detrimento da paz social, já que a paternidade biológica não é interesse apenas do investigante ou investigado, mas de toda a sociedade, e não existe tranqüilidade social com a imutabilidade da coisa julgada da mentira, do engodo, da falsidade do registro público, na medida em que a paternidade biológica é direito natural, constitucional, irrenunciável, imprescritível, indisponível, inegociável, impenhorável, personalíssimo, indeclinável, absoluto, vitalício, indispensável, oponível contra todos, intransmissível, constituído de manifesto interesse público e essencial ao ser humano, genuíno princípio da dignidade humana, elevado à categoria de fundamento da República Federativa do Brasil (artigo 1º, II).

E esse direito natural e constitucional de personalidade não pode ser afastado nem pelo Poder Judiciário, nem pela sociedade e nem pelo Estado, porque, parafraseando **Humberto Theodoro Júnior**, se queremos uma sociedade de pessoas livres, não se pode colocar a segurança da coisa julgada acima da justiça e da liberdade, porque um povo sem liberdade e sem justiça é um povo escravo, devendo ser entendido que ‘mudou a época, mudaram os costumes, transformou-se o tempo, redefinindo valores e conceituando o contexto familiar de forma mais ampla que, com clarividência, pôs o constituinte de modo o mais abrangente, no texto da nova Carta. E esse novo tempo não deve o Poder Judiciário, ao qual incumbe a composição dos litígios com olhos na realização da justiça, limitar-se à aceitação de conceitos pretéritos que não se ajustem à modernidade’.”

E concluiu o mencionado articulista que “não faz coisa julgada material a sentença de improcedência da ação de investigação ou de negação da paternidade por insuficiência de provas da paternidade biológica”, aduzindo:

“No início do ano de 1998, edificamos essa tese de que na sentença de improcedência, por insuficiência de provas, não se julga o

mérito da ação de investigação ou negação de paternidade, sendo, portanto, possível o ajuizamento de outra demanda ou interposição de ação rescisória, já que, para que haja coisa julgada material, é necessário o exame do mérito da ação, com base nos artigos 1<sup>o</sup>, II e III, e 227, ambos da CF (por ofensa aos princípios da cidadania e da dignidade humana e por não observar verdade real da perfilhação biológica), artigos 485, incisos V, VI ou VII, do CPC, e por negativa de vigência do artigo 130 do mesmo digesto legal, além do dissídio jurisprudencial.”

*A quatro*, porque, como já tive ensejo de assinalar, o fetichismo das normas legais, em atrito com a evolução social e científica, não pode prevalecer a ponto de levar o Judiciário a manietar-se, mantendo-se impotente em face de uma realidade mais palpitante, à qual o novo Direito de Família, prestigiado pelo constituinte de 1988, busca adequar-se. Neste sentido e pautando pela prevalência do princípio da verdade real, que inspira o legislador e o jurista moderno, decidiu esta Turma, no REsp n. 4.987-RJ (DJ de 28.10.1991), de que fui relator:

“I – Na fase atual da evolução do Direito de Família, é injustificável o fetichismo de normas ultrapassadas em detrimento da verdade real, sobretudo quando em prejuízo de legítimos interesses de menor.

II – Deve-se ensejar a produção de provas sempre que ela se apresentar imprescindível à boa realização da justiça.

III – O Superior Tribunal de Justiça, pela relevância de sua missão constitucional, não pode deter-se em sutilezas de ordem formal que impeçam a apreciação das grandes teses jurídicas que estão a reclamar pronunciamento e orientação pretoriana” (RSTJ 26/378).

Com a mesma orientação, aliás, a Terceira Turma, no REsp n. 194.866-RS (DJ de 14.6.1999), sob a relatoria do Ministro Eduardo Ribeiro, também teve oportunidade de assentar que “as normas jurídicas não de ser entendidas, tendo em vista o contexto legal em que inseridas e considerando os valores tidos como válidos em determinado momento histórico. Não há como interpretar-se uma disposição, ignorando as profundas modificações por que passou a sociedade, desprezando os avanços da ciência e deixando de ter em conta as alterações de outras normas, pertinentes aos mesmos institutos jurídicos”.

Ademais, não se pode deixar de registrar ainda os vários precedentes desta Quarta Turma na direção de uma jurisprudência que mais atenda aos fins sociais do processo contemporâneo na verdadeira realização da Justiça, também se aproximando do caso em tela, sob esse prisma, **mutatis mutandis**, o decidido nesta Turma, por unanimidade, no REsp n. 112.101-RS (DJ de 18.9.2000), de que foi relator o Ministro Cesar Asfor Rocha.

6. Ainda no campo da relativização da coisa julgada, é de anotar-se o estudo, com a excelência e a lucidez costumeiras, de **C. R. Dinamarco** (Meio Jurídico 43/34, [www.meiojuridico.com.br](http://www.meiojuridico.com.br))

7. Por fim, releva salientar que na espécie o exame de DNA, por sua confiabilidade, seria a única prova capaz de evitar a incerteza fática da efetiva paternidade, seja pelo resultado, seja pela contraditória prova produzida, seja porque a decisão de improcedência se baseou exclusivamente nos depoimentos prestados em juízo.

8. À vista do exposto, *conheço* do recurso e *dou-lhe provimento* para restabelecer a decisão agravada, a qual afastou a preliminar de coisa julgada e determinou a realização do exame pelo DNA.

### VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Barros Monteiro: 1. Em abril de 1985, Júlio Cesar Moreira, menor impúbere, representado por sua mãe, ajuizou ação de investigação de paternidade, cumulada com pedido de alimentos, contra Ivanir Otávio Becker, a qual foi julgada ao final improcedente por insuficiência de provas tocante à indigitada paternidade (acórdão de fls. 15/21).

Em novembro de 1997, o mesmo menor ingressou com nova ação de investigação de paternidade, cumulada com pedido de pensão alimentícia, contra o mesmo réu, sob a alegação de que à época do feito anterior não havia a tecnologia hoje existente, havendo os julgadores arrimado as suas decisões em depoimentos testemunhais, restando então divididos em seus pronunciamentos.

Daí ter o Réu argüido agora, em contestação, a preliminar de coisa julgada. Rejeitada a alegação quando do saneamento do feito, o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná deu provimento ao agravo de instrumento manifestado pelo Réu, a fim de julgar extinto o processo, em acórdão que porta a seguinte ementa:

“Agravo de instrumento. Recurso contra decisão monocrática que

admite o prosseguimento de ação idêntica a outra anteriormente julgada e transitada em julgado com exame do mérito. Alegação de que pretende produzir novas provas. Inadmissibilidade. Ofensa manifesta ao art. 467 do CPC. Recurso provido em que se reforma a decisão recorrida e julga extinto o processo da nova ação. CPC, art. 267, inciso V.

Conforme é reiterado proclamo doutrinário ‘Falta ou deficiência de provas. Coisa julgada ocorre inexoravelmente no processo, tenham ou não sido produzidas provas. Não é possível a repositura de ação, onde se deu a coisa julgada material, invocando-se falta, deficiência ou novas provas’. (Nelson Nery e Rosa Maria Andrade Nery, in Código de Processo Civil Comentado, Editora RT, 3ª edição, 1997, p. 677, nota 7 ao art. 467 do CPC).

A propositura de nova ação somente é possível quando os fatos e a causa de pedir são diferentes da ação anterior, salvo nos casos expressamente excepcionados em legislações especiais.” (fl. 97).

Inconformado, o Autor aviou o presente recurso especial, alegando afronta ao art. 467 do CPC, ao argumento de que a decisão proferida na primeira ação investigatória não fez coisa julgada material por não haver aquela decisão excluído expressamente a paternidade do investigado. Segundo o Recorrente, “o fato é que não restou provado anteriormente ser o investigado o pai biológico do investigante porque não havia elemento possível para tanto”.

Na assentada anterior, o Sr. Ministro-Relator conheceu do recurso especial e deu-lhe provimento para restabelecer o decisório de 1ª grau, que afastara a prejudicial.

2. Penso também, tal como o Sr. Relator, que escorreito se afigura o **decisum** proferido pelo juiz singular, que rejeitou a arguição de coisa julgada na hipótese específica de ação investigatória de paternidade.

Vale realçar desde logo que o v. acórdão prolatado na primeira ação de investigação de paternidade se fundou no entendimento de que “o juiz só deve julgar procedente a ação se *veementes* forem as provas de *paternidade* (Direito Civil – Direito de Família, **Sílvia Rodrigues**, Saraiva, 1980, Vol. 6, p. 327)” e, mais claramente, de que “a *convicção* do *jugador* deve ser *indivudável*, ao *proclamar* o parentesco entre os litigantes.” (fls. 42/43).

Pois bem. A conclusão do referido julgado foi no sentido de que “não

se admitindo a paternidade baseada em mera probabilidade (risco de paternidade), se a mãe recebeu outro homem (ou vários homens), ainda que também haja recebido o pretense pai do investigador, a dúvida o levará a decair da ação investigatória de paternidade (cf. **Arnoldo Medeiros da Fonseca**, *Investigação de Paternidade*, n. 233, CM, p.p. 214/215).” (fl. 43).

Verifica-se, pois, que aquele v. acórdão pronunciou apenas o **non liquet**; pairou dúvida sobre a paternidade atribuída ao investigado. Evoque-se, mais, a circunstância de que um dos Srs. Julgadores, o Desembargador Ivan Righi, dissentiu da maioria precisamente porque considerava resolver-se a dúvida instalada em favor do menor.

Nestes termos, não estando àquela época disponível o exame de DNA, inegável é no caso a ilação inferida pelo Autor – ora recorrente – no sentido de que não se logrou demonstrar, no primitivo litígio, ser o Réu o seu pai biológico simplesmente à falta do elemento tecnológico que atualmente se acha à disposição das partes. Não se operara daí a coisa julgada material, mas, tão-somente a coisa julgada formal.

Essas razões colhem, a meu ver, diante da peculiaridade da ação de investigação de paternidade em que, realmente, o rigor técnico-formal da coisa julgada deve ser temperado, relativizado, mormente nos dias de hoje, não só em face dos avanços de cunho social, mas sobretudo da evolução do Direito de Família experimentada após a promulgação da Carta Política de 1988 e da edição do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Acertado, assim, o **decisum** agravado, que houve por bem afastar a assertiva de coisa julgada na espécie. É ler-se:

“Coisa julgada’ foi a prejudicial de mérito argüida na contestação. Diz o Requerido que a presente ação é a repetição de outra já julgada por este Juízo, devendo este feito ser extinto nos termos do artigo 267, V, do CPC.

O representante do Ministério Público oficiou no feito dispondo que no caso não se operou a coisa julgada material, porque o litígio diz respeito ao estado da pessoa e em nenhum momento ficou julgado que o Requerido não fosse o pai biológico do Autor. No caso, houve tão-somente a coisa julgada formal que não impede que o pleito seja renovado ante a mudança substancial da situação que originou aquela sentença.

Com efeito, improcede a preliminar argüida pelo contestante.

A coisa julgada é instituto constitucional que visa a dar segurança e certeza às relações jurídicas, conseqüentemente, aos direitos assumidos pelos indivíduos na vida social.

Acontece, no caso, que a sentença a que se agarra o contestante não contém certeza capaz de dar segurança às relações jurídicas que as levam a litigar e, conseqüentemente, não há como se falar em coisa julgada material.

Verifica-se do v. Acórdão n. 7.376, da Primeira Câmara Cível do TJPR (cópia às fls. 15/22), que a ação de investigação de paternidade intentada pelo Autor em meados de 1985, foi julgada improcedente porque a prova reunida era insuficiente para se afirmar a paternidade imputada ao Requerido.

Em outras palavras, o v. acórdão em nenhum momento concluiu categoricamente que o Requerido *não fosse o pai* biológico do Autor.

A decisão é meramente técnica, de cunho processual, face à regra do artigo 333 do CPC, porquanto, naquele processo, o Autor não conseguiu se desincumbir do ônus da prova. Ou seja, não produziu prova bastante para permitir que se declarasse o Requerido seu pai biológico. Ainda, também não ficou decidido que o Requerido não fosse o pai do Autor.

Em síntese, o julgamento não resolveu o litígio.

A propósito do tema, vale transcrever a seguinte lição:

‘Todo julgamento que examine e/ou resolva (homologue transação: resolver sem examinar) a pretensão é julgamento de mérito. Aqueles outros que se limitam à análise de aspectos processuais ou constitucionais relativos à pretensão à tutela jurídica, são julgamentos de não-mérito.

Sejam os julgamentos de mérito e não-mérito, sempre hão de alcançar um momento em que não podem mais ser atacados através de recursos, quer porque já exercitados todos os possíveis, quer porque vencido o prazo para a interposição dos cabíveis.

Os julgamentos de não-mérito, porque não resolvem o litígio, não impedem o retorno da matéria ao Judiciário, outra vez provocado em novo processo. Até porque o litígio que deu ensejo ao primeiro processo restou irresolvido.’ (Contribuição à Teoria

da Coisa Julgada, **Paulo Roberto de Oliveira Lima**, Ed. Rev. Tribunais, 1997, p.p. 19/20).

Na hipótese tratada ocorreu tão-somente a coisa julgada formal (aquela que não comporta mais recursos e é a palavra final naquele processo), porque a decisão inserida no v. acórdão acima citado deixou o litígio irresolvido, sem estabelecer se o Requerido era ou não o pai do Autor. Apenas se pronunciou sob a ótica processual, dispondo que não havia prova suficiente para o deslinde da controvérsia.

Assim ocorrendo, nada impede que o Autor retorne ao Judiciário, em outro processo, para buscar a tutela do seu direito, principalmente agora que o avanço da ciência lhe permite a prova do DNA e o próprio Estado lhe coloque este sofisticado exame à disposição através do convênio firmado entre a Corregedoria da Justiça e a Secretaria da Justiça e Cidadania.

Não permitir ao Autor o ajuizamento de nova ação, agora que tem à disposição o exame de DNA, método científico que não lhe estava disponível naquela época da primeira ação (em 1985), é o mesmo que condená-lo **ad eternum** a não ter paternidade.

Rejeito, portanto, a preliminar. De conseqüência, defiro a realização do exame 'DNA', que será custeado pela representante legal do Autor." (fls. 47/49).

Nessa linha desenvolve-se o douto voto proferido pelo Sr. Relator, Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, para quem "inexiste, na hipótese, real decisão de mérito excluindo a paternidade do investigante". S. Ex.<sup>a</sup>, a par de colacionar escólios oriundos de respeitáveis doutrinadores acerca da moderna tendência de atenuar os princípios que regem o instituto da coisa julgada, mormente em sede de ação investigatória da paternidade, evoca o voto prolatado pelo ilustre Ministro Ruy Rosado de Aguiar, eminente Presidente desta egrégia Quarta Turma quando do julgamento do REsp n. 196.966-DF, do qual se colhe o seguinte excerto que encontra pertinência na hipótese em exame:

"Diferentemente seria a minha conclusão se, em vez da evidente malícia no comportamento da parte, ficasse claro que a paternidade, embora reconhecida na sentença, não correspondia à realidade, isso demonstrado em exame com grau absoluto de incerteza. A regra da

coisa julgada, válida para o tempo em que não se conhecia prova segura da filiação, e por isso dependente de ficções, não pode ser mantida contra a evidência da verdade que se extrai do exame de DNA, pois a ninguém interessa – nem aos filhos, nem aos pais, nem à sociedade – que o registro seja a negação da realidade.”

Assim, efetivamente nas ações de estado, como é o caso da ação agora tratada, a coisa julgada dever ser aplicada **est modus in rebus**, em conformidade com o que proclamou o Sr. Ministro-Relator. Há que se levar em conta as normas insertas nos arts. 1º, inc. III, e 227 da Lei Fundamental, e, ainda, a constante do art. 27 da Lei n. 8.069, de 13.7.1990, segundo a qual “o reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercitado contra os pais ou seus herdeiros, sem qualquer restrição, observado o segredo de justiça”. Em sua obra *Investigação de Paternidade*, **Belmiro Pedro Welter** anota que “somente haverá coisa julgada material quando na ação de investigação de paternidade forem produzidas todas as provas permitidas em Direito, tendo em vista que, conforme leciona **Helena Cunha Vieira**, ‘se se trata de direitos indisponíveis, deverá o juiz orientar-se no sentido de encontrar a verdade real, determinando a produção das provas que entender necessárias’” (tomo II, p. 55, ed. 1999). É do citado jurista ainda a observação de que “não faz coisa julgada a sentença de improcedência da ação de investigação de paternidade por falta de provas, pois, conforme acima dito, nas demandas sobre direitos indisponíveis devem ser produzidas todas as provas admitidas em Direito, acima citadas, devendo habitar nos autos a verdade biológica da filiação” (ob. mencionada, p. 64).

3. Do quanto foi exposto, conheço do recurso e dou-lhe provimento para restabelecer a decisão de 1º grau, acompanhando, por conseguinte, o voto do Sr. Ministro-Relator.

É como voto.

#### VOTO

O Sr. Ministro Cesar Asfor Rocha: Sr. Presidente, acompanho o voto do Sr. Ministro-Relator, conhecendo do recurso e dando-lhe provimento.

#### VOTO

O Sr. Ministro Aldir Passarinho Junior: Sr. Presidente, entendi que, em

função da situação, o julgamento do processo, muito embora se refira ao mérito na anterior ação, seria mais assemelhado à extinção pelo art. 267, VI, por impossibilidade jurídica do pedido em função da inviabilidade de uma prova eficaz. Não seria, efetivamente, uma coisa julgada relativa ao mérito, mas uma extinção sem julgamento do mérito.

Gostaria de ressaltar que não admito isso no curso da lide, ou seja, se já ultrapassada a fase cognitiva da ação e estando a matéria **sub judice** no Tribunal. Voltar-se, para reabrir uma prova, quando já ultrapassada essa fase. O processo tem que andar para frente.

