



Jurisprudência da Terceira Turma

**EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO DE INSTRUMENTO
N. 277.232 — RJ (1999/0113423-4)**

Relator: Ministro Antônio de Pádua Ribeiro

Embargante: Dante Pereira Nunes

Advogados: José Luiz da Silva Costa, Márcio André Pereira Nunes e outros

Embargado: Condomínio do Ed. Quinta das Camélias

Advogados: Emílio Sebastião Silva e outros

EMENTA

Processual Civil. Agravo de instrumento. Desprovisamento. Decisão de publicação com o nome de outro advogado. Nulidade. Republicação.

I - Ocorre nulidade, por cerceamento de defesa, a publicação com o nome de outro advogado que não aquele devidamente constituído pelo agravante. Republicação da decisão que negou provimento ao agravo de instrumento que se impõe.

II - Embargos de declaração acolhidos para anular o acórdão que declarou intempestivo o agravo regimental.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, após a retificação da decisão proferida na sessão do dia 07.12.2004, por unanimidade, acolher os embargos de declaração nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Carlos Alberto Menezes Direito, Nancy Andrighi e Castro Filho votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros.

Brasília (DF), 14 de dezembro de 2004 (data do julgamento).

Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, Relator

DJ de 14.03.2005

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro: Esta egrégia Turma não conheceu de agravo regimental interposto por Dante Pereira Nunes em acórdão assim ementado:

“Condomínio. Lei n. 4.591/1964. Dissídio jurisprudencial. Nulidade da intimação da decisão monocrática. Interposição via fax. Lei n. 9.800/1999.

I - É intempestivo o agravo regimental interposto via fax se a petição original não é protocolada no prazo assinalado pelo art. 2º da Lei n. 9.800/1999.

II - Agravo regimental não conhecido.” (Fl. 211)

Peticionou o agravante às fls. 213/220 afirmando que não interpôs agravo regimental, apenas argüiu a nulidade da intimação da decisão que negou provimento ao agravo de instrumento porque publicada com o nome de outro advogado que não o regularmente constituído nos autos.

Salientou que tal nulidade processual não se subordina aos efeitos da preclusão, e que, ainda que assim não fosse, o apelo não era intempestivo, uma vez que o original foi protocolado nesta Corte dois dias depois da petição remetida via fax.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro (Relator): Recebo a petição de irrisignação do agravante como embargos de declaração, apreciando-lhe o mérito ante a tempestividade apresentada.

Verifica-se que ao presente agravo de instrumento foi negado provimento pelo eminente Ministro Nilson Naves (fl. 199). Na referida decisão constou como advogado do agravante José Luiz da Silva Costa, e com este nome foi ela publicada.

Ocorre que o patrono regularmente constituído é Álvaro Luiz Pereira Nunes (fl. 124) que defendeu o ora agravante em todas as fases processuais, e é quem assinou a petição do agravo e as demais irrisignações.

Portanto, a publicação da decisão com o nome de outro advogado é causa de nulidade, ante o manifesto cerceamento de defesa.

Ante o exposto, conheço dos presentes embargos e os recebo para declarar a nulidade do acórdão proferido às fls. 208/211 e determinar que se proceda a nova publicação da decisão que negou provimento do agravo de instrumento.

HABEAS CORPUS N. 29.426 — SP (2003/0129700-4)

Relator: Ministro Humberto Gomes de Barros

Impetrante: José Miguel do Nascimento

Advogado: José Ayres Rodrigues

Impetrada: Segunda Câmara do Primeiro Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo

Paciente: José Miguel do Nascimento

EMENTA

Habeas corpus. Depositário judicial. Furto do bem. Avaliação indireta. Depósito do valor do bem subtraído. Possibilidade. Ordem concedida.

— O furto do bem sob guarda do depositário judicial quando devidamente comprovado, constitui fato alheio a sua vontade. Não pode ele responder por infidelidade, nos termos do art. 1.277 do Código Bevilacqua.

— É possível a avaliação indireta do bem furtado, para que o valor correspondente seja depositado em juízo, em substituição ao bem.

— Ordem concedida em definitivo.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, conceder a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator, em razão de empate verificado por ocasião deste julgamento. Votaram vencidos os Srs. Ministros Carlos Alberto Menezes Direito e Antônio de Pádua Ribeiro. O Sr. Ministro Castro Filho votou com o Sr. Ministro-Relator. Ausente, ocasionalmente, a Sr^a. Ministra Nancy Andrighi.

Brasília (DF), 11 de maio de 2004 (data do julgamento).

Ministro Humberto Gomes de Barros, Relator

DJ de 02.08.2004

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros: José Miguel do Nascimento impetrou **habeas corpus** em seu favor, porque teme ser preso a título de depositário infiel.

Aponta como autoridade coatora, a Segunda Câmara Cível do Primeiro Tribunal de Alçada Cível do Estado de São Paulo, que negou provimento a agravo de instrumento e manteve o decreto prisional. O acórdão diz:

“Depositário judicial — Prisão civil decretada — Alegação de furto dos bens sujeitos à sua guarda — Mera e sintomática notícia do crime que afasta sua responsabilidade de ser infiel — Alegação de decretação de insolvência civil — Comprovação da extinção do respectivo processo, restando hígida a execução em testilha — Agravo de instrumento não provido — **v.u.**”

O ora paciente foi intimado a apresentar bens penhorados (implementos agrícolas e imóveis — fls. 100 e 102), em execução por quantia certa de título extrajudicial (crédito rural pignoratício e hipoteca) promovida pelo Banco Nossa Caixa S/A, mas deixou de apresentar os bens móveis. Daí a origem do decreto prisional fixado em 1 (um) ano.

O impetrante sustenta, em síntese, que:

— os bens colocados sob sua guarda (duas colheitadeiras e um conjunto de irrigação) foram roubados, conforme comprovou boletim de ocorrência, datado de 06.06.2000;

— não pode ser responsabilizado por fato de terceiro;

— noticiou o crime à autoridade policial;

— os bens posteriormente foram localizados em local outro que não sua sede e que comunicou tal fato à polícia, que nada fez;

— informou ao Juízo que as colheitadeiras já estavam em seu poder e as colocou à disposição, bem como pediu a revogação da prisão;

— não encontrou o conjunto de irrigação, mas pediu nova avaliação indireta dos bens, para apurar o valor real a ser depositado em juízo;

— não houve manifestação sobre a apresentação das colheitadeiras e tampouco sobre o pedido de avaliação dos bens; posteriormente o oficial de justiça constatou a existência das colheitadeiras;

— não há mais justa causa a justificar o decreto da prisão civil.

Pede a concessão de **habeas corpus**, traduzido em salvo-conduto, para que cesse a coação ilegal.

A liminar foi indeferida pelo Ministro-Presidente do STJ (fl. 173).

Os autos me vieram conclusos ao final das férias. Concedi a ordem para casar o decreto até o julgamento deste **habeas corpus** (fls. 183/184).

O Ministério Público Federal, em parecer lançado pelo eminente Subprocurador da República, Dr. Fernando H. O. de Macedo, opinou pela concessão da ordem, em parecer assim ementado:

“**Habeas corpus**. Penhora. Impossibilidade de o paciente restituir os bens, em razão da ocorrência de furto dos mesmos. Fato alheio a sua vontade (força maior). Descabimento da prisão civil, ressalvada a hipótese de cobrança da dívida em ação de depósito. Precedentes citados. Parecer no sentido da concessão do presente HC.

— A infidelidade do depositário judicial de bens penhorados e sua consequente prisão civil ficam excepcionadas sempre que se verificar a impossibilidade justificada da restituição da coisa depositada, pela ocorrência do caso fortuito ou de força maior (art. 1.277 do CC, nestes autos aplicável). (Fl. 176)

VOTO

O Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros (Relator): Discute-se a legalidade da decretação da prisão civil de depositário que, intimado a apresentar os bens, não fez, afirmando que eles foram furtados e que persiste, mesmo após posterior localização de parte dos bens, já colocados à disposição da justiça, e de solicitação de avaliação indireta do bem não localizado, para depósito em juízo.

Estão presentes os elementos da ação e o **habeas corpus** é o instrumento adequado para evitar a ameaça de prisão e proteger a liberdade de locomoção de qualquer indivíduo. O paciente fez prova do constrangimento ilegal a que está sendo submetido nas razões da petição inicial.

A prisão é ilícita. Parte dos bens penhorados que foram furtados já estão à disposição da justiça. Quanto ao outro bem (conjunto de irrigação), o paciente pediu uma avaliação indireta do bem, para depositar em juízo.

Ora, o bem faltante desapareceu por motivo alheio à vontade do paciente, ele não contribui para o seu desaparecimento.

O interesse do credor é receber o valor da dívida, e não o bem objeto de depósito, não se pode negar ao paciente o direito de depositar o valor correspondente ao bem furtado e não encontrado.

Assim, a solicitação do paciente para que seja reavaliado o bem desaparecido deve ser atendida.

A jurisprudência do STJ afirma que, furtado o bem, não pode o devedor responder por infidelidade, diante da regra expressa no art. 1.277 do CC, uma vez que ocorreu fato alheio a sua vontade. Subsiste, no entanto, a obrigação de pagar o valor do débito. Assim a nossa jurisprudência:

“Alienação fiduciária. Ação de depósito. Furto do bem. Precedentes da Corte.

1. Já decidiu a Segunda Seção que furtado o bem prossegue a ação de depósito, afastada a decretação da prisão, processando-se a execução nos próprios autos pelo equivalente em dinheiro, valendo a sentença como título judicial.

2. Recurso especial conhecido e provido.” (REsp n. 510.999/Direito); e, “Depósito. Alienação fiduciária em garantia. Furto do bem. Força maior. Inadmissibilidade da cominação de prisão civil.

— Furtado o objeto da alienação fiduciária, não pode o devedor ser considerado depositário infiel, uma vez ocorrido fato alheio à sua vontade (art. 1.277 do Código Civil). Recurso especial conhecido e provido parcialmente.” (REsp n. 283.676/Barros Monteiro)

Com apoio no que já vem decidindo o STJ, concedo em definitivo a ordem, confirmando a já deferida.

VOTO-VENCIDO

O Sr. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito: Se se trata de **habeas corpus** originário, pedirei vênias ao ilustre Ministro-Relator para denegar a ordem.

Entendo que se o Tribunal de origem tivesse expressamente considerado que houve, evidentemente, o furto, mas desqualificasse o fato para efeito da prisão civil, haveria uma alternativa possível para a concessão da ordem.

Neste caso concreto, o que me parece é que foram duas colheitadeiras furtadas, ou seja, bens de grande porte. A evidência que se tem aqui, como disse muito bem o Senhor Ministro Humberto Gomes de Barros, é o registro de ocorrência. Temos, quando julgamos na área cível, desqualificado um pouco tal registro, até para efeitos de responsabilidade.

Então, parece-me muito arriscado que, nessa circunstância, em se tratando de depósito judicial de duas colheitadeiras, possa argumentar-se com esse fato.

Peço vênias ao Senhor Ministro Humberto Gomes de Barros para denegar a ordem de **habeas corpus**. De todos os modos, mesmo que o Ministro Antônio de Pádua Ribeiro venha a me acompanhar, a ordem será deferida diante do empate.

VOTO-VENCIDO

O Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro (Presidente): Srs. Ministros, também peço vênias ao ilustre Relator para denegar a ordem. Os nossos precedentes são

numerosos e no sentido de que o **habeas corpus** não é a via adequada para apurar fatos que, pela sua natureza, ensejam controvérsias.

VOTO

O Sr. Ministro Castro Filho: Sr. Presidente, com a devida vênua do ilustre Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, creio ser preferível, até quem sabe lançando mão do princípio da proporcionalidade, deferir a ordem de **habeas corpus** do que indeferi-la. Caso contrário, poderíamos estar subtraindo a liberdade por um erro que, talvez, não tenha cometido o paciente. Claro que, se estiver faltando com a verdade, há conseqüências pelas quais poderá responder.

Acompanho o voto do eminente Ministro-Relator.

ESCLARECIMENTOS

O Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro (Presidente): O bem estava sob depósito e instado a entregá-lo ...

O Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros (Relator): Pediu que se fizesse uma avaliação indireta para depositar o valor correspondente ao bem.

O Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro (Presidente): E o Tribunal negou?

O Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros (Relator): Sim.

O Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro (Presidente): Então, trata-se de um caso de bem furtado em que o depositário pediu que se fizesse uma avaliação indireta do valor do bem, a fim de depositá-lo. O Tribunal negou, e o Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros está concedendo a ordem.

O Sr. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito: O depositário desapareceu com o bem, não é isso?

O Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros (Relator): Comprovou que o bem que estava sob sua guarda havia sido furtado.

O Sr. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito: Comprovou que o bem havia sido furtado e ficou de pagar o valor.

O Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros (Relator): Pediu, então, que o bem fosse avaliado, mas o Tribunal não tomou conhecimento desse pedido e simplesmente decretou a prisão — negou o **habeas corpus**.

O Sr. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito: Ele era depositário judicial. O meu medo é em relação ao precedente, a parte ter que arcar com os ônus do furto do bem depositado judicialmente.

O Sr. Ministro Castro Filho: Sim, mas pagar com a liberdade? Está querendo pagar em dinheiro.

É questão de prova. Claro que, se não houve o furto ou se foi por descuido...

O Sr. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito: O meu medo, no caso, é em relação ao precedente.

O Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros (Relator): Mas, se comprovadamente houve o furto...

O Sr. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito: Mas estamos aceitando a comprovação aqui. O Tribunal não a aceitou.

O Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros (Relator): O Tribunal afirmou que “a alegação de furto dos bens sujeitos à sua guarda, mera e sintomática notícia do crime que afasta a responsabilidade de ser infiel”.

Na verdade, faria uma recomendação, ou seja, não fazer como a Justiça paulista, que, sistematicamente, constitui pessoas que sequer sabem que estão sendo constituídas em depositárias e, depois, vem a criar um tipo de prisão civil por dívida.

O Sr. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito: Ministro Humberto Gomes de Barros, pelo que estou depreendendo, ele foi considerado depositário judicial. O Tribunal de origem, pelo que Vossa Excelência leu, não confirmou ter havido furto, mas uma mera notícia de que havia sido furtado.

O Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros (Relator): Na verdade, há um boletim de ocorrência mostrando que foram furtadas duas colheitadeiras, coisas que não desaparecem assim.

O Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro (Presidente): De fato, gera uma certa dificuldade. Outro ponto é que envolve a prova de saber se foram furtadas ou não; o sujeito pode até ter desaparecido com os bens e feito um registro, uma ocorrência policial.

O Sr. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito: Trata-se de **habeas corpus** substitutivo de recurso ordinário?

O Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros (Relator): É originário.

RECURSO ESPECIAL N. 370.068 — GO (2001/0148303-5)

Relatora: Ministra Nancy Andrighi

Recorrente: Cyro Fidalgo

Advogados: Neiron Cruvinel e outros

Recorrida: Encol S/A Engenharia Comércio e Indústria — Massa Falida

Representada por: Sérgio Túlio Caetano — Síndico

Advogados: Marco Antônio Caldas e outros

EMENTA

Processual Civil. Comercial. Falimentar. Recurso especial. Ofensa à norma constitucional. Interesse de agir. Prequestionamento. Decisão. Fundamentação. Reexame fático-probatório. Falência. Desconsideração da personalidade jurídica. Indisponibilidade de bens. Ex-diretor de sociedade anônima. Embargos de declaração. Omissão. Contradição. Inexistência.

— A ofensa à norma constitucional não enseja recurso especial .

— O recorrente carece de interesse de agir no tocante à pretensão que já foi atendida pelo Tribunal **a quo**.

— Falta prequestionamento ao recurso especial no ponto que suscita questão não discutida na corte de origem.

— A desconformidade da decisão com as provas dos autos não revela ausência de fundamentação.

— É inadmissível o reexame fático-probatório em sede de recurso especial.

— Está correta a desconsideração da personalidade jurídica da Sociedade Anônima falida quando utilizada por sócios controladores, diretores e ex-diretores para fraudar credores. Nesse caso, o juiz falimentar pode determinar medida cautelar de indisponibilidade de bens daquelas pessoas, de ofício, na própria sentença declaratória de falência, presentes os requisitos do **fumus boni iuris** e os do **periculum in mora**.

— A contrariedade do julgado com o disposto na lei não se confunde com omissão ou a contradição que enseje embargos de declaração.

Recurso especial não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Terceira Turma, do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas constantes dos autos, prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, a Turma, por maioria, vencido os Srs. Ministros Ari Pargendler e Carlos Alberto Menezes Direito, não conhecer do recurso especial. Votaram vencidos os Srs. Ministros Ari Pargendler e Carlos Alberto Menezes Direito. Os Srs. Ministros Castro Filho e Antônio de Pádua Ribeiro votaram com a Sr^a. Ministra-Relatora.