Mas, a possibilidade concreta de se reabrir a prova em outra ação, efetivamente, é possível, em se tratando de matéria dessa natureza.

Com essas considerações, acompanho o voto do Sr. Ministro-Relator, conhecendo do recurso e dando-lhe provimento.

---

---

## RECURSO ESPECIAL N. 232.859 – MS

(Registro n. 99.0088049-8)

Relator: Ministro Barros Monteiro  
Recorrentes: Léo Chueri e cônjuge  
Advogado: João Alfredo Danieze  
Recorridos: Cícero Vieira da Silva Neto e cônjuge  
Advogados: Valentim Grava Filho e outro  
Sustentação oral: João Alfredo Danieze (pelos recorrentes)

**EMENTA:** Embargos de retenção por benfeitorias – Ação de reintegração de posse – Questão não discutida na demanda principal – Liminar cumprida – Desocupação do imóvel.

– Tratando-se de ação possessória, dada a sua natureza executiva, o direito à indenização e retenção por benfeitorias deve ser discutido previamente na fase de conhecimento. Providência não tomada pelo interessado.

– Embargos de retenção prejudicados, em face da desocupação do imóvel por força de cumprimento de liminar.

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

Brasília-DF, 3 de maio de 2001 (data do julgamento).

Ministro Ruy Rosado de Aguiar, Presidente.

Ministro Barros Monteiro, Relator.

---

Publicado no DJ de 20.8.2001.

## RELATÓRIO

O Sr. Ministro Barros Monteiro: Cícero Vieira da Silva Neto e sua mulher, Rosângela Eluiza da Silva, opuseram embargos de retenção contra Léo Chueri e sua mulher, Martha Pereira Chueri, visando a suspender os efeitos de liminar de reintegração de posse de área por eles ocupada até o pagamento das benfeitorias realizadas, no valor de R\$ 321.500,00 (trezentos e vinte e um mil e quinhentos reais).

O MM. Juiz de Direito indeferiu a inicial, julgando extinto o feito sem apreciação do mérito.

A Terceira Turma Cível do Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul, por unanimidade, deu provimento ao apelo dos Autores em acórdão cujos fundamentos se resumem na seguinte ementa:

“Apelação cível. Reintegração de posse. Liminar. Benfeitorias. Embargos de retenção. Extinção do processo sem julgamento do mérito. Renovação dos embargos. Possibilidade. Ausência de contestação na ação de reintegração de posse. Irrelevância. Natureza da posse. Matéria atinente ao mérito da ação. Recurso provido.

É cabível a ação de embargos de retenção contra liminar de reintegração de posse, sendo esta ação de natureza executiva. O deferimento de medida liminar representa antecipação de tutela, isto é, antecipação dos efeitos da sentença.

Ausentes os motivos que determinaram a extinção do processo sem julgamento de mérito, é possível renovar embargos de retenção por benfeitorias.

Sendo indubitosa a intenção dos possuidores em reter a posse do bem, por benfeitorias existentes, é desnecessária, na ação reintegratória, que esta manifestação tenha ocorrido na contestação, especialmente se os Embargantes são sucessores do possuidor citado para responder a ação.

A natureza da posse, se é de boa ou de má-fé, deve ser aferida por ocasião da sentença de mérito dos embargos de retenção e não como uma das condições da ação.” (fl. 72).

Rejeitados os declaratórios, os Embargados manifestaram o presente recurso especial com arrimo nas alíneas **a** e **c** do permissor constitucional, apontando violação ao art. 744 do Código de Processo Civil, além de dissídio interpretativo com julgado desta Corte e do Tribunal de Justiça de Goiás. Alegaram que o direito de retenção deve ser pleiteado na contestação oferecida ao pedido possessório, sob pena de preclusão. Defenderam a impossibilidade de serem opostos embargos de retenção, uma vez que não foi proferida sentença na ação de reintegração de posse. De outro lado, aduziram que os Embargantes não podem ser considerados possuidores de boa-fé, pois tinham pleno conhecimento da existência de ação possessória, conforme faz prova o instrumento de contrato anexado aos autos.

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

É o relatório.

## VOTO

O Sr. Ministro Barros Monteiro (Relator): 1. Preliminarmente, o apelo especial interposto preenche, em linhas gerais, os requisitos insertos nos incisos I a III do art. 541 do Código de Processo Civil.

2. Os Embargantes – ora recorridos – eram possuidores de uma área de terras contendo 968 hectares, sita na região de Ribas do Rio Pardo, denominada “Fazenda Corredeira”. Estas terras fazem parte de uma gleba maior que está sendo objeto de ação de reintegração de posse movida pelos Recorrentes contra diversos posseiros. Desde a época da propositura dessa ação (1987) até os dias de hoje, a posse da referida “Fazenda Corredeira”

foi sucessivamente transferida a quatro pessoas: João Collevatti, Raul Gomes Guimarães, Fernando Cláudio Capiberibe Saldanha e Cícero Vieira da Silva Neto e sua mulher, estes últimos os embargantes.

Os ora recorrentes obtiveram a concessão da medida liminar na ação possessória.

Segundo consta, João Collevatti, antecessor dos Recorridos, citado para os termos da ação reintegratória, não ofereceu resposta.

Outro antecessor, o espólio de Fernando Cláudio Capiberibe Saldanha ofereceu embargos de terceiro, a fim de obstar o cumprimento do mandado reintegratório liminar. Os embargantes – Cícero Vieira da Silva Neto e sua mulher – foram admitidos no referido feito como assistentes. Entretanto, tais embargos de terceiro foram declarados extintos sem conhecimento do mérito.

Antes de apreciados os aludidos embargos de terceiro, Cícero Vieira da Silva Neto e sua esposa ingressaram com os primeiros embargos de retenção por benfeitorias, cuja petição inicial foi indeferida. Interposta a apelação, não foi ela conhecida pela 2ª instância.

Em seguida, renovaram os embargos de retenção por benfeitorias (o presente feito), havendo sido declarados mais uma vez carecedores de ação, pelos seguintes motivos:

I – trata-se de mera reiteração dos embargos de retenção anteriores, nada havendo de novidade;

II – inadmissível o direito de retenção em ação possessória, sem que a existência das benfeitorias tenha sido alegada na contestação;

III – não cabem embargos de retenção contra a decisão concessiva de liminar.

O acórdão hostilizado, de modo diverso, ordenou o processamento dos aludidos embargos de retenção, entendendo:

a) possível a renovação dos embargos de retenção, uma vez decididos os embargos de terceiro;

b) admissível, outrossim, tal medida judicial contra decisão que deferir a liminar, podendo ser ela oferecida independentemente da resposta havida na ação de reintegração de posse;

c) a condição de possuidores de boa ou má-fé só é suscetível de análise quando da apreciação do mérito dos embargos de retenção.

3. A jurisprudência desta Corte orienta-se no sentido de que, nas ações possessórias, dada a sua natureza executiva (basta a expedição do mandado reintegratório), o direito à indenização e retenção por benfeitorias deve ser discutido na fase de conhecimento, sob pena de preclusão. É o que se deixou proclamado quando do julgamento dos REsps n. 14.138-0-MS, Relator Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira; 46.218-5-GO, Relator Ministro Nilson Naves; e 54.780-6-DF, Relator Ministro Carlos Alberto Menezes Direito.

Eis por que, já numa primeira e breve análise da questão posta, descabe a apresentação dos embargos de retenção por benfeitorias na hipótese de cumprimento de liminar deferida em ação de reintegração de posse. Aliás, a entender-se de modo contrário, liminar alguma nesse tipo de ação alcançaria efetividade, bastando que o possuidor invocasse a existência de benfeitorias por ele introduzidas no imóvel para obstá-la de plano.

O antecessor dos Embargantes, João Collevatti, foi citado para os termos da indigitada ação possessória e ali não ofereceu defesa, nem tampouco argüiu a existência de benfeitorias. Lembre-se que os ora recorridos nada mais são do que sucessores do referido João Collevatti e outros que se seguiram na ordem acima apontada. Ainda que ultrapassada a fase postulatória daquele feito, os ora recorridos não se acham impedidos de argüir a existência das benfeitorias em causa, pois a fase de conhecimento – segundo se noticia – ainda não se encerrou.

Por igual, não há empeco a que, através de via própria, postulem os seus direitos acerca das benfeitorias em questão.

De todo modo, os presentes embargos de retenção não se afiguram admissíveis realmente e por duas ordens de razões.

A primeira diz com a não-discussão, até o momento, acerca das benfeitorias no bojo da ação principal – a referida ação de reintegração de posse.

Depois, em data de 17.8.1998, foi cumprida a medida liminar contra os Embargantes, que assim desocuparam o imóvel (fl. 81), fato, aliás, pelos mesmos confirmado em contra-razões de recurso.

Vale dizer, a par de descabidos no caso os embargos de retenção em face da natureza da demanda e, bem assim, da medida judicial concedida **in limine litis**, perderam eles a sua razão de ser, eis que os Embargantes já foram desalojados da área.

4. Do quanto foi exposto, conheço do recurso pela alínea a do permissor constitucional e dou-lhe provimento, a fim de restabelecer a conclusão da decisão de 1<sup>a</sup> grau. Pelos Embargantes as custas processuais e os honorários de advogado da parte contrária, estes últimos arbitrados em R\$ 4.000,00 (quatro mil reais).

É como voto.

### VOTO

O Sr. Ministro Cesar Asfor Rocha: Sr. Presidente, acompanho o voto do eminente Ministro-Relator, em face dos precedentes que foram mencionados por S. Ex.<sup>a</sup>.

Conheço do recurso e dou-lhe provimento.

---

## RECURSO ESPECIAL N. 244.362 – RJ

(Registro n. 2000.0000085-0)

Relator: Ministro Cesar Asfor Rocha  
Recorrente: Gilberto Passos Gil Moreira  
Advogados: Carlos Mário da Silva Velloso Filho e outros  
Recorrida: Warner Chappell Edições Musicais Ltda  
Advogados: Fernando Neves da Silva e outros  
Sustentação oral: Luiz Eduardo Cavalcanti Corrêa (pelo recorrente) e Fernando Neves da Silva (pela recorrida)

**EMENTA:** Civil e Processual Civil – Direito Autoral – Co-autoria – Ação de extinção de cessão de direitos patrimoniais – Litisconsórcio facultativo-simples.

Cada parceiro de uma obra lítero-musical de múltipla autoria, cujos direitos patrimoniais foram por todos cedidos, mesmo que por um só instrumento contratual, pode pugnar em juízo, sozinho, pela rescisão desse contrato, apenas no que lhe disser respeito, sem que os outros co-autores tenham que, necessariamente, integrar a lide.

Uma sentença que eventualmente venha a dar por rescindido esse contrato, em uma ação proposta por apenas um dos parceiros, tem os seus efeitos adstringidos apenas à esfera dos direitos desse promovente, sem nada alcançar os direitos dos demais co-autores, não contendo o contrato, como no caso, nenhuma cláusula a dizer que qualquer questionamento tenha que ser feito em conjunto pelos co-autores.

É claro que podem os demais cedentes, parceiros musicais do aqui autor-recorrente, virem ao processo na defesa de direitos seus, mas em caráter facultativo e não obrigatório.

Os demais parceiros não são partes necessárias, senão apenas intervenientes ocasionais, que poderão ou não vir ao processo, para resguardo de interesse próprio.

Ausência de litisconsórcio necessário e também unitário.

Recurso conhecido e provido.

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do recurso e dar-lhe provimento. Os Srs. Ministros Ruy Rosado de Aguiar, Sálvio de Figueiredo Teixeira e Barros Monteiro votaram com o Sr. Ministro-Relator. Afirmou suspeição o Sr. Ministro Aldir Passarinho Junior.

Brasília-DF, 25 de setembro de 2001 (data do julgamento).

Ministro Cesar Asfor Rocha, Presidente e Relator.

---

Publicado no DJ de 4.2.2002.

### RELATÓRIO

O Sr. Ministro Cesar Asfor Rocha: Gilberto Passos Gil Moreira firmou com a Warner Chappel Edições Musicais Ltda, ora recorrida, um “contrato de cessão de direitos autorais” e, juntamente com outros artistas, parceiros do Autor em algumas obras musicais, celebrou com a mesma recorrida outros três contratos da mesma natureza.

Inconformado com a periodicidade do pagamento e da prestação de

contas dos direitos autorais, o Recorrente promoveu contra a Recorrida uma ação ordinária objetivando a “extinção dos vínculos contratuais existentes entre o Autor e a Ré decorrentes dos contratos de cessão de direitos autorais que celebraram, e por objetivo eventual, a revisão daqueles contratos”, afirmando ainda que “essas pretensões, por motivos óbvios, caso acolhidas, não poderão produzir qualquer efeito com relação aos vínculos havidos entre a Ré e outros artistas (parceiros do Autor em algumas obras musicais), também emergentes daquelas avenças” (fls. 2/3).

Contestado o feito, o MM. Juiz proferiu o seguinte despacho, no que interessa:

“2. Observo que nos contratos de fls. 12, 13 e 15, o Autor contou com a parceria de outros compositores. Assim, aquelas pessoas deverão integrar a lide no pólo ativo, porquanto se apresenta um litisconsórcio unitário.

3. Deverá então o Autor providenciar o ingresso na relação processual, daquelas pessoas como autores, no prazo de 15 dias – art. 47 do CPC” (fl. 62).

Em resposta (fls. 64/68), o Autor-recorrente afirmou que não havia entre ele e os seus parceiros nem litisconsórcio necessário nem unitário.

Mais uma vez, o MM. Juiz assim pronunciou-se:

“1. O Autor pretende a extinção de contratos de edição, ou então, a revisão judicial dos mesmos, para adequar-lhes ao equilíbrio econômico-financeiro essencial a todos os contratos onerosos.

2. Os contratos de fls. 12/15, foram celebrados com mais de uma parte, de um lado, e uma só parte do outro;

3. Não é possível cindir a relação jurídica existente entre elas (partes), a fim de examinar-se apenas as relações entre um dos contratantes, e a outra contratada;

4. É aí que ocorre o fenômeno processual do *litisconsórcio unitário*;

5. *Ou* o contrato prevalece entre *todos* os que nele intervieram, *ou* então, não prevalece com relação a *todos*.

6. Assim, em última oportunidade, assino ao Autor o prazo de 5 dias para promover a citação dos demais co-autores intelectuais para ingressarem no pólo ativo, sob pena de extinção do processo.” (fls. 81/82).

Em face da inércia do Autor, o MM. Juiz, em sólidos fundamentos, com base no que doutrina **Cândido Rangel Dinamarco**, entendendo que seria o caso de litisconsórcio necessário, extinguiu o processo sem julgamento do mérito, diante da ilegitimidade ativa do Autor, uma vez que não demonstrou nenhum interesse em convocar os parceiros de suas canções a integrarem a lide.

Dessa r. sentença, extraio a seguinte passagem:

“12. Como dimana da atenta compulsão dos autos, a presente lide tinha inicialmente, dois escopos precípuos, distintos e alternativos: a extinção dos contratos de cessão de direitos autorais, ou as suas rescisões para adequá-los à realidade econômico-financeira vigente:

13. Com efeito, obriga-se, na espécie vertente, a ausência nilizante de inconfundível litisconsórcio necessário unitário do pólo ativo, tratando-se, como efetivamente se trata, de pretensão a provimento de natureza constitutiva negativa, onde a indispensabilidade do julgamento uniforme no mérito, para todos os litisconsortes, se faz presente, pois não se conceberia na situação **sub judice**, por extrema incompatibilidade, a desconstituição ou a revisão dos contratos em exame, conducentemente às partes, ao lado de sua persistência, atinentemente aos demais contratantes.

14. Como ficaria, nesse caso, o Réu, diante da resolução do trato em relação ao Autor, mas de sua permanência em face dos outros partícipes, na hipótese de não coincidirem as vontades deste com as **res in iudicium deducta**?

15. Portanto, no brilhante ensinamento do insigne jurista **Cândido Rangel Dinamarco**: ‘Se se tratar de relação que não comporte provimento assim discrepante, como nos exemplos acima lembrados, então já se sabe previamente que será **inutiliter datus** o provimento que pretender cindi-la em apreciações isoladas e contraditórias, voltadas a cada um dos litisconsortes’ (Litisconsórcio, 2ª ed., p. 91).” (fls. 85/86).

A apelação foi improvida, consoante dá conta a seguinte ementa:

“Litisconsórcio necessário unitário e ativo. Ocorrência. Extinção do processo.

Ausente no processo a participação de litisconsorte ativo necessário, decreta-se a carência de ação por ilegitimidade ativa de partes,

extinguindo-se o processo, ante a impossibilidade de impor-se ao co-legitimado faltante o exercício conjunto da ação.

Necessária a conjunta legitimação ativa, é com a presença de todos que a parte ativa se legitima, e se não estão todos, o Autor não dispõe de meios hábeis a coagir os demais a integrarem a relação processual. Impossível ao juiz, de ofício ou a requerimento das partes, forçar a integração do faltante, extinguirá o processo sem julgamento do mérito.” (fl. 117).

Daí o recurso especial em exame com base na letra a do permissor constitucional por alegada violação ao art. 47 do Código de Processo Civil ao fundamento de que não haveria, no caso, litisconsórcio ativo necessário e unitário, recurso esse que, inadmitido na origem, teve o seu curso desembaraçado em face do provimento que dei ao agravo de instrumento.

É o relatório.

## VOTO

O Sr. Ministro Cesar Asfor Rocha (Relator): 1. Gilberto Passos Gil Moreira firmou com a Warner Chappel Edições Musicais Ltda, ora recorrida, um “contrato de cessão de direitos autorais” e, juntamente com outros artistas, parceiros do Autor em algumas obras musicais, celebrou com a mesma recorrida outros três contratos de idêntica natureza.