Brasília (DF), 16 de dezembro de 2003 (data do julgamento).

Ministra Nancy Andrichi, Relatora

DJ de 14.03.2005

RELATÓRIO

A Sr^a. Ministra Nancy Andrichi: Cuida-se de recurso especial interposto por Cyro Fidalgo, com fundamento na alínea **a**, do permissivo constitucional, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, proferido em processo de falência.

Narram os autos que o juízo de falências e concordatas da Comarca de Goiânia — GO decretou a falência da Empresa Encol, por descumprimento das condições da concordata preventiva. Nessa mesma sentença, determinou-se a indisponibilidade e o seqüestro dos bens do agravante, o bloqueio de suas contas correntes, a proibição de se ausentar do País, e a sua transferência de residência para Goiânia.

O ora recorrente interpôs, assim, agravo de instrumento perante a Corte de origem, ao qual negou-se provimento em acórdão assim ementado:

“Agravo de instrumento. Sentença de falência. É mantida a sentença falimentar proferida com suficiente fundamentação, especificando o Juiz os fatos e as razões de seu convencimento — art. 458 do Código de Processo Civil.

Prejudicado o recurso em face das medidas acautelatórias de direito já revogadas nesta segunda instância, relativas aos denominados restritos pela sentença, incluindo-se, pois, diretores e ex-diretores da falida, à exceção da indisponibilidade de seus bens.

Agravo improvido”. (Fl. 258)

Foram interpostos embargos de declaração alegando-se omissões, contradições e obscuridades que, entretanto, restaram não providos, por inexistência de tais vícios.

Daí o presente recurso especial no qual se alega ofensa aos seguintes dispositivos legais:

I - art. 93, IX, e 5^ª, LIV e LV da Constituição Federal, por deficiência de fundamentação da sentença e do acórdão recorrido.

II - art. 6^º do Decreto-Lei n. 7.661/1945, porque o seqüestro de bens somente poderia ser decretado com a instauração do processo ordinário pertinente.

III - arts. 86 e 95 do CPC, porque o juiz de primeiro grau extrapolou de sua jurisdição ao interferir nos interesses do recorrente, residente em outra Comarca.

IV - art. 472 do CPC, uma vez que o recorrente não integrava o processo de concordata e nem foi citado para se defender anteriormente à sentença de falência.

V - art. 34 do Decreto-Lei n. 7.661/1945, pois não poderia ser aplicado ao recorrente, que não era falido.

VI - art. 292, § 1^º, I, II e III, e § 2^º do CPC, porque não poderia ter sido determinada medida cautelar em processo de conhecimento, sendo incompatíveis os ritos processuais.

VII - arts. 2^ª, 796, 798, 801 e 802 do CPC, porque determinada a indisponibilidade dos bens, de ofício, pelo magistrado.

VIII - art. 1.217 do CPC e 207 da Lei de Falências, pois incompatível a aplicação subsidiária do Código de Processo Civil ao processo de falência.

IX - art. 458, II e III c.c. o art. 165 do CPC, uma vez que tanto a r. sentença quanto o acórdão recorrido distanciaram-se das provas dos autos, indicativas de que o autor não era ex-diretor da empresa falida.

X - art. 5^ª da LICC, ao se determinar a indisponibilidade dos bens do agravante com base neste dispositivo.

XI - art. 535 do CPC, por não terem sido providos os embargos de declaração. Contra-razões às fls. 500/515.

É o relatório.

VOTO

A Sr^ª. Ministra Nancy Andrighi (Relatora):

I - Da afronta a normas constitucionais

O recurso especial não é a via própria para se suscitar ofensa aos arts. 93, IX, e 5^ª, LIV e LV, da Constituição Federal.

II - Da ofensa ao art. 6º do Decreto-Lei n. 7.661/1945

A violação ao art. 6º do Decreto-Lei n. 7.661/1945, refere-se à determinação do seqüestro dos bens do ora recorrente, medida que já foi revogada, segundo notícia o aresto recorrido:

“(…) De ver que restaram, todavia, revogadas as medidas acautelatórias de seqüestro dos bens dos ex-diretores, denominados restritos pela sentença, através do Acórdão n. 16.572-7 desta Terceira Câmara Cível, (…)” (fl. 255).

Carece o recorrente, neste ponto, de interesse de agir.

III - Da contrariedade aos arts. 86 e 95 do CPC

A ofensa aos arts. 86 e 95 do CPC pertine ao tema intitulado pelo ora recorrente, em sede de embargos de declaração, como “Usurpação de Jurisdição”.

A questão, todavia, foi aventada originalmente em sede daqueles embargos, daí por que não foi examinada pelo Tribunal **a quo**, que assim se expressou:

“Destarte, incorrem a grande maioria das arguições apostas nos presentes embargos, em mera tentativa de rediscussão de matéria já tratada no acórdão, à exceção da denominada ‘usurpação de jurisdição’, que configura matéria estranha ao presente acórdão, porquanto não argüida anteriormente no processo,(…)” (fl. 278)

Dessa forma, resta ausente o prequestionamento da matéria, pois, mesmo após interpostos embargos de declaração, esta não foi discutida pela Corte de origem que tão pouco estava obrigada a tal exame, tendo em vista não se tratar de omissão, contradição ou obscuridade.

IV - Da violação aos arts. 1.217 do CPC e 207 da Lei de Falências

Os arts. 1.217 do CPC e 207 da Lei de Falências, referem-se aos recursos cabíveis em processo falimentar, matéria não discutida no acórdão recorrido e, portanto, sobre a qual carece o recurso do necessário prequestionamento.

Ademais, ainda que tenha sido aventado nos embargos de declaração, não estava o Tribunal **a quo** obrigado a se pronunciar sobre o tema, pois impertinente à solução da lide.

Incide, assim, o óbice da Súmula n. 211-STJ.

V - Da afronta ao art. 458, II e III, c.c. o art. 165 do CPC

A ofensa ao art. 458, II e III, c.c. o art. 165 do CPC refere-se à apreciação errônea das provas dos autos, pois estas indicavam, na realidade, que o recorrente não era ex-diretor da empresa Encol, mas apenas empregado.

Como se vê dos próprios argumentos expendidos, não há que se falar em violação aos apontados dispositivos legais, pois a má apreciação das provas não importa em ausência ou deficiência de fundamentação do julgado e, muito menos, em ausência de parte dispositiva.

De qualquer forma, o exame das alegações requer, necessariamente, o revolvimento de matéria fático-probatória, a fim de verificar se era ou não diretor, o ora recorrente, o que atrai o óbice da Súmula n. 07-STJ.

VI - Da violação aos arts. 2º, 292, § 1º, I, II e III, e § 2º, 472, 796, 798, 801 e 802 do CPC, art. 34 do Decreto-Lei n. 7.661/1945 e art. 5º da LICC

A controvérsia que diz respeito à ofensa aos arts. 2º, 292, § 1º, I, II e III, e § 2º, 472, 796, 798, 801 e 802 do CPC, art. 34 do Decreto-Lei n. 7.661/1945 e art. 5º da LICC, pode ser resumida à seguinte questão: saber se é possível, na sentença declaratória de falência, determinar-se, de ofício, a indisponibilidade de bens de ex-diretor da empresa falida.

Sobre o tema, assim se pronunciou a Corte de origem:

“(...) a indisponibilidade de bens aplicada no presente caso é medida que se impõe, a fim de assegurar o resultado útil do processo como salientado na sentença. Sua aplicação decorre do poder geral de cautela conferido ao juiz pela oportuna aplicação ao presente caso do art. 798 do Código Processual Civil. Não vislumbro aqui qualquer ilegalidade ou abuso de poder a justificar a alteração do julgado, mormente em se considerando que o Decreto-Lei n. 7.661/1945, conquanto especial, harmoniza-se perfeitamente à aplicação subsidiária do CPC adotada na sentença.

A propósito, pertinente a observação do ilustre sentenciante em suas informações, à fl. 377, quando diz que ‘a indisponibilidade de bens dos diretores de Sociedade Anônima quando falida, bem como das incorporadoras, é preceito legal e matéria de ordem pública. Tanto o Decreto-Lei n. 7.661/1945 quanto a Lei n. 6.404/1976 e ainda a Lei n. 4.591/1964, autorizam a presente medida judicial’. E ainda: ‘também o art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil autoriza tal poder ao juiz’ (fl. 736). Resulta, de fato, a medida, numa intromissão forçada no patrimônio do falido, imposta por sentença como restrição legal prevista no art. 34 da Lei de Falência.” (Sic) (fls. 441/442)

Primeiramente, importa definir a amplitude do poder geral de cautela, definido no art. 798 do CPC, **in verbis**:

“Além dos procedimentos cautelares específicos, que este Código regula no Capítulo II deste Livro, poderá o juiz determinar as medidas provisórias

que julgar adequadas, quando houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação”.