Inconformado com a periodicidade do pagamento e da prestação de contas dos direitos autorais, o Recorrente promoveu contra a Recorrida uma ação ordinária objetivando a “extinção dos vínculos contratuais existentes entre o Autor e a Ré decorrentes dos contratos de cessão de direitos autorais que celebraram, e por objetivo eventual, a revisão daqueles contratos”, afirmando ainda que “essas pretensões, por motivos óbvios, caso acolhidas, não poderão produzir qualquer efeito com relação aos vínculos havidos entre a Ré e outros artistas (parceiros do Autor em algumas obras musicais), também emergentes daquelas avenças” (fls. 2/3).

O MM. Juiz, em sólidos fundamentos, com base no que doutrina **Cândido Rangel Dinamarco**, entendendo que seria o caso de litisconsórcio necessário, extinguiu o processo sem julgamento do mérito, diante da ilegitimidade ativa do Autor, uma vez que ficou inerte em convocar os parceiros de suas canções, por sentença que foi confirmada pelo r. aresto hostilizado.

2. Discute-se, pois, aqui, se a hipótese é de litisconsórcio necessário e, em sendo, se a inércia do Autor-recorrente em providenciar a citação dos parceiros de suas canções, com ele também celebrantes de três dos quatro referidos contratos de cessão de direitos autorais, importaria, pela ausência desses na lide, em se ter por sua ilegitimidade ativa para a causa.

3. De início, devo registrar ser cediço que, quanto à *obrigatoriedade de sua formação*, o litisconsórcio pode ser *necessário* ou *facultativo*; e, quanto à *sorte no plano do direito material*, ele pode ser *unitário* ou *simples*, sendo referidos critérios conjugáveis.

Assim é que, conquanto em regra seja de se ter litisconsórcio *necessário-unitário* e litisconsórcio *facultativo-simples*, existem hipóteses de litisconsórcio *necessário-simples* e litisconsórcio *facultativo-unitário*, como didaticamente registram **Nélson Nery Junior** e **Rosa Maria Andrade Nery**, nos seguintes termos:

*“Facultativo-simples:*

Ação de funcionários públicos reivindicando determinada vantagem. É de formação facultativa, pois seus eventuais direitos derivam do mesmo fundamento jurídico (CPC, 46, II), mas o juiz pode reconhecer que alguns têm o direito alegado e que outros não o têm.

*Facultativo-unitário:*

Ação reivindicatória ajuizada por apenas um condômino. É de formação facultativa, pois a lei (CC, 623, II) permite que apenas um condômino reivindique a coisa por inteiro de quem injustamente a possua, mas a lide tem de ser decidida de maneira uniforme para todos os condôminos, pois deve o juiz reconhecer ou não o domínio de todos sobre o imóvel.

*Necessário-simples:*

Ação de usucapião. É de formação obrigatória por lei (CPC, 942, II), mas o juiz pode decidir de maneira diferente para o proprietário e para cada um dos confinantes.

*Necessário-unitário:*

Ação de anulação de casamento ajuizada pelo Ministério Público. É de formação obrigatória pela natureza da relação jurídica que está sendo contestada em juízo e não pode ser cindida, mas o juiz tem de decidi-la de maneira uniforme para os litisconsortes, pois não pode anular o casamento para o marido e declará-lo válido para a mulher.” (CPC Comentado, 3ª ed., RT, p. 328).

4. Ao proferir voto, como relator, no REsp n. 178.612-PE, socorri-me de judiciosas colocações postas pelo reconhecido processualista **Cândido Rangel Dinamarco**, em laborioso parecer de sua lavra que fora levado àquele feito.

Valho-me, aqui, daquelas suas preciosas lições, o que faço numa versão mais livre, sem em nada delas me distanciar, contudo, no que há de essencial.

Observa o aplaudido Professor ser hoje de comum sabença entre os profissionais do foro brasileiro que a necessidade do litisconsórcio ou resulta de específico comando legal ou constitui imperiosa consequência da natureza da relação jurídica posta em litígio.

O **caput** do art. 47 do Código de Processo Civil, cuja má redação não é nada clara, tem sido duramente criticado pela doutrina, como se contivesse a errônea afirmação de que o litisconsórcio unitário constitui mera subespécie do necessário.

Esse maltratado art. 47, não obstante mal redigido, tem o sentido de ligar a necessidade do litisconsórcio àquelas duas fontes ditas acima, a saber: a) uma específica determinação legal; ou, b) a natureza da relação controvertida.

Ao dizer que “há litisconsórcio necessário, quando ... o juiz tiver de decidir a lide de modo uniforme para todas as partes”, ele não está misturando necessidade e unitariedade, como poderia à primeira vista parecer, mas apenas estabelecendo a possibilidade de convivência, dependendo do caso, do litisconsórcio necessário com a unitariedade do litisconsórcio.

É preciso, com efeito, compreender a diferença entre necessidade do litisconsórcio e sua unitariedade. Necessário é o litisconsórcio quando não se puder dispensar ou excluir do processo nenhum dos co-legitimados; já quando estes tiverem que receber o mesmo tratamento e a mesma decisão, o litisconsórcio será unitário.

O que interliga os dois fenômenos, a fazer que o litisconsórcio seja ao mesmo tempo necessário e unitário é uma *causa comum*, identificada na *incidinbilidade* da relação jurídica posta em juízo, uma vez que, em certos casos, não será bastante exigir apenas que o julgamento seja homogêneo e coerente no atinente aos co-litigantes, mas, também, que a causa seja processada com a presença de todos eles.

No clássico exemplo da anulação de casamento promovida por terceiro

contra os cônjuges (CC, art. 208), em que se verifica o litisconsórcio necessário-unitário, ter-se-ia o igual absurdo de deixar um deles no estado de casado com o risco de levar só o outro de volta ao de solteiro, tanto se fossem permitidos julgamentos discrepantes (quebra da unitariedade do litisconsórcio), como se se admitisse a legitimidade individual de algum deles (litisconsórcio facultativo).

Quando o julgamento do objeto do processo atingir inequivocamente alguma relação jurídica plurisubjetiva que não comporte cisão ou divisão, não só os co-legitimados deverão receber o mesmo tratamento e decisão (litisconsórcio unitário), como ainda nenhum deles poderá ser dispensado ou excluído do processo (litisconsórcio necessário). Tal é a regra normal, embora admita-se a existência de casos excepcionais decorrentes de outras razões mais fortes, que aqui não importa considerar.

Tem-se por certo, então, que a *incindibilidade* da relação jurídica posta em juízo como alvo da decisão postulada constitui ordinariamente fundamento para excluir a legitimidade **ad causam** isolada, ou individual, dos seus sujeitos. E não existindo determinação específica da lei pela necessidade do litisconsórcio em determinado caso, ela só terá lugar se for *incindível* a relação jurídica posta em causa, ou seja, se as situações de dois ou mais sujeitos precisarem ser tratadas de modo uniforme.

4. No caso em exame, verifica-se que, pelo contrato que demora às fls. 14/14v., o Autor-recorrente cedeu à Ré-recorrida, sozinho, uma obra fruto de seu exclusivo talento criador.

Evidentemente, que, pelos menos no atinente a esse contrato, tem ele legitimidade para postular sozinho o que busca neste processo. Aliás, mais que isso, tem ele exclusiva legitimidade.

Por outro lado, o Autor afirmou na inicial que esta ação teria, *por objetivo eventual, a revisão daqueles contratos*, apenas para modificar a periodicidade dos pagamentos dos seus direitos autorais.

Ora, sem maiores reflexões pode-se inferir que a eventual modificação da periodicidade do pagamento dos direitos autorais a que faz jus o Autor-recorrente, se porventura vier a ser acolhida apenas essa sua eventual pretensão, conviveria perfeitamente com a manutenção da periodicidade dos pagamentos nos contratos de cessão conjunta que demoram às fls. 12/12v., 13/13v. e 15/15v., relativamente às cessões feitas pelos demais cedentes, parceiros do Autor-recorrente.

Verifica-se, assim, que, pelo menos quanto ao contrato de fls. 14/14v.,

bem como o referente ao pedido eventual de alteração apenas quanto à periodicidade dos pagamentos dos direitos autorais, o Autor-recorrente tem inquestionável legitimidade para postular sozinho o que posto na inicial.

Assim, no mínimo quanto a isso, as respeitáveis decisões das instâncias ordinárias merecem ser reformadas.

5. Pelas considerações acima expostas e como lembrado pelo ilustre Professor **Cândido Rangel Dinamarco**, percebe-se que, sem embargo da redação do art. 47 do Código de Processo Civil poder apressadamente conduzir à interpretação de que todo litisconsórcio necessário seria unitário e vice-versa, doutrina e jurisprudência, como visto, se incumbiram de traçar as linhas distintivas entre eles, entendimento que é prestigiado, aliás, pelo eminente Ministro **Sálvio de Figueiredo Teixeira** quando afirma, em sede doutrinária, que “não prima o dispositivo pela técnica, uma vez que nem todo litisconsórcio unitário é necessário, e vice-versa.” (in Código de Processo Civil Anotado, 6ª ed., Saraiva, art. 47).

6. Posto isso, aprecio agora se o v. acórdão hostilizado deve ser reformado também quanto ao pedido principal referente aos contratos atinentes às obras feitas em parceria, vale dizer, quanto à postulação de “extinção dos vínculos contratuais existentes entre o Autor e a Ré decorrentes dos contratos de cessão de direitos autorais que celebraram”.

Observo de logo que não foi invocado nenhum específico dispositivo de lei que pudesse dar base a se ter o litisconsórcio como necessário, neste caso, por isso mesmo é que somente pela via da incindibilidade das situações jurídicas dos cedentes é que se poderá chegar a ele.

Não resta dúvida que nos três cogitados contratos o Autor-recorrente e seus parceiros de criação cederam, conjuntamente, seus direitos patrimoniais à Recorrida, decorrentes das obras cogitadas.

Há, assim, indiscutivelmente, entre eles uma comunhão de interesses, de direitos e de obrigações provindos de um mesmo fato comum, qual seja, serem senhores de uma obra de múltipla autoria, cujos direitos patrimoniais foram conjuntamente cedidos para a Recorrida.

É preciso saber, contudo e em um primeiro momento, se disso decorre que o recorrente, na condição de co-autor, poderia mesmo pugnar judicialmente sozinho pela extinção dessa cessão sem que os outros tivessem que ser, necessariamente, pelo menos instados a integrarem a lide.

Como observado pelo Recorrente, se duas pessoas elaboram, em co-autoria, uma composição lítero-musical, detendo cada qual, por exemplo,

cinquenta por cento dos direitos patrimoniais que forem gerados com a sua exploração comercial, a sua edição pode ser feita: a) pelos próprios compositores, de comum acordo; b) por um só compositor com a editora para a qual o outro co-autor tenha eventualmente cedido a sua parte (50%) dos direitos patrimoniais da obra; c) por uma só editora para a qual ambos os co-autores tenham cedido os seus respectivos direitos patrimoniais sobre a obra; e, d) por duas editoras distintas, na hipótese de cada co-autor ter cedido os seus respectivos direitos patrimoniais a editoras diversas.

No caso, todos os co-autores cederam os seus direitos patrimoniais a uma só editora.

Isso não significa dizer, contudo, que, só por isso, seja incindível a relação jurídica de que se trata, decorrente do contrato de cessão, uma vez que cada co-autor mantém o comando individual sobre a defesa do seu respectivo direito cedido.

Com efeito, um parceiro pode continuar tendo interesse na manutenção do contrato de cessão tal como foi celebrado e vem sendo executado, enquanto que, para o outro, essa continuidade pode já não mais ser conveniente.

Por isso é que um pode, sozinho, propor a ação de extinção ou de revisão do contrato, sem afetar o direito do outro.

Mais que isso, uma eventual sentença que venha a dar por rescindido o contrato, em uma ação proposta por apenas um dos parceiros, tem os seus efeitos adstringidos apenas à esfera dos direitos desse parceiro promovente, sem nada alcançar os direitos dos demais co-autores da obra cujos efeitos patrimoniais foram cedidos.

Tanto é assim que um dos co-autores poderia firmar contrato de cessão de direitos patrimoniais para uma editora e o outro co-autor poderia celebrar contrato de idêntico teor com outra editora, hipótese em que cada um poderia, isoladamente, rescindir esse contrato.

Se é assim, e assim é, o mesmo se dá quando os dois cedem tais direitos para uma só editora, ainda que pela via de um mesmo instrumento contratual. Essa circunstância – de a cessão ter sido feita para uma só editora e através de um mesmo instrumento contratual – impressiona, mas não muda a natureza das coisas, valer dizer, cada qual deve ser tratado isoladamente, com absoluta independência de um com relação ao outro, salvo se o contrato contiver alguma cláusula a dizer que qualquer questionamento tenha que ser feito em conjunto, o que nunca foi questionado na espécie em tablado.

Daí que, ainda que os demais cedentes, parceiros musicais do aqui Autor-recorrente, tivessem a condição de litisconsortes na ação de que aqui

se cogita, seriam eles meramente facultativos e não necessários, independentemente do resultado da ação no plano do direito material ser unitário ou simples.

É claro que podem os demais cedentes, parceiros musicais do aqui autor-recorrente, virem ao processo na defesa de direitos seus, mas em caráter *facultativo* e não obrigatório.

Não são partes necessárias, senão apenas intervenientes ocasionais, que poderão ou não vir ao processo, para resguardo de interesse próprio.

Concluo, assim, que não há na espécie, nem litisconsórcio necessário nem também unitário.

É que, como visto, a relação jurídica plurisubjetiva a ser atingida quando do julgamento do objeto do processo comporta cisão ou divisão, pois o aqui recorrente pode até ficar liberado, por sentença, da força vinculante dos contratos que firmou, sem que os efeitos dessa eventual sentença repercutam nos outros demais celebrantes daqueles contratos.

7. Diante de tais pressupostos, conheço do recurso e dou-lhe provimento, anulando as respeitáveis decisões das instâncias ordinárias, anulando o processo a partir do despacho de fl. 81, inclusive, determinando a remessa do processo ao MM. Juízo de origem para que prossiga no andamento do feito, como achar de direito.

## VOTO-MÉRITO

O Sr. Ministro Ruy Rosado de Aguiar (Presidente): Srs. Ministros, o processo tem algumas peculiaridades. A primeira delas diz com a qualidade com que foi conduzida a defesa dos interesses das partes, o que se pode observar da sustentação agora produzida e dos trabalhos escritos, como se recolhe do relatório e do voto do eminente Ministro Cesar Asfor Rocha. Em segundo lugar, quero dizer que, naquele primeiro julgamento referido nos Autos, o de n. 88.079, tive certa dificuldade em aceitar a tese de que não se caracterizava litisconsórcio necessário em situações como essas, preso à idéia de que se tratava de relação de direito indivisível. Hoje, porém, estou convencido (o que também me auxiliou naquele julgamento em que acompanhei o eminente Ministro Sálvio de Figueiredo) de que a criação intelectual conjunta por dois compositores é realmente indivisível, de sorte que não se poderia definir o que seja de um ou de outro, ou separar um do outro. Do ponto de vista jurídico e econômico, porém, não há essa indivisibilidade; cada um pode dispor do seu direito, de modo autônomo,

em relação à obra criada, cada qual cedendo por um preço e sob certas condições os seus direitos, e o outro não cedendo ou cedendo para outros em outras condições; alguns podem doar, outros podem cobrar; alguns podem estar satisfeitos com o modo de pagamento, outros não, etc. Essas relações jurídicas sobre a cessão do direito do autor não se caracterizam pela indivisibilidade. Como o eminente Ministro Cesar Asfor Rocha demonstrou, com apoio nas doutrinas citadas de **Nelson Nery** e de **Cândido Dinamarco**, esse litisconsórcio necessário unitário se dá ou em razão da lei ou por causa da natureza da relação; como não é hipótese prevista em lei, deveríamos nos restringir à natureza da relação; e como acredito que a indivisibilidade do ponto de vista jurídico e econômico não existe, era possível a propositura da ação quanto à cessão do direito por um dos co-autores ou compositores e não pelo outro, sem necessidade de chamá-los a juízo.

O tema da preclusão, na verdade, foi apreciado na sentença. Em sendo assim, caberia o recurso de apelação sobre a fundamentação e a decisão ali tomada.

Daí porque também acompanho o voto do eminente Ministro-Relator.

Conheço do recurso e dou-lhe provimento.

### DECLARAÇÃO DE SUSPEIÇÃO VOTO

O Sr. Ministro Aldir Passarinho Junior: Sr. Presidente, pedi vista dos autos, mas verifiquei que há minha suspeição neste caso, nos termos do art. 135, parágrafo único, do CPC.

Afirmo suspeição, pois, e restituo os autos à Turma, para a continuidade do julgamento, sem meu voto, pelo motivo já assinalado.

---

---

### RECURSO ESPECIAL N. 264.083 – RS

(Registro n. 2000.0061493-9)

Relator: Ministro Ruy Rosado de Aguiar

Recorrente: Banco do Brasil S/A

Advogados: Pedro Afonso Bezerra de Oliveira e outros

Recorridos: Ledevir Bristot e outros

Advogado: Airto Luiz Ferrari

**EMENTA:** Código de Defesa do Consumidor – Prova – Juntada – Documentos.

O Juiz pode ordenar ao banco-réu a juntada de cópia de contrato e de extrato bancário, atendendo aos princípios da inversão do ônus da prova e da facilitação da defesa do direito do consumidor em juízo. Art. 6º, VIII, do CDC. Art. 381 do CPC.

Exclusão da multa do art. 538 do CPC.

Recurso conhecido em parte e provido.

### ACÓRDÃO

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

Brasília-DF, 29 de maio de 2001 (data do julgamento).