Assim, está o juiz autorizado a determinar qualquer medida, ainda que não prevista em lei, a fim de garantir um bem da vida contra o risco de lesão.

Nesse passo, o magistrado pode atuar até mesmo **ex officio**, quando o risco de lesão pender, como no caso dos autos, sob a eficácia do processo e não diretamente sobre os interesses individuais. É o que esclarece **Humberto Theodoro Júnior** (“Processo Cautelar”, 17ª ed., São Paulo, Universitária de Direito, 1998, pp. 103/104):

“Como sujeito processual, o órgão judicial tem direitos e poderes processuais, que podem ser lesados ou postos em risco pela desídia ou má-fé da parte.

Para tutelar o interesse do Estado na justa composição da lide, o Código, por exemplo, determina que, embora a iniciativa do processo seja da parte, seu desenvolvimento se dê por impulso oficial (art. 262).

E para consecução dos objetivos de ordem pública que inspiram a atividade jurisdicional, confere o Código (art. 125) ao juiz poderes na direção do processo,(...)

(...)

Se esses interesses públicos que o Estado detém no processo foram ameaçados de lesão, é claro que o juiz pode preveni-los adotando as medidas cautelares compatíveis, sem que tenha de aguardar a iniciativa ou provocação da parte prejudicada.

(...)

Impõe-se, dessa forma, reconhecer que, quando está em jogo a garantia do próprio processo em andamento e do interesse estatal na efetiva aplicação da lei, as medidas cautelares inominadas, compreendidas dentro dos limites dos poderes processuais o juiz, tanto podem ser tomadas a requerimento da parte, como **ex officio**.”

Também esta Corte possui entendimento de que é cabível o exercício do poder geral de cautela, de ofício, como revela a ementa do ROMS n. 5.345/RS, DJ de 07.08.1995, Relator Ministro Waldemar Zveiter:

“Processual Civil — Poder cautelar do juiz — Arresto.

I - Jurisprudência do STJ acolhe entendimento no sentido de que arresto decretado pelo juiz da execução, de ofício, no exercício de seu poder cautelar

e para garantia do processo e eficácia da decisão, é cabível e pode ser efetivado sem audiência da parte adversa.

(...)”

Isso posto, deve-se definir a aplicação da norma contida no art. 798 ao processo falimentar.

De fato, conforme asseverado no julgamento dos REspS ns. 99.220/MG e 25.941/SP, ambos da relatoria do eminente Ministro Barros Monteiro, as normas do Código de Processo Civil aplicam-se, subsidiariamente, ao Decreto-Lei n. 7.661/1945, desde que não exista regra própria na Lei de Falências e que sejam compatíveis, como é o caso do poder geral de cautela, sobretudo porque esse poder tem acento em princípios processuais gerais como o da “Efetividade da Jurisdição” e da “Segurança Jurídica”, garantidos constitucionalmente, (**Cunha, Alcides Munhoz da**. “Comentários ao Código de Processo Civil”, Vol. 11, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2001, p. 543).

Dessa forma, o juízo da falência também está autorizado a determinar medidas cautelares inominadas, de ofício, desde que presentes os requisitos, os quais devem ser avaliados levando-se em conta que, no processo falimentar, há a presença de um forte interesse do Estado em garantir tanto a ordem econômica como social, certamente abaladas pela decretação de falência.

Assim, no presente caso, cumpre verificar se a medida cautelar de indisponibilidade de bens preenche os requisitos do **fumus boni iuris** e os do **periculum in mora**.

Tais pressupostos foram adequadamente demonstrados na sentença declaratória de falência, na qual o ilustre juízo de primeiro grau detectou que sócios, diretores e ex-diretores teriam praticado fraude para dissipação do patrimônio da empresa, até às vésperas da decretação da quebra, inclusive com a transferência de bens para outras sociedades. Ficou ponderado naquela oportunidade:

“Pelo que se nota, os bens da concordatária não são suficientes para o pagamento dos débitos trabalhistas, fiscais, com garantia hipotecária e aqueles quirografários. Teme-se que os responsáveis pela quebra, diretor-presidente e demais diretores, venham a alienar seus bens pessoais para que eles não sejam alcançados pelos efeitos da falência. Logo, torna-se imperiosa a restrição à disponibilidade dos bens de todos os diretores colhidos pelo termo legal da falência, bem como daqueles que com eles transacionaram no período.” (Fl. 64)

De tudo quanto já exposto, conclui-se pela regularidade da medida cautelar de indisponibilidade de bens determinada na sentença declaratória da falência.

Persiste, porém, um ponto merecedor de análise, que é o fundamento pelo qual o ex-diretor da empresa falida, ora recorrente, foi atingido pela medida cautelar.

Segundo asseverou o juízo da falência, a personalidade jurídica da Sociedade Anônima, ora falida, foi desconsiderada, a fim de se responsabilizar patrimonialmente sociedades controladas, sócios, diretores e ex-diretores que atuaram no período denominado termo legal da falência. Colhe-se da sentença:

“Há provas da utilização abusiva da pessoa jurídica, com intuito de fugir à incidência de obrigações contratuais e causar, fraudulentamente, danos aos credores. (...)

(...)

A extensão dos efeitos da quebra às empresas controladas, ao presidente e aos ex-presidentes e ex-diretores que se retiraram ou que foram substituídos no termo legal da falência, é uma conseqüência normal da aplicação, necessária, da declaração de ineficácia dos atos danosos perpetrados, autorizada pela disposição do art. 52 do Decreto-Lei n. 7.661/1945.

O legislador quis, assim, impedir fraudes pela substituição do diretor, com objetivo de evitar sua responsabilidade e garantir patrimônio para os controladores. (...)

(...)

Por trás da aparência formal o desvio do patrimônio é feito, geralmente, com a criação de outras empresas em nome de pessoas que não participam da sociedade primitiva, (...). O famigerado ‘caixa dois’, imune à fiscalização do Estado, é a porta de livre-saída do patrimônio. *É o que se deduz do presente processo, através de milionários acordos trabalhistas realizados por diretores que representaram, ao mesmo tempo, reclamante e reclamada.*

Pelos feitos levantados, pode-se concluir que, na hipótese em exame, os administradores da empresa e ou seus controladores, serviram-se da pessoa jurídica para fins alheios aos princípios de caráter social de que deveria estar revestida.

(...)

A transferência de bens da sociedade para outrem, às vésperas da quebra ou durante o período do termo legal, é conduta reprovável nas relações de comércio, causadora da insolvência. Tal conduta justifica a desconsideração da personalidade jurídica e a declaração de ineficácia de qualquer ato lesivo levado a efeito, (...) (fls. 51/62).

Depreende-se dessa leitura, que foi correta a aplicação da Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica, pois presentes os pressupostos de utilização da pessoa jurídica para a prática de fraude ou abuso de direito em prejuízo de terceiros (REsp n. 8.502, Relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar, DJ de 26.08.1996).

Além disso, verificado o uso abusivo da personificação societária para fraudar a lei ou prejudicar credores (REsp n. 158.051/RJ, Relator Ministro Barros Monteiro, DJ de 12.04.1999), o juiz está autorizado a desconsiderar a personalidade jurídica, inclusive no próprio processo de execução (singular ou coletiva, como **in casu**).

Cite-se, a respeito, trecho do v. acórdão e do voto do ilustre Relator, Ministro Eduardo Ribeiro, em precedente desta colenda Terceira Turma (Recurso Especial n. 211.619/SP, DJ de 23.04.2001), o qual admitiu a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica nos próprios autos do processo de falência:

(Ementa): “(...) Falência. Extensão dos efeitos. Comprovação de fraude. Aplicação da teoria da desconsideração da pessoa jurídica. (...)”

III - Provada a existência de fraude, é inteiramente aplicável a Teoria da Desconsideração da Pessoa Jurídica a fim de resguardar os interesses dos credores prejudicados.”

(Voto do Relator): “No caso em exame, a decisão de primeiro grau explicitou longamente a promiscuidade de negócios entre as empresas, as práticas maliciosas, tendentes a fraudar credores. A exposição é minuciosa, constando especialmente de fls. 98 e seguintes, e a ela me reporto. Dela se verifica que, constituindo as empresas um só grupo econômico, com a mesma direção, os negócios eram conduzidos tendo em vista os interesses desse e não os de cada uma das diversas sociedades. A separação era apenas formal.

Considero, com base na moderna doutrina sobre a matéria, que a teoria da desconsideração da personalidade é de ser aplicada entre nós, embora regra expressa só exista para situações específicas, como se verifica no âmbito das relações trabalhistas (CLT, art. 2º, § 2º) e de consumo (CDC, art. 28). Esse último dispositivo, aliás, admite a desconsideração quando houver falência.”

Dessa forma, a desconsideração da personalidade jurídica possibilita que o patrimônio de diretor de Sociedade Anônima, que dela se tenha utilizado para praticar ato fraudulento contra credores, seja atingido pelos efeitos da sentença declaratória de falência. (Valle, Anco Márcio. “O Direito do Consumidor à Desconsideração da Personalidade Jurídica, em Caso de Falência da Sociedade Fornecedor” **in** *Ajuris*, Edição Especial t. 2, 1998, p. 664).

Pela mesma razão, também, no caso dos autos, o ex-diretor deve ser alcançado, pois há provas, segundo apurado na sentença, de que, enquanto administrava a

pessoa jurídica, valeu-se dela para praticar ato fraudulento, em detrimento dos credores, contribuindo para a falência desta.

Aliás, segundo **Luiz Guilherme Marnoni** e **Marcos Aurélio de Lima Júnior** (“Fraude. Configuração. Prova. Desconsideração da personalidade jurídica” in *Genesis — Revista de Direito Processual Civil*, n. 15, p. 157) “ todos aqueles que, valendo-se do manto societário, agiram de modo fraudulento ou abusivo, burlando a lei, violando obrigações contratuais ou prejudicando terceiros, responderão pelos créditos insatisfeitos, dos credores sociais.”

Por tais motivos, a medida cautelar determinada pelo juízo falimentar, no exercício do poder geral de cautela, encontra amparo na teoria da desconsideração da personalidade jurídica para atingir o patrimônio do ora recorrente.

VII - Da infringência ao art. 535 do CPC

A contrariedade ao art. 535 do CPC refere-se à permanência de vícios no acórdão recorrido, pelo não-provimento dos embargos de declaração.

Cumpre, portanto, verificar se havia de fato omissão, contrariedade ou obscuridade que devesse ser suprida pelo Tribunal de origem.

De fato, à exceção da apontada omissão com relação a indicação dos dispositivos das Leis ns. 6.404/1976 e 4.591/1964, e do Decreto-Lei n. 7.661/1945 que permitiriam tornar indisponíveis os bens do ora recorrente, não foi apontado qualquer outro vício ensejador de embargos declaratórios.

O então embargante limitou-se a alegar omissão, porque não aplicados artigos de lei e da Constituição Federal, tais como os arts. 458, 472, 798 do CPC, 5ª, LIV e IV e 93, IX, da CF, 6ª, 14 e 34, da Lei de Falência e 5ª da LICC, além de contradição entre o acórdão e o disposto nessas mesmas normas.

Todavia, a ofensa à norma não se traduz em vício sanável por meio de embargos de declaração, devendo o embargante fundamentar o recurso em omissão ao não se apreciar determinada questão, contradição entre as proposições do julgado embargado ou obscuridade na análise de tema pertinente à solução da lide.

Ressalte-se, ainda, que a simples pretensão a prequestionamento também não basta para fundamentar os embargos declaratórios

Até esse ponto, portanto, não houve qualquer ofensa ao art. 535 do CPC.

Com relação à menção explícita acerca dos artigos das Leis ns. 6.404/1976 e 4.591/1964, e do Decreto-Lei n. 7.661/1945, que o Tribunal entendia aplicáveis, realmente ficou omissa o acórdão recorrido, pois aqueles diplomas legais foram mencionados como razão de decidir — ao se considerar possível a indisponibiliza-

ção dos bens do ora recorrente — sem, entretanto, que se apontasse quais os artigos autorizadores dessa conclusão.

Apesar de reconhecida a ofensa ao art. 535 do CPC, não se deve anular o acórdão recorrido, em nome da economia processual, pois a questão acerca dos fundamentos que autorizam a decretação de indisponibilidade dos bens do recorrente já foi suficientemente examinada e decidida de acordo com as razões anteriormente expostas.

Forte em tais razões, não conheço do recurso especial.

É o voto.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Castro Filho: Informam os autos que o Juízo de Direito da Vara de Falências, Concordata e Insolvência Civil da Comarca de Goiânia — GO, na mesma sentença que decretou a falência de Encol S/A, em razão do descumprimento das condições da concordata preventiva, após aplicar a teoria da desconSIDERAÇÃO da personalidade jurídica, determinou, com supedâneo no poder geral de cautela (art. 798 do Código de Processo Civil), a indisponibilidade e o seqüestro dos bens de Cyro Fidalgo, ex-diretor da empresa, além do bloqueio de suas contas correntes, proibição de se ausentar do País e sua transferência de residência para Goiânia.

Apreciando o agravo de instrumento interposto, a Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, por unanimidade, negou provimento ao recurso. Eis, no que interessa ao presente julgamento, a fundamentação do aresto **a quo**:

“Outrossim, a indisponibilidade de bens aplicada ao presente caso é medida que se impõe, a fim de assegurar o resultado útil do processo, como salientado na sentença. Sua aplicação decorre do poder geral cautelar conferido ao juiz pela oportuna aplicação ao presente caso do art. 798 do Código de Processo Civil. Não vislumbro aqui qualquer ilegalidade ou abuso de poder a justificar a alteração do julgado, mormente em se considerando que a Lei n. 7.661/1945, conquanto especial, harmoniza-se perfeitamente à aplicação subsidiária do CPC adotada na sentença.

A propósito, pertinente a observação do ilustre sentenciante em suas informações, à fl. 377, quando diz que ‘a indisponibilidade de bens dos diretores de Sociedade Anônima quando falida, bem como das incorporadoras, é preceito legal e matéria de ordem pública. Tanto o Decreto-Lei n. 7.661/1945 quanto a Lei n. 6.404/1976 e ainda a Lei n. 4.591/1964, autorizam a presente

medida judicial.' E ainda: 'também o art. 5^ª da Lei de Introdução ao Código Civil confere tal poder ao juiz' (fl. 736). Resulta, de fato, a medida, numa intromissão forçada no patrimônio do falido, imposta por sentença como restrição legal prevista no art. 34 da Lei de Falências.

Por tais razões, nego provimento ao presente agravo de instrumento, quanto à cautelar de indisponibilidade de bens do agravante, mantendo a sentença, neste particular, por seus próprios fundamentos. E, no respectivo às demais medidas cautelares, tenho por prejudicado o recurso, à vista de sua revogação pelo Acórdão n. 16.572-7 desta Terceira Câmara Cível."(Fls. 441/442)

Opostos embargos declaratórios, foram rejeitados.

Inconformado, ainda, Cyro Fidalgo interpôs recurso especial, amparado na alínea **a** do permissivo constitucional, no qual alegou violação aos arts. 93, IX, 5^ª, LIV e LV da Constituição Federal; 6^ª, 34 e 207 do Decreto-Lei n. 7.661/1945; 2^ª, 86, 95, 165, 292, § 1^ª, I, II, III, e § 2^ª, 458, II e III, 472, 535, 796, 798, 801, 802 e 1.217 do Código de Processo Civil e 5^ª da Lei de Introdução ao Código Civil.

Sustentou, em síntese, o recorrente:

- a) deficiência de fundamentação da sentença e do acórdão recorrido;
- b) omissão do aresto ao não declinar os artigos das Leis ns. 6.404/1976; 4.591/1964 e Decreto-Lei n. 7.661/1945 que ampararam a conclusão no sentido da possibilidade de declaração de ofício da indisponibilidade dos bens do recorrente;
- c) o seqüestro e a indisponibilidade dos bens somente poderiam ser determinados após a instauração de processo ordinário, sendo inadmissível a medida cautelar **ex officio**, no caso;
- d) tanto a sentença quanto o acórdão interpretaram erroneamente as provas dos autos indicativas de que o recorrente não era ex-diretor da falida, mas somente empregado, regido pela Consolidação das Leis do Trabalho.