Ministro Ruy Rosado de Aguiar, Presidente e Relator.

---

Publicado no DJ de 20.8.2001.

### RELATÓRIO

O Sr. Ministro Ruy Rosado de Aguiar: Ledevir Bristot e Levino Bristot e s/m ajuizaram ação revisional de contratos de abertura de crédito, com pedido liminar, contra o Banco do Brasil S/A, alegando que o primeiro autor, na condição de titular de conta-corrente, efetuou diversas operações com o demandado, representadas por sucessivos contratos dependentes e vinculados aos antecedentes. Em preliminar, requerem seja ordenado ao Banco abster-se de efetuar o registro de seus nomes no cadastro de inadimplentes (SPC, Serasa, Cadin e outros), bem como de levar a protesto quaisquer títulos derivados da conta-corrente, de cujo contrato pretendem a revisão. No

mérito, alegam onerosidade dos encargos, com juros abusivos, correção inadequada, anatocismo e incidência de comissão de permanência. Por fim, que seja o demandado compelido a juntar os extratos da conta e respectivos contratos, a fim de que suas cláusulas, após examinadas, sejam declaradas nulas, por ilegais, arbitrárias e abusivas.

O douto magistrado acolheu a preliminar de inépcia da inicial e declarou extinto o processo sem julgamento do mérito, na forma do art. 267, I, do CPC, por ausência de clareza. Diz que, com argumentos genéricos, os Autores pedem a revisão de todos os contratos de abertura de crédito, sem identificá-los e sem trazerem quaisquer documentos a comprovar o quanto alegado.

Os Autores apelaram, e a egrégia Segunda Câmara Cível do Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul deu provimento ao recurso, para cassar a sentença, em acórdão com a seguinte ementa:

“Ação revisional de contrato. Aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor.

Em se tratando de relação de consumo, aplicável é o CDC nos contratos bancários. Inversão do ônus da prova, com a determinação de juntada dos contratos pactuados pelas partes, desconstituindo-se a sentença fundamentada no fato do demandado não ter se desincumbido de demonstrar com clareza quais contratos que pretende revisar. Perícia despicienda, na fase cognitiva, podendo-se chegar ao **quantum** devido por mero cálculo aritmético, quando da liquidação. Apelo provido” (fl. 234).

Opostos embargos de declaração, foram os mesmos rejeitados, além de considerados protelatórios pelo Tribunal **a quo**, que condenou o Banco à multa de um por cento sobre o valor da causa.

Irresignado, interpôs o Banco recurso especial com fundamento nas alíneas **a** e **c** do inciso III do art. 105 da Carta Magna, alegando ofensa aos arts. 282, 283, 284, 286, 333, I; 356, I; 396, 458, 535, 844 e 845 do CPC, e 6ª, VIII, do CDC, bem como dissídio jurisprudencial. Sustenta o Recorrente, preliminarmente, nulidade do v. acórdão recorrido, uma vez que se omitiu no exame das questões propostas e está desprovido de fundamentação no que se refere à apontada violação à legislação federal, em afronta aos arts. 458 e 535 do CPC. Argumenta, colacionando decisões que embasam sua irresignação, que descabida é a multa imposta pelo Tribunal **a quo**, ao

considerar os embargos meramente protelatórios, pois manifestado como instrumento essencial e obrigatório para a defesa de seus interesses no processo. No mérito, insurge-se contra a inversão do ônus da prova, alegando que a operação de crédito não representa relação de consumo. Diz incidirem os dispositivos da Lei Processual Civil que tratam dos requisitos da petição inicial e do ônus da prova e que atribuem à parte-autora a exibição dos documentos (contratos e extratos da movimentação da conta) necessários à prova da alegada cobrança excessiva, e não ao ora recorrente, como imposto pela douta Câmara, pois, para os fins pretendidos, existe procedimento próprio e preparatório para exibição de documentos. Afirma que os Recorridos ajuizaram ação ordinária revisional, embutindo nesta pedidos que por sua natureza têm caráter cautelar, em evidente cumulação de ações de ritos incompatíveis, gerando prejuízo à defesa do Recorrente. Cita precedentes em apoio a sua tese.

Com as contra-razões, o Tribunal de origem inadmitiu o recurso especial, subindo os autos por força de provimento do regimental interpostos contra a negativa de provimento do Agravo de Instrumento n. 249.560-RS (autos apensos), cuja decisão tem o seguinte teor: “Atendendo à fundamentação exposta pelo ora agravante, reconsidero a decisão anterior e determino o processamento do recurso especial. Solicitar os autos” (fl. 356 do apenso).

É o relatório.

## VOTO

O Sr. Ministro Ruy Rosado de Aguiar (Relator): Para decidir sobre a necessidade de anular a sentença que extinguiu o processo por inépcia da petição inicial (art. 267, I, do CPC), a egrégia Câmara poderia ter examinado apenas a regra que determina a inversão do ônus da prova, pois tanto bastava para julgar suficiente o pedido do Autor, assim como formulado, ainda que desacompanhado da cópia dos contratos e dos extratos bancários. Por isso, não encontro carência de fundamentos nem omissão no julgamento recorrido e renovo as razões expendidas quando do julgamento do agravo de instrumento:

“Na apreciação dos embargos declaratórios, basta ao julgador indicar os fundamentos que sejam pertinentes à controvérsia, não sendo de rigor que examine todas as alegações formuladas pelas partes. Ademais, a não-aplicação das normas invocadas ou a não-menção a todos

os argumentos suscitados pelas partes não implica omissão do julgador quando resolvidas as questões postas em juízo. O v. acórdão recorrido não padece de ausência ou insuficiência de fundamentação, porquanto possui os elementos motivadores da sua convicção” (fl. 346).

Definido neste Tribunal que o CDC se aplica às relações contratuais bancárias, tem inteira incidência no caso, o que já há muito tempo foi decidido nesta Quarta Turma:

“Prova. Código de Defesa do Consumidor. Inversão do ônus da prova. Contrato bancário. Pode o juiz determinar que o réu apresente a cópia do contrato que o autor pretende revisar em juízo. Aplicação do disposto no artigo 3º, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor. Arts. 396 e 283 do CPC.” (Ag n. 49.124-2-RS, Quarta Turma, de minha relatoria, DJ de 31.10.1994).

Atendendo à particularidade da relação de consumo, é legal a ordem judicial para que o Réu traga aos autos cópia de documento que ele necessariamente deve manter arquivado (muitas vezes sequer é enviado ao outro contratante). Nessa mesma perspectiva, não há razão para anular o processo por falta de prévio procedimento de exibição de documento, sabendo-se que disso não decorre qualquer prejuízo à instrução do feito ou à defesa da contraparte, vez que haverá apenas a juntada da documentação já do pleno conhecimento do Réu e por ele mesmo elaborada, sem possibilidade de qualquer surpresa.

É certo que o CPC prevê procedimento cautelar para a exibição de documento (art. 844), mas nem por amor ao rigorismo formal pode-se esquecer que o mesmo CPC autoriza o juiz a ordenar, no curso do processo, a exibição de documentos, quando e como a lei determinar (art. 381, III). Ora, regra do CDC permite a inversão do ônus da prova e garante como um direito básico do consumidor a “facilitação da defesa dos seus direitos” (art. 6º, VIII). Essa é uma hipótese em que se deve facilitar o ajuizamento da ação pelo consumidor, que vem expor ao juiz a sua pretensão e lhe pede que ordene a juntada da documentação elaborada e arquivada pelo réu.

A divergência não ficou caracterizada, pois o Ag n. 196.058.051 é do mesmo Tribunal e os demais precedentes não versaram sobre ação proposta com base no CDC.

Tem razão o Banco, porém, quando reclama da imposição de multa

pelo art. 538 do CPC, uma vez que os seus embargos foram opostos para o fim de explicitação a respeito dos dispositivos legais que citou. Apesar de rejeitados, não constituíram exercício abusivo do recurso para fins contrários à lei.

O julgamento demorou porque o processo foi retirado de pauta até o julgamento da Seção de Direito Privado sobre a aplicação do CDC aos contratos bancários.

Posto isso, conheço em parte e dou provimento, para excluir a multa do art. 538 do CPC.

É o voto.

---

---

## RECURSO ESPECIAL N. 282.740 – SP

(Registro n. 2000.0105423-6)

Relator: Ministro Cesar Asfor Rocha  
Recorrentes: Costa Pires Construções Ltda e outros  
Advogados: Luiz Lopes e outros  
Recorrentes: Alfredo Francisco de Moraes e outros  
Advogados: Edwilson Alexandre Loureiro e outros  
Recorridos: Maria Helena de Oliveira Fortuna e outros  
Advogados: Luiz Simões Polaco Filho e outro

**EMENTA:** Civil e Processual Civil – Terreno pago com unidades do edifício a ser construído – Vendas de demais unidades a terceiros – Rescisão do contrato de venda do terreno – Nova venda do terreno com benfeitorias do edifício já iniciado – Indenização aos ex-titulares – Nulidade dos atos de alienação anteriores à indenização.

– Violação aos arts. 128 e 535 do CPC não configurada. Todas as questões postas para apreciação e julgamento da apelação foram devidamente analisadas pelo acórdão hostilizado, não havendo omissão, contradição ou obscuridade.

– O proprietário de terreno que o aliena a terceiro, dele recebendo em pagamento futuros apartamentos decorrentes de edificação a ser erigida no local, cujo contrato de compra e venda foi rescindido

por transação, é responsável pelo ressarcimento de tudo quanto foi pago pelos compradores de outros apartamentos vendidos por aquele terceiro quando o primitivo negócio ainda estava vigente.

– Serão nulos todos os atos de alienação praticados posteriormente à retomada do terreno, desde que os primitivos adquirentes das unidades em construção fizeram constar no registro imobiliário próprio a promessa de compra e venda.

– Caso não tenham disso cuidado – que é a hipótese dos autos –, as alienações posteriores são meramente ineficazes, com relação àquelas unidades, até o pagamento da indenização aos primitivos adquirentes.

– O valor da indenização, de que trata o § 2º do art. 40 da Lei n. 4.591/1964, a ser paga pelo primitivo proprietário do terreno ao ex-titular da unidade anteriormente adquirida deve ter como base de cálculo, na sua aferição, o que efetivamente valer referida unidade no momento do pagamento da indenização, proporcional ao estágio da construção quando foi paralisada, por ter sido desconstituído o primitivo negócio, incluído aí o valor da fração ideal do terreno.

– Alegação de existência de cláusula exoneratória da responsabilidade dos alienantes do terreno. Incidência das Súmulas n. 5 e 7-STJ. Ainda que assim não fosse, isto é, mesmo que existisse tal cláusula, ela vincularia apenas as partes que a tivessem estabelecido.

– Recursos especiais parcialmente conhecidos e, nessa parte, providos.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer em parte de ambos os recursos e, nessa parte, dar-lhes provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Ruy Rosado de Aguiar, Aldir Passarinho Junior, Sálvio de Figueiredo Teixeira e Barros Monteiro.

Brasília-DF, 13 de novembro de 2001 (data do julgamento).

Ministro Cesar Asfor Rocha, Presidente e Relator.

## RELATÓRIO

O Sr. Ministro Cesar Asfor Rocha: Alfredo Francisco de Moraes e cônjuge e Dailton Francisco de Moraes e cônjuge, ora segundos recorrentes, alienaram fração ideal de terrenos unificados à empresa Construmar – Construtora e Incorporadora Ltda, recebendo em pagamento futuros apartamentos decorrentes de edifício a ser erigido no local.

Maria Helena de Oliveira Fortuna e outros, ora recorridos, por compromisso direto com a Construmar e cessão de compromisso, adquiriram, mediante pagamento à vista, os apartamentos 23 e 52 do edifício que estava sendo construído em referido terreno.

Só que o empreendimento não foi avante e, em ação de rescisão contratual, os Moraes e a Construmar, por transação, desfizerem o negócio que haviam realizado, retornando àqueles não só o terreno, mas a obra ali existente (edifício em fase de acabamento).

Após o desfazimento do primitivo negócio, os Moraes venderam tudo à Sahade Construções e Incorporações Ltda, que, por sua vez, passou o empreendimento à Costa Pires Construções Ltda, ora primeira recorrente.

A Costa Pires Construções Ltda, por fim, alienou o apartamento 23 a Antônio Lavandeira e sua mulher.

Inconformados, Maria Helena de Oliveira Fortuna e outros, ora recorridos, ajuizaram uma ação de conhecimento contra Sahade Construções e Incorporações Ltda, Antônio Lavandeira e cônjuge e os ora recorrentes Costa Pires Construções Ltda, Alfredo Francisco de Moraes e cônjuge e Dailton Francisco de Moraes e cônjuge, visando à declaração de nulidade dos atos jurídicos consistentes nas alienações de direitos sobre as duas unidades referidas (apartamentos n. 23 e 52) do mencionado edifício, ocorridas após a transação judicial que levou ao desfazimento do compromisso de compra e venda de terreno destinado à construção do edifício, bem como a emissão substitutiva de declaração de vontade de transmissão dos bens ou a indenização por perdas e danos correspondente ao que pagaram pelos imóveis prometidos à venda.

A r. sentença de fls. 208/217 julgou parcialmente procedente o pedido nos seguintes termos:

“Pelo exposto, julgo parcialmente procedente esta ação e, declarando a nulidade das alienações que abrangeram as unidade 52 e 23

do edifício ‘Ilhas de Taipa’, condeno os réus Alfredo Francisco de Moraes, Dailton Francisco de Moraes e s/m Maria Lúcia Azevedo Moraes e Jacelina Lúcia Pimentel de Moraes a pagarem aos Autores o valor adicionado à construção, e respectiva fração ideal de terreno, até a data da rescisão contratual levada a efeito pela homologação da transação de fls. 67/68, o qual será apurado em liquidação de sentença, devidamente corrigido e acrescido de juros de mora a partir da citação, tudo até o pagamento.

As custas e despesas serão suportadas na proporção de 25% para os Autores e 75% para os Réus. No tocante aos honorários, devem ser pagos pelos réus ‘Moraes’ na ordem de 10% sobre o valor da condenação, cuja redução compensa a parcial sucumbência dos Autores. Quanto aos demais, opera-se a compensação pela sucumbência recíproca, porquanto o pedido condenatório não foi acolhido em relação aos Réus-adquirentes.

Com o trânsito em julgado, expeça-se mandado ao Cartório de Registro de Imóveis.” (fls. 211/216).

Rejeitados os declaratórios, a egrégia Quinta Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo negou provimento às apelações, em acórdão resumido na seguinte ementa, **verbis**:

“Ementa: Ação de nulidade, com pedido de emissão de declaração de vontade ou indenização. Adquirentes de unidades imobiliárias, cujo terreno retornou aos alienantes primitivos, acrescido da obra inacabada. Responsabilidade dos últimos restrita às unidades comprometidas aos Autores. Nulidade de transmissões posteriores ao retorno que se decreta, dados os termos da lei. Valor indenitário bem fixado pelo juízo. Sentença de procedência parcial mantida. Recursos improvidos, com observação.” (fl. 326).

No r. aresto hostilizado, fez-se a observação de que a responsabilidade dos Réus estaria restrita às duas unidades residenciais acima cogitadas, nos seguintes termos:

“E a responsabilidade dos Moraes, na espécie, é manifesta e exclusiva, seja porque eles os alienantes a que alude o § 2º, seja porque, resultando nulas, agora, as transferências que propiciaram, passam a titulares das unidades e frações ideais garantes do crédito dos Autores.

Essa responsabilidade, todavia, fica mesmo restrita a tais bens, com exclusão de qualquer outro, dado o teor do já citado § 4º, com previsão clara de que somente a unidade e a fração ideal poderão garantir o pagamento do que devido aos ex-titulares.

Fica essa ressalva a título de observação, dê-se que, no particular, não se afigura suficientemente claro o julgado recorrido, embora, por seu conteúdo, deduz-se estar ele assim definindo a pendência.”

Desprovidos os aclaratórios, advieram os recursos especiais.

O primeiro, interposto pela Costa Pires Construções Ltda, com fundamento na alínea **a** do permissivo constitucional, sob alegação de contrariedade ao disposto no art. 40, § 3º, da Lei n. 4.591/1964, pois o referido dispositivo cometeria a impropriedade de falar em nulidade dos atos de alienação, quando na verdade se trataria de mera ineficácia, não havendo motivo para a constrição dos bens, já que os negócios subsequentes valeriam por si mesmos, sem a necessidade de que fossem repetidos após a efetiva indenização por perdas e danos.

Por sua vez, Alfredo Francisco de Moraes, Dailton Francisco de Moraes e as respectivas mulheres interpuseram sua irresignação com fundamento na alínea **a** do permissor, alegando ter o v. acórdão contrariado o disposto: nos arts. 128 e 535, II, do Código de Processo Civil, eis que se recusou “o douto Órgão julgador a abordar a questão federal pertinente”; também teria violado os arts. 677 do Código Civil, e 40, §§ 3º e 4º, da Lei n. 4.591/1964, pois não poderiam ser responsabilizados pela indenização pleiteada, mas, sim, a empresa incorporadora, na medida em que não havia qualquer direito real sobre as unidades, que sequer existiam, face à falta de registro da incorporação, o que impediria a alienação por parte dos Réus. Aduzem, ainda, que seria apenas ineficaz a alienação, bem como que haveria cláusula contratual excluindo a responsabilidade dos proprietários do terreno com relação à incorporação e aos eventuais adquirentes.

Respondidos, os recursos foram inadmitidos na origem.

Dei provimento aos agravos de instrumento especiais, para melhor exame da controvérsia.

Processo sob o beneplácito da Lei n. 10.173/2001, regulamentada, no âmbito desta Corte, pela Resolução de n. 6/2001.

É o relatório.

## VOTO

O Sr. Ministro Cesar Asfor Rocha (Relator): 1. Insurge-se a Costa Pires Construções Ltda, ora primeira recorrente, quanto à declaração de nulidade das alienações que abrangeram as unidades 52 e 23 do edifício “Ilhas de Taipa”, sob a alegação de que, na verdade, se trataria de mera ineficácia dos atos, não havendo motivo para a constrição dos bens, já que os negócios subseqüentes valeriam por si mesmos, sem a necessidade de serem repetidos, após o pagamento da indenização por perdas e danos.

Por sua vez, os segundos recorrentes, Alfredo Francisco de Moraes, Dailton Francisco de Moraes e cônjuges irresignaram-se contra a alegada omissão do v. acórdão da apelação, que não teria sido suprida no julgamento dos declaratórios, bem como contra a sua responsabilidade pelo pagamento da indenização, que deveria recair sobre a empresa incorporadora, na medida em que não havia qualquer direito real sobre as unidades, que sequer existiam, face à falta de registro da incorporação, o que impediria a sua alienação.

Aduzem, ainda, que a alienação não seria nula, mas apenas ineficaz, bem como que haveria cláusula contratual excluindo a sua responsabilidade como proprietários do terreno com relação à incorporação e aos eventuais adquirentes.

Os recursos merecem apreciação conjunta.

2. Prefacialmente, anoto que a afirmada afronta aos arts. 128 e 535 do CPC não pode prosperar porquanto todas as questões postas para julgamento na apelação foram devidamente analisadas pelo v. acórdão hostilizado, não havendo omissão, contradição ou obscuridade a ser sanada, revestindo-se os embargos de declaração opostos na origem de caráter assumidamente prequestionador, além de trazerem embutida nítida pretensão de modificar o julgamento da apelação.

Os Recorrentes sequer mencionaram adequadamente qual a efetiva omissão porventura perpetrada pelo aresto hostilizado, sendo certo que a só rejeição dos embargos não caracteriza a violação pretendida.

Desacolho o recurso, nesse ponto.

3. Quanto ao exame da matéria de fundo, referem-se ambos os recorrentes ao art. 40 da Lei n. 4.591/1964, no qual se lastreou o pedido exordial, e que traz a seguinte redação, **verbis**:

“Art. 40. No caso de *rescisão de contrato de alienação de terreno* ou de fração ideal, ficarão rescindidas as cessões ou promessas de cessão de direitos correspondentes à aquisição do terreno.

§ 1º. Nesta hipótese, *consolidar-se-á, no alienante em cujo favor se opera a resolução, o direito sobre a construção* porventura existente.

§ 2º. No caso do parágrafo anterior, *cada um dos ex-titulares de direito à aquisição de unidades autônomas* haverá do mencionado alienante o valor da parcela de construção que haja adicionado à unidade, salvo se a rescisão houver sido causada pelo ex-titular.

§ 3º. Na hipótese dos parágrafos anteriores, sob pena de nulidade, *não poderá o alienante em cujo favor se operou a resolução voltar a negociar seus direitos sobre a unidade autônoma, sem a prévia indenização aos titulares*, de que trata o § 2º.

§ 4º. No caso do parágrafo anterior, se os ex-titulares tiverem de recorrer à cobrança judicial do que lhes for devido, somente poderão garantir o seu pagamento a unidade e respectiva fração de terreno objeto do presente artigo.” (grifos meus).

Da simples leitura do dispositivo acima transcrito e de seus parágrafos pode-se verificar, sem nenhuma margem de dúvida, que a chamada Lei de Condomínio e Incorporações ampara expressamente a pretensão indenizatória pelos acréscimos feitos ao terreno, já que os gastos foram custeados pelos ex-titulares (ora recorridos) das unidades inicialmente prometidas à venda.

Os fatos são incontroversos, afigurando-se cristalina a responsabilidade dos antigos proprietários do terreno pelo ressarcimento aos Autores do valor das edificações por eles integralmente patrocinadas, até o momento em que se operou a rescisão do contrato de venda do terreno.

Todos os argumentos trazidos pelos diversos réus receberam a devida análise na bem lançada sentença de fls. 211/216, tendo o doutro Magistrado sentenciante julgado com base nos seguintes judiciosos fundamentos, que ora transcrevo, **verbis**:

“Os Autores pretendem obter a declaração de nulidade da alienação dos direitos sobre as unidades 52 e 23, feita pelos réus ‘Morais’ em favor da ré ‘Sahade’ e por esta em favor da ré ‘Costa Pires’, que por sua vez, alienou a unidade 23 a Antônio Lavandeira e s/m. Nulificado

o ato jurídico, pretendem, sucessivamente – e não alternativamente – obter declaração de vontade consistente na transferência das unidades ou, então, perdas e danos pelo que pagaram pelos imóveis.

Não querem os Autores a declaração de nulidade do acordo celebrado entre os contestantes ‘Morais’ e a ‘Construmar’ nos autos do Processo n. 760/1988, como equivocadamente compreenderam os réus ‘Morais’ (fl. 86, item 1), mas, sim, a declaração de nulidade da alienação feita por esses réus à ‘Sahade’ e aquelas sucessivas.

E o fazem com base no artigo 40 da Lei n. 4.591/1964, cujo § 3º dispõe que, sob pena de *nulidade*, os alienantes em cujo favor operou-se a resolução não poderão voltar a negociar seus direitos sobre a unidade autônoma, sem prévia indenização dos ex-titulares de direito à aquisição.

E quem seriam esses ‘alienantes’?

A toda evidência os réus ‘Moraes’, conforme se depreende dos documentos existentes nos autos e do artigo 40 e parágrafos, da Lei n. 4.591/1964, dispositivos estes que parecem ter sido feitos sob medida para salvaguardar os Autores da situação descrita nesta ação.

Com efeito, os réus ‘Moraes’ prometeram vender dois lotes de terreno à ‘Construmar’, recebendo em pagamento três apartamentos que ali seriam construídos.

Esse contrato de alienação veio a ser rescindido e, por conseguinte, consolidou-se em favor dos *alienantes* ‘Morais’ o direito sobre a construção já existente, por força do art. 40, § 1º, da Lei n. 4.591/1964 e da própria transação realizada em sede de recurso nos autos do Processo n. 760/1988.

Todavia, o art. 40, § 2º, dispõe que nesse caso, cada um dos ex-titulares de direito à aquisição de unidades autônomas – os Autores – haverá do mencionado alienante – os réus ‘Morais’, repita-se – o valor da parcela de construção que haja adicionado à unidade.

Assim, responde pela indenização dos ex-titulares dos direitos de aquisição das unidades autônomas o alienante do terreno em cujo favor operou-se a resolução do contrato e que acabou se tornando titular do direito sobre a construção.

E a razão é simples: evitar o enriquecimento ilícito do proprietário do terreno, que o retomou com as acessões para cuja construção contribuíram terceiros, não se podendo admitir que estes não recebam

de volta o que pagaram na aquisição das construções que agora se consolidaram em favor do dono do terreno.

Nesse sentido, a lição de **J. Nascimento, Franco e Niske Gondo**:

‘Trata-se de dispositivo legal destinado à defesa do patrimônio dos aderentes às incorporações imobiliárias contra os azares do empreendimento. Determinando que o dono do terreno indenize pela construção, a lei ajusta-se ao princípio ético jurídico, segundo o qual ninguém deve enriquecer ilicitamente à custa alheia. (Incorporações Imobiliárias, 3ª ed., p. 119, item 88).’

E tão iníqua seria essa situação, que o art. 40, § 3º, da Lei n. 4.591/1964 dispôs taxativamente que, sob pena de *nulidade*, o alienante do terreno não poderia voltar a negociar seus direitos sobre a unidade autônoma enquanto não indenizasse os ex-titulares dos direitos de aquisição dessas mesmas unidades.

Evidente, assim, que o dever de indenizar é dos réus ‘Morais’, os quais têm legitimidade para figurar no pólo passivo.

E não convencem os argumentos dos réus ‘Morais’, para se furtarem à responsabilidade perante os Autores.

Em primeiro lugar, é irrelevante a falta de registro da incorporação, pois aqueles que tinham o dever de observar os ditames da lei e proceder ao registro não podem beneficiar-se da própria omissão.

Nesse sentido, a lição irretorquível de **J. Nascimento Franco e Niske Gondo**:

‘(...). Mas nem por isso a alienação deixa de produzir efeitos, inclusive o de juridicamente caracterizar o início da incorporação. Não fora assim, o proprietário do terreno poderia alienar frações ideais vinculando-as a um contrato de construção, e depois negar validade ao negócio por falta do processo de incorporação previsto no art. 32. Quando isto ocorrer, cabe ao alienante corrigir de pronto sua precipitação e formar o processo de incorporação, já que, com a alienação da fração ideal do terreno, se transformou legalmente num incorporador.’

‘Logo, os direitos dos adquirentes, face ao incorporador são

protegidos basicamente pela Lei n. 4.591/1964, sem prejuízo de o serem também pelas demais aplicáveis, tenha ou não os incorporadores cumprido o dever legal de requerer o registro da incorporação (Incorporações Imobiliárias, 3ª ed., p. 25).

Em segundo lugar, não é verdadeira a alegação de que os réus ‘Morais’, uma vez desfeito o compromisso com a ‘Construmar’, só alienaram o terreno e nada receberam pela construção.

Basta a leitura das cláusulas 8ª e 9ª do contrato de fls. 99/104 para constatar que os réus ‘Morais’ receberam o preço correspondente ao terreno e às benfeitorias acrescidas.

Em terceiro lugar, não consta do contrato de alienação do terreno cláusula exoneratória da responsabilidade dos alienantes frente aos adquirentes das unidades autônomas no caso de rescisão daquele contrato.

A cláusula 15ª, mencionada pelos réus ‘Morais’, exonera-os apenas da responsabilidade pela construção e entrega das unidades autônomas prometidas à venda pela ‘Construmar’, o que nada tem a ver com a obrigação legal de pagar aos ex-titulares o que estes investiram na construção caso houvesse rescisão do contrato de alienação do terreno.

Decorre daí que a alienação feita pelos réus ‘Morais’, abrangendo as unidades outrora prometidas aos Autores, é nula.

E é nula porque a lei (art. 40, § 3º, da Lei n. 4.591/1964) assim expressamente o declara, valendo lembrar que nos termos do art. 145, V, do Código Civil, o ato jurídico é nulo quando a lei taxativamente o declarar nulo ou lhe negar efeito.

Ora, poderia a lei ter negado efeito ao ato, declarando-o ineficaz perante os ex-titulares de direitos de aquisição das unidades autônomas. Preferiu-se, contudo, a nulidade absoluta do ato, de modo que não se pode acolher o argumento da ‘Costa Pires’ em detrimento do texto claro da lei, valendo ressaltar que mesmo que se tratasse de ineficácia a consequência também seria o cancelamento dos registros das alienações feitas à ‘Sahade’ e à ‘Costa Pires’, a exemplo do que ocorre nos casos de fraude à execução, em que a ineficácia da alienação perante o credor autoriza o cancelamento do registro imobiliário, a fim de possibilitar o ressarcimento dos Autores através da excussão dos bens, conforme assegurado pelo art. 40, § 4º, da Lei n. 4.591/1964.

Ademais, a declaração de nulidade tem como antecedente lógico a alienação sem prévia indenização dos ex-titulares, situação esta que se verifica nos autos, não se podendo falar, portanto, em falta de interesse jurídico como argüido pela 'Costa Pires' em sua contestação.

Por seu turno, embora o ato seja nulo, não há como acolher o pedido de condenação dos Réus a emitir declaração de vontade, o qual, nos termos do art. 639 do CPC, só seria possível se os Autores tivessem celebrado o contrato de aquisição das unidades com os requeridos, o que não ocorre no caso, impondo-se, assim, acolher o pedido sucessivo de indenização.

Todavia, embora nesse particular o pedido inicial dirija-se, indistintamente, contra todos os réus, o dever de indenizar só pode ser suportado pelos réus 'Morais', pois assim o prevê a lei, que não dispõe sobre a solidariedade dos novos adquirentes do imóvel, e porque os Autores não demonstraram a contento os vícios de consentimento mencionados na inicial em relação às rés 'Sahade' e 'Costa Pires', cuja sanção, a exemplo dos últimos adquirentes da unidade 23, será tão-somente a perda das unidades autônomas em decorrência da declaração de nulidade da alienação, fato este, aliás, que por si só justificava a inclusão delas na lide, conforme bem aduzido nos itens 23 e 24 da réplica.

No tocante ao valor da indenização, o pedido também não pode ser acolhido integralmente.

Com efeito, fosse o proprietário do terreno o próprio construtor, estaria obrigado a restituir aos Autores o que eles tivessem 'investido no empreendimento' (**J. Nascimento Franco**, ob. cit., p. 119, item 88), o que equivaleria, no caso, ao preço integral dos imóveis pago pelos Autores.

Contudo, como os réus 'Morais' não se obrigaram a construir nem a entregar as unidades, não tendo recebido o preço delas, como a obrigação deles funda-se exclusivamente no princípio que veda o enriquecimento sem causa em prejuízo de terceiro, e como as unidades ainda não estavam acabadas quando da rescisão do contrato de alienação do terreno, o seu dever de indenizar só pode alcançar o valor da construção na data da mencionada rescisão contratual, pois, do contrário, estariam sendo obrigados a devolver mais do que receberam.

Eventual diferença entre o valor da construção consolidada em favor dos donos do terreno e o preço integral das unidades deve ser

pleiteada pelos Autores perante a ‘Construmar’, que recebeu mais do que efetivamente entregou.”

Outro não foi o entendimento esposado no v. acórdão hostilizado, ao confirmar o decisório monocrático, conforme se vê:

“Com a transação e alienações posteriores evidente o prejuízo dos acionantes, que, embora tendo pago o preço, ficaram privados dos imóveis.

Formularam, destarte, pedidos cumulativos e alternativos, consistentes na nulidade dos atos subseqüentes à transação, isso no que pertinente às unidades que lhes tocam, com a transferência dos imóveis a seu domínio ou indenização.

Só que a transferência que buscam é descabida, porque o art. 40 da Lei n. 4.591/1964, é taxativo ao dispor que, rescindido o contrato de alienação do terreno ou fração ideal, ficam também resolvidas as cessões ou promessas de cessão de direitos correspondentes à aquisição do terreno.

Além do que, o § 1<sup>o</sup>, desse mesmo dispositivo, consolida, no alienante em cujo favor se opera a resolução, o direito sobre a construção ali existente.

Isso que dizer que não mais prevalecem os compromissos que favorecem os Autores, resultando, então, inviável a transmissão que buscam a seu favor.

Resta-lhe, portanto, apenas, o direito à restituição pecuniária prevista no § 2<sup>o</sup> do mencionado artigo.

E, em face do § 4<sup>o</sup>, as próprias unidades 23 e 52, com as respectivas frações do terreno, devem garantir o pagamento da verba indenitária.

Justamente por esse motivo que nulas as transferências subseqüentes à transação que devolveu aos ‘Morais’ o terreno acrescido da obra, a teor do § 3<sup>o</sup>.

Daí porque bem andou o r. juízo ao conceder a indenização e a nulidade dessas transmissões, negando a tutela do art. 641 do CPC.

Nem se diga que a alternância constante do pleito exordial estaria a impedir o decreto de nulidade.

É que, por primeiro, clara a pretensão inaugural ao estabelecer

alternativa apenas quanto à emissão de declaração de vontade e à indenização e não em relação à nulidade, que, segundo visto, é também inerente à indenização buscada, havendo, como já frisado nos autos, verdadeiro direito real de garantia sobre as unidades e frações ideais.

E tanto é de se interpretar o pedido dessa forma, que os Suplicantes postularam que os imóveis a eles vendidos viessem a garantir seu crédito.

Ao depois, aplicável ao caso o art. 146, parágrafo único, do CC, a propiciar, inclusive, pronunciamento, de ofício, a respeito.

Poderia a lei, como lembrado pelo magistrado, ter falado em simples ineficácia das alienações em relação aos ex-titulares de direito à aquisição das unidades.

Preferiu, entanto, a nulidade, o que, então se impõe, pouco importando, dado o texto legal, a existência ou não de registro em prol dos acionantes ou os demais óbices levantados pelas defensorias, todos muito bem afastados pela sentença.

E a responsabilidade dos ‘Morais’, na espécie, é manifesta e exclusiva, seja porque eles os alienantes a que alude o § 2º, seja porque, resultando nulas, agora, as transferências que propiciaram, passam a titulares das unidades e frações ideais garantes do crédito dos Autores.

Essa responsabilidade, todavia, fica mesmo restrita a tais bens, com exclusão de qualquer outro, dado o teor do já citado § 4º, com previsão clara de que somente a unidade e a fração ideal poderão garantir o pagamento do que devido aos ex-titulares.

Fica essa ressalva a título de observação, dêis que, no particular, não se afigura suficientemente claro o julgado recorrido, embora, por seu conteúdo, deduzisse-se estar ele assim definindo a pendência.

Quanto ao montante da indenização, tem-se que correto o fixado pelo r. juízo, eis que a lei se refere ao valor da parcela de construção adicionado à unidade (§ 2º), o que exclui, no tópico tratado, o valor das unidades.

Por conseguinte, eventual diferença insatisfeita deve ser cobrada da causadora de toda a celeuma, a Construmar, que não integra a lide.”

4. Quando o § 2º do art. 40 da Lei n. 4.591/1964 estabelece que “cada um dos ex-titulares de direito à aquisição de unidades autônomas haverá do

mencionado alienante o valor da parcela de construção que haja adicionado à unidade”, está, em verdade, a dizer que esse valor da parcela de construção que foi adicionado à unidade, deve ter como base de cálculo, na sua aferição, o que efetivamente valer a unidade anteriormente adquirida pelo ex-titular no momento em que for paga a indenização, e paga na exata proporção do estágio da construção, quando esta foi paralisada, por ter sido desconstituído o primitivo negócio.