Antecipo que, em relação à alegada negativa de vigência aos arts. 86, 95, 165, 458, e 1.217 do Código de Processo Civil e 6^ª e 207 da Lei de Falências, também objeto do recurso especial, acompanho o voto da digna Relatora, pois, ou as questões carecem de prequestionamento ou envolvem reexame de matéria de prova, como, por exemplo, verificar se o recorrente era ou não diretor da empresa falida, como afirmaram as decisões recorridas, com base na prova colhida nos autos.

A determinação de seqüestro dos bens do recorrente foi revogada. Logo, ausente o interesse recursal, no ponto.

De outro lado, é de se salientar ser inadmissível apreciar, em sede de especial, violação a dispositivos constitucionais. Cabível, para tanto, o extraordinário.

Solicitei vista dos autos principalmente para conferir precedentes desta Corte sobre a possibilidade de decretação **ex officio** da indisponibilidade de bens de diretor de empresa falida, porque é indiscutível não se confundir poder geral de cautela, reconhecido ao juiz pelo art. 798 do Código de Processo Civil, com a concessão **ex officio** de medida cautelar. Esta só pode ser deferida de ofício, se houver expressa autorização legal.

Em relação ao tópico, concluiu a Ministra Nancy Andrighi, ilustre Relatora, que o juiz está autorizado a determinar qualquer medida, em razão da amplitude desse poder contemplado pela norma processual, aplicável ao processo falimentar, com o escopo de garantir o bem da vida contra o risco de lesão.

“Nesse passo”, asseverou a Relatora, “o magistrado pode atuar até mesmo **ex officio**, quando o risco de lesão pender, como no caso dos autos, sob a eficácia do processo e não diretamente sobre os interesses individuais.”

Disse, ainda, **verbis**:

“Dessa forma, o juízo da falência também está autorizado a determinar medidas cautelares inominadas, de ofício, desde que presentes os requisitos, os quais devem ser avaliados levando-se em conta que, no processo falimentar, há a presença de um forte interesse do Estado em garantir tanto a ordem econômica como social, certamente abaladas pela decretação de falência.

Assim, no presente caso, cumpre verificar se a medida cautelar de indisponibilidade de bens preenche os requisitos do **fumus boni iuris** e do **periculum in mora**.

Tais pressupostos foram adequadamente demonstrados na sentença declaratória de falência, na qual o ilustre juízo de primeiro grau detectou que sócios, diretores e ex-diretores teriam praticado fraude para dissipação do patrimônio da empresa, até as vésperas da decretação da quebra, inclusive com a transferência de bens para outras sociedades.”

Em seu voto, explicitou a correção do provimento jurisdicional recorrido, ao usar a teoria da desconsideração da personalidade jurídica, como fundamento para o exercício do poder geral de cautela. Citou precedentes desta Corte que admitem a desconsideração, desde que verificado o uso abusivo da sociedade para fraudar a lei ou prejudicar credores, inclusive no processo de execução coletiva.

Ressaltou sobre o assunto:

“Persiste, porém, um ponto, merecedor de análise, que é o fundamento pelo qual o ex-diretor da empresa falida, ora recorrente, foi atingido pela medida cautelar.

Segundo asseverou o juiz da falência, a personalidade jurídica da Sociedade Anônima, ora falida, foi desconsiderada, a fim de se responsabilizar patrimonialmente sociedades controladas, sócios, diretores e ex-diretores que atuaram no período denominado termo legal da falência. Colhe-se da sentença:

‘Há provas da utilização abusiva da pessoa jurídica, com intuito de fugir à incidência de obrigações contratuais e causa, fraudulentamente, danos aos credores. (...)

(...)

A extensão dos efeitos da quebra às empresas controladas, ao presidente e aos ex-presidentes e ex-diretores que se retiraram ou que foram substituídos no termo legal da falência, é uma conseqüência normal da aplicação, necessária, da declaração de ineficácia dos atos danosos perpetrados, autorizada pela disposição do art. 52 do Decreto-Lei n. 7.661/1945.

O legislador quis, assim, impedir fraudes pela substituição do diretor, com objetivo de evitar sua responsabilidade e garantir patrimônio para os controladores. (...)

(...)

Por trás da aparência formal o desvio do patrimônio é feito, geralmente, com a criação de outras empresas em nome de pessoas que não participam da sociedade primitiva, (...). O famigerado ‘caixa dois’, imune à fiscalização do Estado, é a porta de livre-saída do patrimônio. *É o que se deduz do presente processo, através de milionários acordos trabalhistas realizados por diretores que representaram, ao mesmo tempo, reclamante e reclamada.*

Pelos feitos levantados, pode-se concluir que, na hipótese em exame, os administradores da empresa e ou seus controlados, serviram-se da pessoa jurídica para fins alheios aos princípios de caráter social de que deveria estar revestida.

(...)

A transferência de bens da sociedade para outrem, às vésperas da quebra ou durante o período do termo legal, é conduta reprovável nas relações de comércio, causadora da insolvência. Tal conduta justifica a desconsideração da personalidade jurídica e a declaração de ineficácia de qualquer ato lesivo levado a efeito, (...)’ (fls. 51/62).

Depreende-se dessa leitura, que foi correta a aplicação da Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica, pois presentes os pressupostos de utilização da pessoa jurídica para a prática de fraude ou abuso de direito em prejuízo de terceiros (REsp n. 8.502, Relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar, DJ de 26.08.1996).

(...)

Por tais motivos, a medida cautelar determinada pelo juízo falimentar, no exercício do poder geral de cautela, encontra amparo na teoria da desconsideração da personalidade jurídica para atingir o patrimônio do ora recorrente.”

É certo que essa teoria, de larga utilização em outros países, foi incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro para as situações em que se usa a sociedade em benefício de poucos, sem se preocupar com os prejuízos de muitos que com ela se relacionam.

A teoria relativizou a autonomia da pessoa jurídica, nos casos em que estão comprovadas manobras artificiosas com o objetivo de burlar a lei e responsabilizar, abusivamente, a sociedade por seus atos perante a coletividade.

Nesse sentido já decidiu esta Corte, como enfatizou a Relatora, ao citar os Recursos Especiais ns. 211.619/SP, Relator para o acórdão o Ministro Waldemar Zveiter (DJ de 23.04.2001) e 158.051/RJ, Relator Ministro Barros Monteiro (DJ de 12.04.1999).

Esta Terceira Turma também já se manifestou sobre o tema, em precedente relatado pela própria Ministra Nancy Andrighi, no RMS n. 12.872/SP.

Quanto à determinação da indisponibilidade dos bens, razão do pedido de vista, algumas considerações ainda são indispensáveis.

A quebra pode ser declarada com base nos arts. 1º, 2º e 8º do Decreto-Lei n. 7.661/1945, ou em razão do descumprimento da concordata suspensiva ou preventiva.

No caso do art. 1º (impontualidade), segue-se o rito do art. 11: requerida a falência em razão de atos ou fatos que demonstrem a insolvabilidade do comerciante, como aqueles mencionados no art. 2º da Lei de Falências (liquidação precipitada, atos ruinosos ou fraudulentos, transferência do estabelecimento a terceiros etc), o procedimento será o estabelecido no art. 12, que, no § 4º, permite ao juiz, “de ofício ou a requerimento do credor”, ordenar o seqüestro dos livros, correspondência e bens do devedor, bem como “proibir qualquer alienação destes, publicando-se o despacho, em edital, no órgão oficial.”

Como ensina **José da Silva Pacheco**, a sentença que decreta a falência, tenha ela sido requerida com base nos arts. 1º, 2º ou pelo descumprimento da concordata preventiva ou suspensiva, deve conter os requisitos do art. 14 da referida lei.

Este, por sua vez, dispõe, no inciso VI, que o juiz “providenciará as diligências convenientes ao interesse da massa, podendo ordenar a prisão preventiva do falido ou dos representantes da sociedade falida, com fundamento em provas que demonstrem a prática de crime falimentar”.

Nos dizeres do eminente jurista:

“O art. 14 é genérico e abrange toda e qualquer sentença que decrete a quebra, seja qual for o título que enseje a ação ou o procedimento, inclusive a sentença que tenha de ser proferida no curso do processo de concordata.

Quais são as diligências que devem ser praticadas antes do pronunciamento do juiz? São aquelas que a lei ou o próprio juiz ordena, como por exemplo as previstas pelos arts. 8º, 11, 12 e § 1º do art. 60.

(...)