Se não for assim, uma de duas: (a) ou o primitivo proprietário do terreno correrá o risco de pagar ao ex-titular da unidade adquirida um valor superior ao que valer essa unidade (isso na hipótese de o valor pago, pelo ex-titular, devidamente corrigido, ser superior à valorização da unidade), o que não seria justo, já que o primitivo proprietário do terreno não contribuiria em nada para o insucesso do empreendimento; ou (b) a valorização da unidade seria superior aos índices de correção, o que também não seria justo, pois, nessa hipótese, o ex-titular da unidade, que correrá o risco do empreendimento, não usufruiria dessa valorização que seria desfrutada pelo primitivo proprietário do terreno, o que importaria, para este, um enriquecimento indevido.

Em qualquer hipótese, portanto, a situação seria de desequilíbrio, a ser afastado.

Daí a minha afirmação de que o correto é que o valor da indenização a ser paga pelo primitivo proprietário do terreno ao ex-titular da unidade anteriormente adquirida tenha como base de cálculo, na sua aferição, o que efetivamente valer referida unidade no momento do pagamento da indenização, na exata proporção do estágio da construção paralisada, por ter o primitivo negócio sido desconstituído.

Com efeito, mostram-se irretorquíveis as conclusões adotadas em ambas as instâncias ordinárias.

5. Aprecio agora o pedido da Construtora-recorrente no sentido de que, os sucessivos atos de transferência da propriedade das unidades residenciais em testilha, sejam considerados apenas ineficazes até o pagamento da indenização.

Como visto acima, o § 3º do art. 40 da Lei n. 4.591/1964 estabelece que o proprietário do terreno alienante (no caso, os ‘Morais’), em cujo favor se operou a resolução, não poderá voltar a negociar seus direitos sobre a unidade autônoma, sem a prévia indenização aos titulares, de que trata o § 2º, sob pena de nulidade.

Mas essa regra, penso eu, deve ser interpretada com temperamento.

Essas alienações anteriores devem ser consideradas nulas de pleno direito apenas se, antes da nova alienação, os ex-titulares (que são os ora recorridos), tiverem feito qualquer averbação ou mesmo simples anotação na matrícula do terreno no Cartório de Registro Imobiliário, pois aí todos os posteriores adquirentes seriam sabedores dos negócios anteriormente realizados, tendo, portanto, assumido o risco.

Contudo, quando o ex-titular das unidades em construção não tiver tido o cuidado de fazer constar no registro imobiliário próprio a sua promessa de compra e venda, as novas alienações, no que seja referente à unidade que adquirira, devem ser consideradas apenas ineficazes até o pagamento da indenização, isto porque os posteriores adquirentes de boa-fé não podem ser tão fortemente apenados por atos de terceiros para os quais não haviam concorrido e nem podiam ter conhecimento.

Esta segunda hipótese, é a que está retratada nos autos.

Por isso mesmo é que, nesse ponto, dou provimento aos recursos para considerar as alienações posteriores apenas ineficazes até o pagamento da indenização aos Recorridos.

6. No tocante à alegação dos segundos recorrentes de que haveria cláusula expressa na escritura que os isentaria de qualquer responsabilidade perante os ex-titulares dos imóveis, friso que restou asseverado nas instâncias ordinárias que não consta do contrato de alienação do terreno cláusula exoneratória da responsabilidade dos alienantes frente aos adquirentes das unidades autônomas no caso de rescisão daquele contrato, bem como que a invocada cláusula nada tem a ver com a obrigação legal de pagar aos ex-titulares o que estes investiram na construção, caso houvesse rescisão do contrato de alienação do terreno.

Verifica-se, portanto, que o delineamento fático da causa se exauriu plenamente no Tribunal **a quo**, sendo defeso, na instância especial, qualquer alteração desse quadro, a teor do enunciado da Súmula n. 7-STJ.

Ainda que assim não fosse, isto é, mesmo que existisse tal cláusula, ela vincularia apenas às partes que a tivessem estabelecido, as construtoras Sahade a esses segundos recorrentes, sem nenhuma repercussão no que seja referente aos ex-titulares, aqui recorridos.

7. Diante de tais pressupostos, conheço parcialmente de ambos os recursos e, nessa parte, dou-lhes provimento, apenas para considerar ineficazes as alienações posteriores referentes às unidades 52 e 23 até o pagamento

da indenização aos Recorridos, mantida a condenação dos Recorrentes Alfredo Francisco de Moraes, Daílton Francisco de Moraes e s/m Maria Lúcia Azevedo Moraes e Jacelina Lúcia Pimentel de Moraes a pagarem aos Autores o valor adicionado à construção, incluindo-se aí a respectiva fração ideal de terreno, até a data da rescisão contratual levada a efeito pela homologação da transação de fls. 67/68, o qual será apurado em liquidação de sentença, devidamente corrigido e acrescido de juros de mora a partir da citação, tudo até o pagamento, tal como consta na sentença.

### VOTO-MÉRITO

O Sr. Ministro Ruy Rosado de Aguiar: Sr. Presidente, concordo com V. Ex.<sup>a</sup> quanto à definição do valor da indenização para os Autores, que leva em conta o dano positivo que sofreram com o desfazimento do negócio.

Com relação ao efeito da resolução sobre o terceiro de boa-fé, se a parte pediu apenas a ineficácia, estou de acordo com V. Ex.<sup>a</sup>. Se, no entanto, estivesse em causa o próprio terceiro de boa-fé, não reconheceria a ineficácia em relação a ele, uma vez que, à falta do registro, ele não tinha como saber da transação efetuada. Logo, em relação ao terceiro, formalizado o negócio de compra e venda de imóvel, deveria ser mantido.

Mas, como essa questão não está posta, acompanho o voto de V. Ex.<sup>a</sup>, conhecendo parcialmente de ambos os recursos e, nessa parte, dando-lhes provimento.

---

## RECURSO ESPECIAL N. 285.702 – RS

(Registro n. 2000.0112465-0)

Relator: Ministro Ruy Rosado de Aguiar  
Recorrente: Unibanco Seguros S/A  
Advogado: Geraldo Nogueira da Gama e outros  
Recorrido: DT Abdallah – Microempresa  
Advogados: Maria Laura Mazzaferro e outro

**EMENTA:** Seguro – Inadimplemento da seguradora – Lucros cessantes – Cabimento.

A seguradora é obrigada ao pagamento da indenização dos danos provocados por sinistro contemplado na apólice, nas condições contratadas. Porém, se do descumprimento do contrato pela seguradora surgem danos ao segurado, que por isso fica impossibilitado de retomar suas atividades normais, por esse dano provocado pelo seu indimplemento responde a seguradora. Deferimento de parcela que, nas instâncias ordinárias, foi definida como sendo de lucros cessantes.

Recurso não conhecido.

### ACÓRDÃO

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

Brasília-DF, 29 de maio de 2001 (data do julgamento).

Ministro Ruy Rosado de Aguiar, Presidente e Relator.

---

Publicado no DJ de 20.8.2001.

### RELATÓRIO

O Sr. Ministro Ruy Rosado de Aguiar: DT Abdallah – ME ingressou com ação de cobrança de indenização securitária contra Unibanco Seguros S/A e Companhia Real Brasileira de Seguros S/A, alegando que na vigência do contrato de seguro ocorreu o incêndio de sua loja, com destruição de todo o estoque de mercadorias e equipamentos, além do prédio que era locado. As Rés se negam ao pagamento da indenização, daí presente pleito.

A sentença julgou procedente a ação.

As Rés apelaram, e a egrégia Quinta Câmara Cível do TJRS deu parcial provimento ao apelo da Seguradora Unibanco e negou acolhida ao recurso da Companhia Real Brasileira de Seguros, em acórdão assim ementado:

“Incêndio. Alegação de não-comprovação dos prejuízos. Inadmissibilidade. Lucros cessantes. Cabimento.

Comprovada pela prova testemunhal a existência de mercadorias

na loja no momento do sinistro, bem como demonstrado pelas fotografias juntadas pela Autora a perda total dos bens existentes na Empresa, procede o pagamento da indenização integral pelos prejuízos. O ônus de provar os 'salvados' era das Requeridas, que não produziram tal prova.

Os lucros cessantes são devidos pela injusta paralisação. A indevida recusa ao pagamento da verba securitária impediu o pronto restabelecimento do negócio.

Deve ser abatido do montante da indenização a ser paga pela corré Unibanco, o valor já depositado em juízo e liberado em favor da demandante.

Apelo da ré Unibanco, provido em parte.

Apelo da ré Companhia Real Brasileira de Seguros improvido.” (fl. 400).

A Autora opôs embargos declaratórios, acolhidos nos termos da seguinte ementa:

“Embargos de declaração. Omissão. Valor referente ao lucros cessantes.

Merecem acolhimento os embargos declaratórios, quando o acórdão foi omisso no que diz com o valor devido a título de lucros cessantes, quando tal parcela foi reconhecida expressamente na sentença e mantida, por unanimidade, no acórdão.

Embargos acolhidos para o fim de declarar o valor exato da condenação somada à parcela referente aos lucros cessantes” (fl. 416).

Opostos embargos de declaração pela Companhia Real Brasileira de Seguros, foram os mesmos rejeitados.

Inconformadas, as Rés manifestaram recursos especiais.

Unibanco Seguro, S/A, fundado na alínea a da permissivo constitucional, alega afronta aos arts. 159, 1.061 e 1.460 do CC. Entende indevida a condenação ao pagamento dos lucros cessantes, não previstos na apólice, devendo ser respeitada a limitação da responsabilidade do segurador. Afirma que não deu causa à suspensão das atividades da Empresa, porquanto a paralisação decorreu do incêndio e não do fato de a seguradora ter deixado de pagar o valor que a segurada entendia devido. Salieta que depositou em

juízo o que entendia correto, a evidenciar a intenção de cumprir com sua obrigação e assim evitar a mora culposa. Por isso, não se pode falar em indenização por lucros cessantes. Requer o afastamento da condenação ao pagamento de lucros cessantes ou, então, a sua limitação com base nos juros de mora e custas.

No segundo especial, a Companhia Real Brasileira de Seguros, com base na alínea **a**, alega violação aos arts. 535 e 333, I, do CPC.

Apresentadas as contra-razões, os recursos foram inadmitidos na origem. Interpostos Agravos, ao de n. 291.946-RS, da Companhia Real Brasileira de Seguros, neguei provimento; **provi** o de n. 291.945-RS (autos apensos), manifestado pelo Unibanco Seguros S/A, para melhor exame.

Está em julgamento o especial de Unibanco Seguros S/A.

É o relatório.

## VOTO

O Sr. Ministro Ruy Rosado de Aguiar (Relator): A Seguradora foi condenada a pagar a indenização dos danos decorrentes do incêndio, sinistro que estava coberto pela apólice. Além disso, porque houve o descumprimento do contrato com a falta ou insuficiência do pagamento efetuado, que teria levado, segundo as instâncias ordinárias, à impossibilidade da retomada do negócio do segurado, foi a Companhia condenada ao pagamento de parcela fixa correspondente aos lucros cessantes.

Essa decisão não conflita com o disposto no art. 1.460 do Código Civil, porque não está impondo à Seguradora a cobertura de riscos além do que foi segurado. Apenas decidiu-se que, deixando a Seguradora de agir de modo suficiente a satisfazer o interesse do segurado, que era o de proteger-se do sinistro e recolocar-se em condições de retomar a normalidade dos seus negócios – que para isso servia a indenização contratada – deve ela reparar o dano que decorre não do sinistro (recomposto com o que deveria ser pago pela Seguradora), mas do inadimplemento da obrigação contratual de pagar a tempo e modo. Não pagando, ou pagando menos, deu causa ao agravamento do dano e à responsabilidade pelo que se denominou de lucros cessantes. A fundamentação das instâncias ordinárias demonstra a responsabilização da Seguradora pelo ato próprio de descumprir o contrato. Embora a referência constante da sentença seja ao art. 159 do CC, mais apropriado para o ilícito absoluto, nem por isso deixou de ficar bem clara a natureza da responsabilidade que está sendo indenizada com essa parcela,

conforme constou do voto do ilustre Desembargador Marco Aurélio dos Santos Caminha: “A Seguradora deu causa à paralisação das atividades da loja, o que fica evidente pela recusa ao pagamento do justo valor. Limitou-se a discutir a existência ou não das mercadorias no momento do incêndio. Esquece-se que a empresa não operacionaliza, não desempenha suas atividades comerciais se não tiver mercadorias para revender. Dando causa ao atraso do pagamento da verba securitária devida, impediu o pronto restabelecimento do negócio”.

A norma do art. 1.061 do Código Civil não foi prequestionada, nem opostos embargos declaratórios pela ora recorrente. De qualquer forma, a falta do pagamento de indenização que impede o segurado de retomar suas atividades empresarias dá causa à responsabilidade civil pelo dano decorrente desses inadimplemento, que não se satisfaz com o pagamento dos juros de mora. É que o segurado não perde apenas a disponibilidade do dinheiro, mas a possibilidade de exercer sua atividade, de cujos riscos pensava estar protegido.

O deferimento de lucros cessantes em situação como a dos autos não é fato estranho a esta Turma:

“Depositado o valor suficiente para a reconstrução do prédio onde se localizava a cozinha do restaurante explorado pelo segurado, é de se ter que nessa data terminou a contagem dos lucros cessantes, ampliado o período de mais 90 dias, julgado pela sentença como necessário para as obras” (REsp n. 256.274-SP, de minha relatoria).

“Responsabilidade civil. Indenização. Lucros cessantes. Limite temporal.

Não causa ofensa à lei a decisão que limita o tempo de indenização pelo lucros cessantes, decorrentes da não-utilização do caminhão de carga danificado, ao tempo de vigência do contrato de prestação de serviços de transporte, em que seria empregado o veículo. Solução diversa exigiria o reexame de matéria de fato. Recurso não conhecido” (REsp n. 86.488-MG, Quarta Turma, de minha relatoria, DJ de 26.8.1996).

Posto isso, não conheço do recurso.

É o voto.

**RECURSO ESPECIAL N. 287.849 – SP**

(Registro n. 2000.0119421-6)

Relator: Ministro Ruy Rosado de Aguiar  
Recorrente: Agência de Viagens CVC TUR Ltda  
Advogados: Cid Flaquer Scartezzini e Nelson Petrone  
Recorrente: Big Valley Hotel-Fazenda Ltda  
Advogados: José Benedito Neves  
Recorrido: Renato Esteves Versolato  
Advogada: Eliane de Fátima Brandão  
Sustentação oral: Nelson Petrone (pela primeira recorrente) e Celso Gioia (pelo recorrido)

**EMENTA:** Código de Defesa do Consumidor – Responsabilidade do fornecedor – Culpa concorrente da vítima – Hotel – Piscina – Agência de viagens.

– Responsabilidade do hotel, que não sinaliza convenientemente a profundidade da piscina, de acesso livre aos hóspedes. Art. 14 do CDC.

– A culpa concorrente da vítima permite a redução da condenação imposta ao fornecedor. Art. 12, § 2º, III, do CDC.

– A agência de viagens responde pelo dano pessoal que decorreu do mau serviço do hotel contratado por ela para a hospedagem durante o pacote de turismo.

Recursos conhecidos e providos em parte.

**ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Minitros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por maioria, conhecer dos recursos e dar-lhes parcial provimento, vencidos o Srs. Ministros Sálvio de Figueiredo Teixeira, que os conhecia e provia integralmente, e Cesar Asfor Rocha, que conhecia e dava provimento ao recurso da Agência de Viagens CVC TUR Ltda, e conhecia em parte do recurso de Big Valley Hotel-Fazenda Ltda, dando-lhe parcial provimento. Votaram vencidos os Srs. Ministros Sálvio de

Figueiredo Teixeira e Cesar Asfor Rocha. Votaram com o Sr. Ministro-Relator os Srs. Ministros Aldir Passarinho Junior e Barros Monteiro.

Brasília-DF, 17 de abril de 2001 (data do julgamento).

Ministro Ruy Rosado de Aguiar, Presidente e Relator.

---

Publicado no DJ de 13.8.2001.

## RELATÓRIO

O Sr. Ministro Ruy Rosado de Aguiar: Renato Esteves Versollato propôs ação ordinária contra Agência de Viagens CVC TUR Ltda e Big Valley Hotel-Fazenda Ltda, para ser indenizado pelos danos sofridos em razão de acidente que lhe causou tetraplegia. Afirmou ter contratado com a primeira ré pacote de turismo com excursão para Serra Negra-SP, onde hospedou-se no Big Valley Hotel-Fazenda, por volta das 22 horas. Naquela mesma noite, indo nadar em uma das piscinas do hotel, acabou batendo violentamente a cabeça no piso da piscina, que estaria vazia. Alegou inexistir qualquer aviso, nem mesmo um obstáculo ou cobertura que impedisse o acesso dos hóspedes àquele local.

Julgado improcedente o pedido em 1ª grau, o Autor apelou, e a Décima Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo deu provimento ao recurso:

“Indenização. Responsabilidade civil do hoteleiro e agência de viagens. Acidente. Dano moral e danos materiais.

Sentença de improcedência. Inadmissibilidade. Decisão que contraria a prova dos autos e que, de forma clara e precisa, deixa transparecer a culpa das empresas-rés, como prestadoras de serviços. Autor que prova o fato constitutivo de seu direito. Ação procedente nos termos do pedido, exceção feita aos juros compostos.

Apelação provida” (fl. 597).

Colhe-se do voto do eminente relator da apelação, Desembargador Márcio Marcondes Machado:

“Estabeleceu-se, assim, entre as partes, relação de consumo, sendo o Autor o consumidor, na forma do art. 2º do CDC e as Rés as prestadoras de serviços, na forma do citado código (Lei n. 8.078, de

11 de setembro de 1990), que já se encontrava em vigência, quando o Autor, nas dependências internas do hotel, veio a sofrer acidente que o impossibilita, segundo laudo do Instituto de Medicina Social e de Criminologia de São Paulo – Imesc – ‘de exercer qualquer atividade laborativa e é necessário o auxílio de outras pessoas permanentemente. Segundo o perito, faz jus à indenização de 125%, sendo 100% pela invalidez permanente e 25% pelo auxílio que necessita (fl. 239 – 2ª volume). Segundo o mesmo laudo (fl. 237) sua locomoção só é possível em cadeira de rodas. Tornou-se tetraplégico aos 21 anos de idade.

Ora, entre os direitos básicos do consumidor, estão a proteção à vida, saúde e segurança contra os riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos e serviços perigosos ou nocivos (art. 6º, I, do CDC) e constitui verdade sabida, tendo em vista a existência de criança e hóspedes que não sabem nadar, que piscina deve ser considerada como prestação de serviços perigosos, tanto assim que – está retratado nos autos (fls. 163 e 164 – 1ª volume) – ela é cercada por mureta e a outra, de água quente, fica no interior de salão, que, na hora do acidente, estava trancado.

Prestando depoimento (fl. 371 – 2ª volume), o hoteleiro, com todas as letras, disse que a piscina onde o acidente ocorreu, à noite, não é fechada e que a iluminação existente no local é meramente decorativa e tal precariedade de iluminação, pelo óbvio, impede eventual usuário, hóspede do hotel, de ter noção de sua profundidade, notadamente em se considerando a colocação de um escorregador, que, como se sabe, com muita frequência, é utilizado de forma que o banhista escorregue com a cabeça para baixo e os pés para cima. Isso é verdade sabida. A iluminação precária do local também foi noticiada por testemunhas (fl. 459 – 3ª volume).

Estamos, então, diante do seguinte quadro. O hotel estava ciente que, pela atuação da co-ré, dois ônibus de excursão chegariam, transportando jovens e, por tal motivo, desprovida a piscina – tida como equipamento perigoso – de rede de proteção, como aquela que aparece no folheto de fl. 26, competia ao hotel exercer maior vigilância, notadamente em se considerando que, momentos antes do acidente, quatro jovens, com a utilização de barcos do hotel, estavam no meio do lago (fl. 430 – 3ª volume). Isso foi presenciado pelo sócio do hotel, que tomou ciência, inclusive, que ‘um dos rapazes havia caído no

lago' (idem). E se não soubesse nadar? Mesmo assim, em demonstração inequívoca de total irresponsabilidade, havendo um sem número de jovens hospedados, não cuidou aquele senhor de redobrar a vigilância, pois a piscina, onde o infausto acontecimento ocorreu, apesar da existência de muro, apresenta livre acesso, conforme pode ser visto da prova oral (fls. 432-verso e 458), sendo que essa informação foi dada por um dos funcionários do hotel, que, dessa forma, conhece bem o local.

Ora, nos termos do art. 14 do CDC, o fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação de serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos e, pelo que vi da prova, exceção feita à menção ao horário de funcionamento das piscinas e outros serviços, não havia qualquer outro aviso alertando para a pouca profundidade da piscina, onde, como se viu, a iluminação era meramente decorativa.

O mesmo diploma exime a culpa do prestador de serviços, quando ficar demonstrada a culpa exclusiva do consumidor (art. 14, § 3º, inciso II) e, pelo que é dado ver da prova, não se pode cuidar de culpa exclusiva do Autor. Aliás, mesmo que fosse o caso, nem de culpa concorrente poder-se-ia cogitar, diante da ausência total de comunicação sobre a profundidade da piscina, que tinha seu acesso livre e apresentava iluminação precária.

Tanto há responsabilidade do hotel, que uma criança, brincando pelo local e não sabendo ler, podendo penetrar livremente nas dependências da piscina, não sabendo nadar, caindo dentro d'água, morreria afogada e não se pode olvidar que o infausto acontecimento ocorreu às vésperas do Natal, quando os hotéis ficam lotados.

Nem se argumente, como quis a empresa de turismo (fl. 170 – 1º volume) que deveria ser excluída da relação processual, ou seja, que o Autor seria carecedor em relação a ela. Foi ela que, tendo como objeto social a exploração de turismo (fl. 177 – 1º volume), escolheu mal o hotel, notadamente em se considerando que se tratava de excursão de jovens. Participando dos 'commoda', deve arcar também com a indenização, solidariamente com o hotel'.

(...)

No que diz respeito ao dano moral, diante das peculiaridades do caso concreto, palpável a sua existência. Jovem, com pouco mais de 20

anos, exercendo atividade laborativa, viu ceifada sua vida futura. Tétraplégico, nada mais poderá fazer na vida, a não ser pensar na tragédia que o acometeu e perguntar o porquê de tudo isso. Sua dor moral é indescritível. Este relator fica até constrangido de tecer maiores considerações sobre a situação do autor, que, eventualmente, poderá vir a ler este voto, tendo sua situação psicológica até agravada.

Cuidando-se de indenização por dano moral – notadamente em casos como o dos autos – muito difícil se torna o arbitramento, devendo o juiz fugir de qualquer subjetivismo. Tal tipo de indenização, como se sabe, não tem o condão de reparar. Deve ser razoável, em razão de sua natureza não compensatória, mas sancionatória, fazendo com que o hotel coloque redes de proteção na piscina e a empresa de turismo, ao contratar excursões de jovens, tenha maior cuidado na escolha dos hotéis, que, como o Réu, negligenciam, por completo da segurança dos hóspedes.

Não havendo critério fixado por lei e não se podendo adotar critério subjetivo, pela aplicação analógica autorizada por lei, deve ser tomada como parâmetro a Lei de Imprensa, fixando-se o valor de 400 (quatrocentos) salários mínimos, a ser pago de uma só vez, sendo certo que cada ré arcará com o pagamento da metade de tal indenização.

Contestando a ação, as Rés não impugnaram as quantias pedidas como danos materiais. Limitaram-se a negar a culpa. As parcelas constantes da inicial, em sendo assim, tornaram-se incontroversas. Arcarão as Empresas-rés, dessa forma, com o pagamento da importância mencionada no item '42.1' da inicial, com correção monetária desde os desembolsos. Constituirão as Rés capital para satisfação do pagamento mensal dos salários percebidos pelo Autor, que, segundo alegado (fl. 8) correspondiam a 3,09 salários mínimos por mês, devendo haver inclusão do 13º salário, bem como do terço constitucional de férias, arcando as Rés com o pagamento eventual e vitalício, ou seja, enquanto vivo for ele.

As prestações atrasadas deverão ser pagas de uma só vez e os juros da mora sobre elas e a quantia arbitrada pelos danos morais sofrerão a incidência dos juros da mora contados desde a citação. Não se tratando de delito, afastados ficam os juros compostos, fato que importará sucumbência mínima.

Razoável o pedido de dano estético, no caso palpável, estipulado

na inicial em R\$ 31.371,72, sendo que essa verba deverá sofrer a incidência dos juros da mora desde a citação e deverá ser corrigida desde a propositura da ação.

(...)

A ação, dessa forma, é declarada procedente em relação a ambas as empresas-rés, que, solidariamente, responderão pela condenação” (fls. 598/604).

Rejeitados os seus embargos declaratórios, os Réus interpuseram, separadamente, recursos especiais, ambos com fundamento nas alíneas **a** e **c** do permissivo constitucional.

Big Valley Hotel-Fazenda Ltda aponta ofensa aos artigos 14, § 3º, II, do CDC, 51, IV, e 52 da Lei de Imprensa, bem como divergência jurisprudencial. Diz que o Autor, após ingerir bebidas alcoólicas, resolveu, por volta das 3:00h, usar a piscina existente no hotel, na qual já se banhavam alguns amigos seus, não estando, portanto, vazia, como inicialmente se afirmou, e, sem o cuidado de antes verificar as condições da piscina, que tinha horário de funcionamento somente até as 19:30h, utilizou-se de um escorregador para crianças, mergulhando de cabeça em local onde a profundidade era de um 1,10m. Alega o Recorrente que não pode ser responsabilizado, já que, no caso, houve culpa exclusiva da vítima. Sustenta, ainda, que a indenização fixada não se encontra de acordo com o disposto na Lei de Imprensa, utilizada como parâmetro pelo Tribunal **a quo**. Traz à colação acórdão do TJPR proferido na Apelação Cível n. 76.552-6, com o fim de demonstrar o alegado dissídio.

A Agência de Viagens CVC Tur Ltda, nas razões do seu recurso especial, também alega violação aos artigos 14, § 3º, II, do CDC, e 51, IV, e 52 da Lei de Imprensa, bem como dissídio pretoriano. Afirma que houve, no caso, culpa exclusiva da vítima, ora recorrente, devendo ser aplicado o disposto no artigo 14, § 3º, II, do CDC. Aduz que o Tribunal de origem, ao fixar o **quantum** indenizatório, não se utilizou adequadamente do disposto nos artigos 51, IV, e 52 da Lei de Imprensa. Para demonstrar a divergência jurisprudencial, colaciona acórdão do TJPR, prolatado no julgamento da Apelação Cível n. 32.766-0.

Apresentadas as contra-razões, os recursos não foram admitidos na origem, subindo os autos em virtude de provimento aos Agravos n. 307.893 e 307.894.

Recebi memorial da companhia de turismo.

É o relatório.

## VOTO

O Sr. Ministro Ruy Rosado de Aguiar (Relator): 1. A primeira e relevante questão para julgar no presente recurso diz com a responsabilidade do Hotel pelo fato do acidente de que o Autor resultou paraplégico.

O CDC instituiu o princípio da responsabilidade objetiva do fornecedor, com algumas hipóteses de exclusão.

Sobre o ponto, assim leciona **Herman Benjamin**, um dos autores do Código e seu principal doutrinador:

“Em matéria de proteção da saúde e segurança dos consumidores vige a noção geral da expectativa legítima. Isto é, a idéia de que os produtos e serviços colocados no mercado devem atender às expectativas de segurança que deles legitimamente se espera. As expectativas são legítimas quando, confrontadas com o estágio técnico e as condições econômicas da época, mostram-se plausíveis, justificadas e reais. É basicamente o desvio deste parâmetro que transforma a periculosidade inerente de um produto ou serviço em periculosidade adquirida.

A periculosidade integra a zona da expectativa legítima (periculosidade inerente) com o preenchimento de dois requisitos, um objetivo e outro subjetivo. Em primeiro lugar, exige-se que a existência da periculosidade esteja em acordo com o tipo específico de produto ou serviço (critério objetivo). Em segundo lugar, o consumidor deve estar total e perfeitamente apto a prevê-la, ou seja, o risco não o surpreende (critério subjetivo). Presentes esses dois requisitos, a periculosidade, embora dotada de capacidade para provocar acidentes de consumo, qualifica-se como inerente e, por isso mesmo, recebe tratamento benevolente do Direito. Vale dizer: inexistente vício de qualidade por insegurança.

Uma obrigação abrangente como a estampada no princípio geral da segurança dos bens de consumo há que ter limites. Não se pode condenar, por exemplo, o fabricante da corda utilizada pelo suicida ou o da navalha, instrumento do crime de assassinato. O legislador busca, então com os olhos voltados para a realidade do mercado de consumo, delimitar as fronteiras desse princípio geral. Daí que a periculosidade inerente raramente dá causa à responsabilização do fornecedor. Esta é consequência natural da periculosidade adquirida

(e também da exagerada), isto é, a insegurança que supera as fronteiras da expectativa legítima dos consumidores.

Na determinação do que é e do que não é perigoso, os tribunais têm um grande papel a desempenhar” (Comentários ao Código de Proteção do Consumidor, **Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin**, Editora Saraiva, 1991, p. 48).

Trazendo essa lição para o caso dos autos, é de se perguntar se o evento aconteceria caso o equipamento posto à disposição do hóspede fosse usado de modo adequado; na hipótese de resposta negativa, se o uso indevido decorreu de ato do fornecedor. Isto é, a piscina, assim como instalada, poderia ser normalmente usada sem causar dano ao banhista? A resposta é afirmativa, pois estava com água na altura permitida, e o escorregador servia ao uso de crianças, ou de adultos, mas para deslizar por ele. Tem aqui boa aplicação a indicação constante do art. 14, § 1º, do CDC, que determina seja levado em consideração o risco que razoavelmente se espera do serviço, no caso, do equipamento de uma piscina.

Ocorre que o Autor usou do escorregador e “deu um salto em direção à piscina”, conforme narrou na inicial, batendo com a cabeça no piso e sofrendo as lesões descritas no laudo. Esse mau uso do equipamento – instalação que em si é perigosa, mas com periculosidade que não excede ao que decorre da sua natureza, legitimamente esperada pelo usuário, – concorreu causalmente para o resultado danoso.

É de se propor então a questão sobre se o fornecedor contribuiu de algum modo para o uso indevido do equipamento.

A concorrência culposa do estabelecimento, penso eu, está no fato de não ter informado com a necessária precisão a profundidade da lâmina de água, a fim de, com isso, evitar qualquer propósito mais afoito do banhista, advertindo-o do perigo do salto. Essa falha foi anotada no r. acórdão: “ausência total de comunicação sobre a profundidade da piscina, que tinha seu acesso livre e apresentava iluminação precária” (fl. 601).

2. Surge aqui o problema da possibilidade do conhecimento do recurso especial, para a qualificação do âmbito de responsabilidade do fornecedor, se exclusiva ou proporcional, diante dos fatos assim como aceitos nos autos. É tema apreciável na via especial?

O r. acórdão definiu a situação de fato nos termos constantes da fundamentação do voto do ilustre Desembargador-Relator e atribuiu ao Autor

o uso de um escorregador para se lançar de cabeça na piscina. No que diz com a culpa concorrente entre o hotel e o hóspede, rejeitou essa tese porque havia “total ausência de comunicação sobre a profundidade da piscina”.

Assim postos estes fatos, penso cabível no âmbito do recurso especial, sem ofensa à Súmula n. 7-STJ, tratar de definir se há ou não concorrência culposa na conduta do hóspede, de acordo com a versão aceita, uma vez que essa investigação é sobre matéria jurídica, para a qualificação legal de um certo comportamento.

3. Enfrento a questão relacionada com a responsabilidade objetiva do fornecedor e suas causas de exclusão.

Nos termos do art. 12, § 3º, III, do CDC, está afastada a responsabilidade do fornecedor no caso de “culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro”.

Não há dúvida, pois, sobre a excludente na hipótese de culpa exclusiva do outro: “Se o comportamento do consumidor é o único causador do acidente de consumo, não há falar em nexo de causalidade entre a atividade do fabricante. Entretanto, se houver concorrência entre o comportamento da vítima e um defeito existente no produto, a excludente não mais se aplica” (**Herman Benjamin**, *op. cit.*, p. 66).

Sendo a culpa concorrente, estabelece-se a controvérsia. Para **Zelmo Denari**, “A doutrina tem sustentado o entendimento de que a lei pode eleger a culpa exclusiva como única causa extintiva de responsabilidade como fez o Código de Defesa do Consumidor, nesta passagem. Caracterizada, portanto, a concorrência de culpa, persiste a responsabilidade integral do fabricante, e demais fornecedores nominados no **caput**, pela reparação do dano” (Código Brasileiro de Defesa do Consumidor, 2ª ed., p. 90). **Eduardo Arruda Alvim** entende que “o sistema do Código não exclui a culpa concorrente como atenuante de responsabilidade. Até porque a razão de ser que leva a que a culpa concorrente seja considerada como atenuante de responsabilidade é precisa e exatamente a mesma daquela segundo a qual é causa excludente a culpa exclusiva do consumidor” (Responsabilidade Civil pelo Fato do Produto no CDC, Revista de Direito do Consumidor, 15/130). **Adalberto Pasqualotto** examinou a Diretiva da União Européia, comparou-a com o nosso CDC e concluiu: “No CDC, o tratamento dos dois casos é idêntico (intervenção de terceiro e participação culposa da vítima), mas a exoneração do fabricante requer que a culpa do consumidor ou de terceiro seja exclusiva (art. 12, § 3º, III). A doutrina tem entendido que, em vista da natureza objetiva da responsabilidade dos fornecedores, não é

admissível a divisão do prejuízo. A jurisprudência, porém, admite tradicionalmente a atenuação da responsabilidade objetiva do Estado por participação culposa da vítima” (A Responsabilidade Civil do Fabricante e os Riscos do Desenvolvimento, **Adalberto de Souza Pasqualotto**, *Ajuris*, 59, ano XX, novembro de 1993, fl. 155).

Penso que essa última corrente é a melhor. Corresponde à nossa experiência jurisprudencial sobre a responsabilidade objetiva do Estado, para a qual se adota a teoria do risco administrativo, com possibilidade de ser atenuada a condenação do Estado na hipótese de concorrência de culpa da vítima. Além disso, permite ao juiz manter-se junto à realidade dos fatos, avaliar as causas e condições concorrentes, a fim de proferir uma sentença que corresponda às circunstâncias de cada caso. Proibir a ponderação da culpa concorrente é orientação que leva necessariamente a uma perda de justiça, tanto maior quanto maior a culpa da vítima.

Por isso, concluo que se pode ponderar, no âmbito do sistema de responsabilidade instituído pelo CDC, a culpa concorrente da vítima.

Nesse ponto, tratando de aplicar o direito à espécie, distribuo igualmente a responsabilidade entre o Autor e o Hotel, reduzindo por metade a condenação imposta.

#### 4. Passo a examinar o recurso da agência de viagens.

O contrato firmado entre as partes corresponde a um “pacote turístico”, compreendendo três dias, com transporte, hospedagem e alimentação.

Nos termos do art. 14 do CDC, o fornecedor responde pela segurança dos serviços prestados.