Pouco importa quem tenha requerido a quebra; pouco importa o título que ensejou o pedido; pouco importa seja o pedido feito autonomamente ou no curso do processo de concordata, a sentença que decretar a quebra, ainda que **ex officio**, como ocorre na concordata, deve conter os requisitos do parágrafo único do art. 14. Essa sentença, transitando em julgado, produz efeitos sobre todos os credores, devedores, bens e contratos abrangidos pela falência (**Miranda Valverde**, ‘Com. à Lei de Fal.’, vol. I, p. 150; **Sampaio de Lacerda**, ‘Manual de Direito Falimentar’, 1959, p. 86).” (“Processo de Falência e Concordata”, 11ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2000, p. 230)

Nelson Abraão, por sua vez, enfatiza:

“Constituindo-se em uma peça processual, deverá a sentença revestir-se dos requisitos da lei adjetiva comum, expressamente enumerados no art. 458 do CPC, ou seja, o relatório, os fundamentos de fato e de direito e a parte dispositiva, isto é, solutória da pendência. E por exigência da lei falimentar, conterà o decisório os elementos reconhecedores do estado de insolvência e as providências necessárias para enfrentá-lo.

(...)

Na sentença o juiz disporá acerca das diligências de caráter patrimonial de interesse da massa, bem como de medida penal, se a petição inicial vier acompanhada de provas indicadoras de prática de crime falimentar: poderá decretar a prisão preventiva do falido ou dos representantes legais da socieda-

de falida. A esse ato deverá seguir a instauração de procedimento penal regular de conhecimento que, na órbita falimentar, nasce, como se verá oportunamente, como inquérito judicial.” (“Curso de Direito Falimentar”, 5ª. ed., São Paulo, Editora Universitária de Direito, 1997, pp. 113/115).

No mesmo sentido, **Fábio Ulhôa Coelho** assinala que o juiz, na sentença de quebra, poderá “determinar medidas cautelares no interesse da massa, como o seqüestro de bens. Outrossim, se o fundamento do pedido julgado procedente demonstra prática de crime falimentar, poderá ser ordenada a prisão preventiva do falido”. (“Manual de Direito Comercial”, 12ª ed., São Paulo, Editora Saraiva, 2000, pp. 308/309).

No caso concreto, a falência foi decretada em razão do descumprimento da concordata preventiva (art. 162). Consoante assevera *José da Silva Pacheco*, comentando os casos em que a concordata preventiva convola-se em falência:

“Em todos os casos, com exceção do previsto no art. 154, decreta-se a falência quer por não estar em condições o pedido de concordata, quer por não haver fato que autorize esse pedido, quer por haver fato que constitua título executivo falencial, quer por descumprimento de obrigações ou condições previstas.”

(...)

“O fato de o comerciante pedir concordata sem ter condições ou sem que haja os requisitos ou elementos tidos por lei como necessários a essa prestação jurisdicional, caracteriza, iniludivelmente, o título executivo falencial, por se revestir dos elementos caracterizados quer pelo art. 1ª, quer pelo art. 2ª.

Nesse caso, qualquer credor tem ação para pedir a falência, mas, como o fato transparece no processo de concordata **sub judice**, pode o juiz **ex officio** decretar a quebra.” (Ob. cit., pp. 632/633)

Em razão das inúmeras evidências da prática de atos fraudulentos, não só pelos sócios da sociedade falida, mas também pelos seus diretores, muitos dos quais definidos no art. 2ª da lei falimentar, o juiz, munido dos poderes que esta lhe confere e aqueles inerentes ao poder cautelar inserto no Código de Processo Civil, decidiu, no interesse da massa e da coletividade, notoriamente prejudicada pela ruinosa administração da empresa, desconsiderar a personalidade jurídica da empresa e decretar a quebra, com a indisponibilidade dos bens dos responsáveis diretos e solidários.

Destarte, entendo que a providência está autorizada pelos arts. 12, § 4ª, e art. 14, inciso VI, do Decreto-Lei n. 7.661/1945.

Ora, se a lei previu a possibilidade de o juiz decretar a prisão do falido, de ofício, evidenciada a prática de crime falimentar, providência mais severa, que restringe um dos mais importantes direitos do cidadão — a liberdade —, não se justificaria o impedimento para o ato questionado, de conteúdo meramente patrimonial.

Outrossim, tendo em vista os efeitos da falência sobre os bens do falido, como foi desconsiderada a personalidade jurídica da empresa, para que os bens dos sócios e diretores respondam igualmente pela dívida, a faculdade de administração desses bens fica reduzida, em razão da própria sistemática da lei (cf. arts. 34 e 40, do Decreto-Lei n. 7.661/1945).

Por fim, é de se não perder de vista que, a qualquer tempo, durante a tramitação do processo falimentar, mediante a análise das provas produzidas, o magistrado poderá suspender as medidas restritivas.

Forte nesses fundamentos, acompanho o voto da ilustre Relatora.

Não conheço do recurso.

É como voto.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Ari Pargendler: Na sentença declaratória da falência de Encol S/A — Engenharia, Comércio e Indústria, o MM. Juiz de Direito, invocando o poder de cautela, determinou o seqüestro e declarou indisponíveis “todos os bens do ativo permanente das empresas controladas” (fl. 65), e eventuais “contas correntes” (fl. 67), oportunidade em que também arrolou o nome de pessoas físicas sujeitas à mesma restrição (fl. 67).

Sob o título “Do Poder Geral de Cautela” (fl. 63), a decisão foi assim fundamentada:

“Pelo que se nota, os bens da concordatária não são suficientes para o pagamento dos débitos trabalhistas, fiscais, com garantia hipotecária e aqueles quirografários. Teme-se que os responsáveis pela quebra, diretor-presidente e demais diretores, venham a alienar seus bens pessoais para que eles não sejam alcançados pelos efeitos da falência. Logo, torna-se imperiosa a restrição à disponibilidade dos bens de todos os diretores colhidos pelo termo legal da falência, *bem como daqueles que com eles transacionaram no período.*”

Resta evidente a necessidade de dar maior garantia aos credores por créditos trabalhistas, adquirentes de boa-fé, credores com garantia e credores quirografários, evitando-se que diante da insolvabilidade da empresa, seus

administradores, responsáveis exclusivos pelo pânico e prejuízo desencadeados na sociedade, saíam livres e prontos para novas aventuras como se nada houvesse acontecido.

A providência cautelar que ora se impõe visa assegurar o resultado útil do processo de falência e efetividade do concurso de credores, pois eventual dissipação do patrimônio das empresas controladas, do sócio controlador e *demais envolvidos*, implicaria na perda irremediável dos meios necessários à satisfação dos interesses dos ex-empregados, adquirentes e credores em geral” (fls. 64/65).

Seguiu-se agravo de instrumento, interposto por Cyro Fidalgo, em cujas razões diz que:

“... nunca foi diretor, gerente, administrador ou representante legal da empresa falida...

Até agora, afora o vínculo empregatício que teve com a empresa falida, como mero empregado, tendo sido dispensado mediante acerto e rescisão do contrato de trabalho, sua única ligação com o ex-Presidente da Encol S/A, Dr. Pedro Paulo de Souza, é familiar: casou-se com sua filha Ana Tereza Dimas de Souza Fidalgo, e tornou-se seu genro” (fl. 16).

“O art. 458, inciso II, do CPC, sob pena de nulidade, exige que a sentença seja fundamentada.

Por isso, é inaceitável que a fundamentação da r. sentença limite-se a tecer considerações sobre fatos atinentes ao processo de concordata preventiva da empresa, expendidos de forma aleatória e sem prova nos autos, e só no final, de modo abrupto, sem explicitações, estender de forma inexplicável os seus efeitos à pessoa do agravante” (fl. 08).

O Tribunal **a quo** afastou “a preliminar, por sua absoluta improcedência”, **in verbis**:

“A providência cautelar adotada na sentença alcançou as empresas controladas pela Encol, bem assim os sócios controladores e *demais envolvidos* (fl. 65), restando-lhes determinado o seqüestro e indisponibilidade de seus bens. Busca o recorrente eximir-se da responsabilidade de responder solidariamente com seus bens, através do argumento lançado à fl. 06 de que ‘era mero funcionário da empresa falida...’, e que seu vínculo empregatício era regido pela CLT. O que se vê, todavia, é que seu envolvimento no processo se deve à sua condição de ex-diretor da empresa, o que não o isenta da responsabilidade solidária com os demais dirigentes, pelos débitos contraídos pela Encol e empresas coligadas” (fl. 440).

Sobrevieram embargos de declaração, neles destacando-se o seguinte trecho:

“Considerou a r. sentença que o embargante foi ex-diretor da Encol S/A — Engenharia, Comércio e Indústria, sem existir, nos autos da concordata preventiva, uma única prova embasando tal esdrúxula assertiva. De sua parte, o embargante provou, **quantum satis**, com exibição de sua carteira do trabalho, que sempre foi, simplesmente e nada mais, empregado da empresa falida, sob o regime da CLT.