A nossa experiência na aplicação dos dispositivos do CDC às companhias operadoras de turismo é ainda limitada. Os precedentes que conheço versaram sobre defeitos dos serviços diretamente derivados do contrato celebrado com a companhia de viagens, tais como atraso no voo, cancelamento de viagem, deficiência do hotel contratado, alteração do programa turístico, etc. Não encontrei julgado sobre dano à pessoa pelo serviço deficiente dos prestadores de serviços específicos, tais como as companhias aéreas, empresas de transporte coletivo, etc.

No caso, trata-se de dano pessoal sofrido por um contratante do pacote, enquanto hospedado no hotel indicado pela operadora de turismo, prestador do serviço específico de hospedagem. O programa era destinado a um grupo de pessoas, que viajara sob a direção de uma guia de turismo.

Ao dispor sobre as agências de viagem e sua regulação, a Deliberação Normativa n. 161, de 9.8.1985, da Embratur, enuncia alguns princípios que devem constar dos contratos das agências de viagens que operam ou vendem excursões:

“1.1 – Ressalvada a ocorrência de caso fortuito ou de força maior devidamente comprovado, ou a expressa responsabilidade concorrente de outras entidades, a agência operadora do serviço turístico será sempre a principal responsável:

- a) pela sua prestação efetiva;
- b) pela sua liquidação junto aos prestadores de serviços contratados;
- c) pelo reembolso aos usuários dos valores correspondentes aos serviços não prestados na forma e na extensão contratadas.

1.2. A agência de turismo é diretamente responsável pelos atos de seus prepostos, inclusive os praticados por terceiros por ela – contratados ou autorizados, ainda que na condição de autônomos, assim entendidas as pessoas físicas por ela credenciadas, tácita ou expressamente, limitada essa responsabilidade enquanto os autônomos ou prepostos estejam nos estritos limites de exercício do trabalho que lhes competir, por força da venda, contratação e execução do programa turístico operado pela agência.

1.2.2. O disposto no item 1.2 aplica-se, no caso de pessoas jurídicas, a:

- a) empresas ou entidades prestadoras de serviços turísticos incluídos no preço do programa, contratadas pela agência de turismo operadora da viagem ou excursão, observada, sempre que for o caso, a responsabilidade concorrente dessas empresas ou entidades.”

Na Europa, as questões relacionadas com os pacotes de turismo foram objeto da Diretiva n. 314/1990, do Conselho das Comunidades Europeias, em cuja fundamentação consta: “Considerando que os operadores e ou agências devem ser responsáveis perante o consumidor pela boa execução das obrigações decorrentes do contrato; que, além disso, os operadores e ou as agências devem ser responsáveis pelo danos causados ao consumidor pela não-execução ou pela incorreta execução do contrato, salvo se as falhas registradas na execução do contrato não forem imputáveis nem a falta

do operador e ou agência nem a falta de outro prestador de serviços ...” (Jornal Oficial de 23.6.1990).

A partir daí, sobreveio, na Itália, o Decreto Legislativo n. 111/1995, que atribui às operadoras a responsabilidade direta e imediata (com direito de regresso contra os outros operadores) pelos danos à pessoa, com responsabilidade presumida, mas estabelece limites tarifados em tratados e convenções (**Maria Enza La Torre**, *Il Contratto di Viaggio Tutto Compreso*, *Giustizia Civile*, 1996, 1, p. 27; **Gustavo Tepedino**, *A Responsabilidade Civil nos Contratos de Turismo*, in *Temas de Direito Civil*, Renovar, p. 217).

Na Suíça, a LVF de 18.6.1993 trata da mesma matéria e igualmente carrega ao organizador da viagem a responsabilidade pelos danos sofridos pelo consumidor nos casos de inexecução (total ou parcial) e de execução imperfeita (defeito da viagem ou violação positiva do contrato). A responsabilidade do organizador é independente do fato de os serviços serem prestados por ele mesmo ou por terceiros prestadores, que são considerados como auxiliares do organizador, com exclusão dos casos previstos (dano decorrer exclusivamente de ato de pessoa estranha, força maior ou por culpa do consumidor). A limitação dos danos é permitida quando não se tratar de danos corporais. (**Bernd Stauder**, *Le Contrat de Voyage*, *Ajuris*, edição especial, março, 1998, vol. I, p. 126).

A Lei n. 92/1.341, de 23.12.1992, da França, regendo o tema da responsabilidade, tem a seguinte disposição, assim referida pela ilustre jurista **Aída K. de Carlucci**:

*“En tal sentido dice el artículo 23 de la ley gala: ‘Toda persona física o jurídica que se obliga a las operaciones mencionadas en el artículo 1º es responsable de pleno derecho, frente al comprador, de la buena ejecución de las obligaciones resultantes del contrato, se a que las obligaciones se ejecuten por ella misma o por otros prestatarios de servicio, sin perjuicio de su derecho de accionar de regresso contra éstos’. Sin embargo, ella puede exonerarse total o parcialmente de su responsabilidad, probando que la inejecución o la mala ejecución del contrato es imputable al comprador, obedece a un hecho imprevisible e inevitable de un tercero extraño a la provisión de las prestaciones previstas en el contrato, o a la fuerza mayor.*

*Se trata, evidentemente, de una obligación de resultado, o de pleno derecho, que cede por la prueba del rompimiento del nexo causal La*

*solución implica un vuelco de ciento ochenta grados en la posición tradicionalmente aceptada para el agente de viaje, pero coincide con las nuevas tendencias de protección al consumidor, que apoyamos, decididamente”.* (Revista de Derecho Privado y Comunitario, fl. 134).

A prática argentina está assim resumida por **Fernando Alfredo Sargana**:

*“Entendemos que el turista, al contratar con una agencia de viajes, tiene derecho a varias prestaciones, es decir que la empresa de turismo tiene a su cargo una obligación principal la de materializar los servicios ofrecidos, los que cumple a través de terceros (hotelaria, recreación, compañías de transporte, etc.).*

*Por tanto, la empresa de viajes para cumplir con su contrato debe introducir en la relación jurídica a terceros extraños; sin ellos aquélla no podría dar cumplimiento a las obligaciones assumidas. Por consiguiente, la agencia responderá por esos terceros incorporados en el negocio, aun cuando éstos no dependam jurídicamente de ella.*

*La agencia assume dos obligaciones, una principal referida al viaje de turismo en sí mismo – cumplimiento de horarios, capacidad y categoría de los hoteles, calidad de las comidas, etc. –, y outra secundaria respecto a la seguridad del cliente, por lo que si éste no regresó del viaje sano y salvo, ante una demanda le cabe a la empresa exonerarse de responsabilidad acreditando una causa ajena el hecho de la víctima, el de un tercero por el que no debe responder o el caso fortuito (Responsabilidad Civil por el Transporte Terrestre de Persona, Depalma, Buenos Aires, 1997, p. 202”).*

Voltando ao caso dos autos, acredito que a definição da responsabilidade jurídica da CVC TUR decorre de sua situação como agente de viagem contratante de um pacote turístico, com terceiros prestadores de serviço, mas sendo ela a organizadora da viagem e garantidora do bom êxito da sua programação, inclusive no que diz com a incolumidade física dos seus contratantes.

Na espécie, foi isso reconhecido no r. acórdão, daí a consequência da sua responsabilização. No nosso sistema, tal responsabilidade é solidária entre ela, a organizadora do pacote, e o hotel, prestador do serviço de hospedagem. Reconhecida a participação do hotel na causação do resultado, em concorrência com o hóspede, nesse mesmo limite se fixa a responsabilidade da operadora.

Haverá dificuldade em estender a responsabilidade da operadora por danos decorrentes da prestação dos serviços contratados de terceiros, quando o fato acontece no âmbito do risco que razoavelmente se espera do serviço. Quando houver falta de segurança do serviço do prestatário, fora da possibilidade de previsão por parte da operadora de turismo, que se limita a confiar no que normalmente acontece, – nessa situação, à falta de norma expressa que lhe atribua diretamente a responsabilidade total, – esta somente poderia ser reconhecida se a operadora colocou os seus clientes sob risco acima do normalmente esperado (art. 14, § 1º, II, do CDC). A restrição se explica não apenas em razão da necessidade de se dar aplicação ao disposto nesta regra, mas, também, porque o nosso sistema legal é de reparação integral do dano, diferentemente do previsto nas legislações dos países da União Européia, que permitem, nesses casos, a limitação tarifada da indenização. O sistema que amplia a hipótese de responsabilidade da operadora está conformado com a possibilidade de limitação indenizatória; quando a reparação é integral, razoável que se restrinja a responsabilização apenas aos casos em que “a operadora coloca o cliente sob risco acima do normalmente esperado”, cabendo-lhe a prova dessa exoneração.

5. No que diz com a alegada ofensa a dispositivos legais que regulam o valor do dano moral, tenho que o recurso nessa parte não pode ser conhecido. É pacífico o entendimento deste Tribunal sobre a inaplicação dos limites constantes da Lei de Imprensa na aferição do valor do dano extrapatrimonial. Seria o caso de examinar se os quantitativos são exagerados ou irrisórios, que não é o caso dos autos.

6. Posto isso, pela alínea **a**, por ofensa ao disposto no art. 14 do CDC, conheço dos recursos e dou-lhes parcial provimento, para reduzir por metade a sua condenação, reconhecida a culpa concorrente da vítima. Custas também por metade, e honorários de 10% sobre o valor da condenação, já reconhecida a sucumbência parcial.

É o voto.

## VOTO

O Sr. Ministro Aldir Passarinho Junior: Sr. Presidente, minha dúvida inicial era em relação à prestação de serviços de agência, ou seja, se seria, tão-somente, uma intermediação ou um pacote turístico que a pessoa, adquirindo-o, teria já uma reserva de hotel, dentro de um preço fixado pela operadora, mais transporte, acompanhamento de guia, enfim, um pacote turístico clássico.

Esclarecido que esta é a situação, passo a decidir. O primeiro dos temas é o afastamento da Súmula n. 7 em razão dos fatos. Entendo, assim como V. Ex.<sup>a</sup>, que é perfeitamente possível, porque apresentados os fatos no acórdão, pode o Superior Tribunal de Justiça aplicar o Direito aos mesmos, ainda que chegue a uma conclusão diferente da que chegou o Tribunal a quo, não havendo violação à Súmula n. 7 do Superior Tribunal de Justiça.

Quanto à responsabilidade da agência, em função da explicitação de que se tratava de um pacote turístico, entendo que ela existe, porque há a responsabilidade pela culpa **in eligendo**. Se o pacote da agência compreende a prestação de serviços por terceiros, seja no transporte, seja no hotel, restaurantes, e outros que possam acontecer, a agência tem, efetivamente, sua co-participação nessa prestação de serviço, ainda que o defeito dessa prestação, na hipótese dos autos, advenha da rede hoteleira, em função do acidente ocorrido na piscina. Diferentemente seria, parece-me, se a pessoa fosse a uma agência de turismo, que simplesmente intermediasse uma reserva ou uma compra de passagem. Não seria crível que se pudesse atribuir, também, a uma pequena agência de turismo, a responsabilidade pelo acidente de um hóspede em um hotel no exterior. A prestação de serviço, no caso, é tão-somente de fazer a reserva ou um *transfer* para o hotel; o serviço da agência só iria até aí e não teria vinculação com o próprio serviço prestado por esse terceiro.

Outro aspecto que V. Ex.<sup>a</sup> ressaltou é se seria possível, em se tratando de responsabilidade objetiva do fornecedor do serviço, a consideração da ocorrência da culpa concorrente. Entendo também que sim. A minha conclusão coincide com a de V. Ex.<sup>a</sup>, porque a responsabilidade é objetiva para efeito de definição dessa responsabilidade do fornecedor, mas, existindo uma culpa concorrente, pode servir para atenuar essa responsabilidade objetiva. Não vejo nenhuma incompatibilidade nisso. Parece-me, até, bastante justo.

No caso, sem dúvida alguma, pelo que V. Ex.<sup>a</sup> relata, houve um comportamento inesperado e inusual por parte do usuário nesse escorregador, fora do seu uso normal e próprio.

Acredito que, por outro lado, também haja responsabilidade do hotel e, daí, por conseguinte, também da agência, não apenas pela falta de indicação da profundidade, mas, também, pela falta da própria fiscalização, porque se existe um horário para uso e se alguém pretende utilizar a piscina fora desse horário, deve haver a fiscalização para impedir. Há essa responsabilidade por parte do hotel, mas, sem dúvida nenhuma, há que se considerar, igualmente, o uso inadequado daquele equipamento.

Pelos fundamentos acima, acompanho o voto de V. Ex.<sup>a</sup>, conhecendo dos recursos e dando-lhes parcial provimento.

### VOTO-VENCIDO (EM PARTE)

O Sr. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira: Preliminarmente, ponho-me de acordo com as colocações segundo as quais, postos os fatos pelas instâncias ordinárias, este Tribunal, conhecido o recurso, pode extrair as ilações jurídicas deles decorrentes.

Também me ponho acorde quanto à possibilidade da atenuação da responsabilidade em face de eventual culpa concorrente.

No mérito, todavia, peço vênias para divergir. Com efeito, sem embargo de lamentar profundamente o ocorrido, e de votar com o coração apertado, tenho que essa circunstância não me autoriza a transferir a responsabilidade para quem não vejo presente a culpa.

Pelos fatos expostos, não tenho por caracterizada a responsabilidade do hotel.

Ia deter-me em algumas considerações sobre a posição da agência, mas me abstenho de fazê-lo porque, se não reconheço a responsabilidade de quem prestou o serviço diretamente, no caso o hotel, muito menos poderia atribuir essa responsabilidade à agência, que agiu dentro das normas legais e sequer fez má escolha, não se tratando, na espécie, de responsabilidade objetiva.

Daí porque acompanho integralmente o voto de V. Ex.<sup>a</sup> e o do Sr. Ministro Aldir Passarinho Junior, com a devida vênias.

Conheço dos recursos e dou-lhes parcial provimento.

É como voto.

### VOTO

O Sr. Ministro Barros Monteiro: Sr. Presidente, vou solicitar vênias ao Sr. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, para acompanhar integralmente os votos de V. Ex.<sup>a</sup> e do Sr. Ministro Aldir Passarinho Junior.

Também penso que, no caso, não incide a Súmula n. 7, uma vez que o Tribunal está apenas atribuindo a qualificação devida aos fatos que foram narrados pela decisão recorrida.

Também tenho como admissível a culpa concorrente do Autor, não obstante o art. 14 da Lei n. 8.078/1990 estabelecer a responsabilidade objetiva do prestador de serviço. Como V. Ex.<sup>a</sup>, Sr. Presidente, já mencionou, essa é a orientação que mais se amolda ao nosso ordenamento jurídico. Pode inclusive ser evocada a hipótese da responsabilidade das ferrovias, em que a responsabilidade também é objetiva: ainda aí se tem admitido a concorrência de culpas sem nenhuma objeção.

Tocante à culpa do hotel e da empresa que organizou a excursão, também não tenho a menor dúvida em admitir a responsabilidade de ambos, pois resulta claro que houve ao menos uma condição imprópria ao uso dos hóspedes do hotel por ausência total de comunicação, de avisos, quadros, de funcionários postos à disposição, enfim, pela própria situação que ostenta a piscina onde ocorreu o evento lesivo.

Quanto à responsabilidade da empresa de turismo, há a peculiaridade do caso destacada pelos votos até agora majoritários no sentido de que, além de organizar o pacote turístico, a empresa fez acompanhar os viajantes, os usuários, de um guia, que ali se achava precisamente para orientar os hóspedes.

### VOTO-VENCIDO

O Sr. Ministro Cesar Asfor Rocha: Sr. Presidente, vou pedir vênias ao Sr. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, para discordar de S. Ex.<sup>a</sup> quanto ao fato de afastar a responsabilidade concorrente do hotel e da vítima, por todas as razões já expostas por V. Ex.<sup>a</sup> e pelos eminentes Ministros Aldir Passarinho Junior e Barros Monteiro.

Mas, igualmente, com o mesmo respeito, vou ousar discordar dos votos já manifestados quanto à responsabilidade da companhia de turismo, porque, por maior esforço que possa fazer, não consigo enxergar, porque o só fato de ela ter dispensado um guia para acompanhar esse “pacote fechado” que foi vendido, possa importar na sua responsabilização por um fato que não diga respeito diretamente ao que leva, ao que conduz uma pessoa a procurar o serviço de uma companhia de turismo.

Quem busca uma companhia de turismo vai querer desta a indicação de um hotel nos moldes em que a pessoa paga, isto é, se é um hotel cinco estrelas, se é um hotel que presta os serviços indicados, com as refeições oferecidas, com relação ao transporte prometido, mas, evidentemente, que foge da expectativa do consumidor que a companhia de turismo dê a ele os

serviços que possam importar na sua segurança. Se assim não fosse, por exemplo, em um pacote completo que tivesse sido vendido para uma excursão pela Europa, estaria subsumido na responsabilidade da companhia de turismo qualquer assalto que a pessoa pudesse porventura sofrer em alguma dessas cidades, que foram escolhidas e sugeridas pela companhia de turismo.

Não vejo como, ainda que tendo um guia, pudesse a companhia se responsabilizar pela falta que foi cometida pelo hotel, decorrente do só fato de não ter feito a indicação da altura da linha d'água da profundidade da piscina. Nem poderia se exigir, se pretender, que o guia chegasse a tanto, porque ele não poderia se desdobrar, não teria o dom da onipresença, porque senão teria que estar ao lado sempre de todos os viajantes, os usuários daquele pacote de viagem.

Conheço parcialmente do recurso da empresa hoteleira e, nessa parte, dou provimento, e conheço na sua integralidade, do recurso da companhia de turismo para eximi-la de qualquer responsabilidade.