Portanto, a r. sentença calcou-se em fato inexistente, já que de falso não se cogita, à míngua de qualquer documento corroborando a afirmação de que o embargante exercera o cargo de diretor da empresa falida.

Se a r. sentença considera fato inexistente, na sua parte expositiva, para então dar sua conclusão, restou, em conseqüência, sem fundamentação e por isso nula.

Demais disso, a menção ao art. 14 do Decreto-Lei n. 7.661/1945, **in casu**, é sem propósito, porque a própria r. sentença define os nomes dos falidos e dentre eles não se acha o embargante.

O v. acórdão negou então vigência ao art. 458, inciso II, do Código de Processo Civil, e, diretamente, ao art. 93, inciso IX, da Constituição Federal, justificando-se estes ED para que esta colenda Câmara manifeste-se sobre a contradição na aplicação da lei e a omissão acerca dos preceitos que na espécie incidem.

De igual modo, com inerência ao art. 14 da Lei de Falência, porque, aplicando-o onde não incide, a r. sentença negou vigência ao seu texto” (fl. 449).

Os embargos de declaração foram sumariamente rejeitados sem que este tópico e os demais tivessem sido enfrentados (fls. 461/467).

Nessa linha, voto no sentido de conhecer do recurso especial e de lhe dar provimento para que, anulado o acórdão proferido nos embargos de declaração, outro seja prolatado.

VOTO-VENCIDO

O Sr. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito: Senhor Presidente, peço vênua para acompanhar o voto proferido pelo Senhor Ministro Ari Pargendler, conhecendo do recurso especial e lhe dando provimento para anular o processo por afronta ao art. 535.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro: Pedi vista destes autos, para melhor exame. Após os estudos a que procedi, cheguei à mesma conclusão do voto da ilustre Relatora, ao qual acompanho, com os adendos trazidos no voto do eminente Ministro Castro Filho.

Recebi sobre a matéria brilhante memorial do ilustre advogado do recorrente. Todavia, penso que todas as questões nele suscitadas foram bem respondidas no voto da eminente Relatora.

Em conclusão: não reconheço do recurso especial.

RECURSO ESPECIAL N. 405.296 — RJ (2001/0116363-7)

Relator: Ministro Carlos Alberto Menezes Direito

Recorrentes: Aníbal Pompeu Ferreira — Espólio e outro

Representado por: Antônio Almeida Vilaça — Inventariante

Advogado: Davi Moreira Ferreira

Recorrido: Manoel Ferreira

Advogado: José Henrique Vieira dos Santos — Defensor Público

EMENTA

Ação rescisória. Ausência de julgamento do mérito. Determinação de depósito da parte relativa ao quinhão de um legatário, porque ausente prova de sua morte.

1. É inadmissível a rescisória se não há julgamento do mérito, assim, neste caso, em que o julgamento do agravo de instrumento apenas manteve a decisão monocrática para que fosse efetuado o depósito da parte relativa ao quinhão de um legatário, ausente a comprovação de sua morte.

2. Recurso especial não conhecido.

ACÓRDÃO

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

unanimidade, não conhecer do recurso especial. Os Srs. Ministros Nancy Andrichi e Castro Filho votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro. Presidiu o julgamento o Senhor Ministro Carlos Alberto Menezes Direito.

Brasília (DF), 29 de junho de 2004 (data do julgamento).

Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, Relator

DJ de 11.10.2004

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito: Espólios de Aníbal Pompeu Ferreira e Cristina Pinheiro Ferreira interpõem recurso especial, com fundamento na alínea **a** do permissivo constitucional, contra acórdão do IX Grupo de Câmaras Cíveis do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, assim ementado:

“Rescisória. Acórdão que julgou agravo. Ausência de decisão sobre o mérito. Impossibilidade jurídica. Interpretação do art. 485, **caput**, CPC. Doutrina e precedentes no STJ. Processo extinto (art. 267, VI, CPC)” (fl. 144).

Opostos embargos de declaração (fls. 149 a 152), foram rejeitados (fls. 155/156).

Sustentam os recorrentes violação do art. 485 do Código de Processo Civil, aduzindo que a decisão proferida, embora tecnicamente coubesse em um conceito de mera decisão interlocutória, seria, científica e doutrinariamente, uma decisão de mérito, admitindo-se, portanto, a ação rescisória.

Contra-arrazoado (fls. 171 a 174), o recurso especial (fls. 159 a 167) não foi admitido (fls. 184/185), tendo seguimento por agravo de instrumento provido (fl. 175/apenso).

Os autos foram enviados ao Ministério Público Federal em 19.03.2002 (fl. 199/verso), retornando em 31.03.2004 (fl. 204), com parecer do ilustre Subprocurador-Geral da República, Dr. Henrique Fagundes Filho, pelo não-conhecimento do recurso especial (fls. 200 a 203).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito: Os espólios recorrentes ajuizaram ação rescisória contra acórdão da Quinta Câmara Cível do Tribunal de Justiça

do Rio de Janeiro proferido em agravo de instrumento que manteve decisão determinando que o quinhão do legatário Manoel Ferreira fosse depositado em Juízo enquanto não comprovado o seu óbito.

O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro julgou extinto o processo sem julgamento do mérito, alegando que não houve decisão sobre o mérito, com o que presente a impossibilidade jurídica do pedido, nos termos do art. 485, **caput**, do Código de Processo Civil. Considerou o acórdão recorrido que a “leitura da decisão do Juiz de Órfãos (fl. 68), a toda evidência não pôs fim ao processo com julgamento de mérito (art. 269 do CPC). Trata-se de mero **decisum** interlocutório, uma vez que apreciou incidente no processo de inventário sobre o quinhão do legatário réu desta ação rescisória” (fl. 145).

Os embargos de declaração foram rejeitados.

O especial não pode ser conhecido, porque, sob todas as luzes, não há decisão de mérito, mas apenas decisão interlocutória sobre o quinhão de um legatário, ausente a comprovação de sua morte, comandando o Juiz que fosse feito o depósito, o que foi confirmado pela segunda instância de jurisdição. É nesse sentido a orientação da Corte: Ação Rescisória n. 932/SP, Relator para o acórdão o Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, Segunda Seção, DJ de 05.05.2003.

Não conheço do especial.

RECURSO ESPECIAL N. 504.526 — SP (2003/0040691-8)

Relator: Ministro Castro Filho

Recorrentes: Caeg Comércio e Indústria de Instalações Elétricas Ltda e outros

Advogados: Jarbas Andrade Machioni e outros

Recorrido: Banco do Estado de São Paulo S/A — Banespa

Advogados: Fernando Eduardo Serec e outros

EMENTA

Processual Civil — Embargos à execução — Honorários advocatícios — Sucumbência recíproca. Princípios da sucumbência e da causalidade.

I - Considerada objetivamente, a parte que sofreu derrota em juízo deve responder pelas despesas processuais, frente ao princípio da sucumbência, consagrado no Código de Processo Civil vigente.

II - No caso de sucumbência recíproca, deve haver compensação ou fixação proporcional das custas e honorários advocatícios. Se um dos litigantes foi vencido em parcela menor que a outra, embora não tenha decaído de parte mínima do pedido, sua condenação em tais verbas deve ser proporcional à sua sucumbência.

Recurso parcialmente provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos, acordam os Srs. Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, retifica-se a decisão proferida na sessão do dia 09.09.2003, a Turma, por unanimidade, conhecer do recurso especial e dar-lhe parcial provimento. Os Srs. Ministros Antônio de Pádua Ribeiro, Carlos Alberto Menezes Direito e Nancy Andrighi votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Ari Pargendler.

Brasília (DF), 02 de outubro de 2003 (data do julgamento).

Ministro Castro Filho, Relator

DJ de 02.08.2004

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Castro Filho: Cuidam os autos de embargos opostos por Caeg Comércio e Indústria de Instalações Elétricas Ltda e outros à execução de cédula de crédito industrial proposta por Banco do Estado de São Paulo S/A — Banespa.

O pedido foi julgado parcialmente procedente, em razão do acolhimento da tese de que a correção monetária não poderia ser exigida para período anterior à liberação do financiamento, mantendo-se a capitalização mensal dos juros, tendo em vista o Enunciado da Súmula n. 93-STJ.

Ao final, o juiz de primeiro grau considerou mínima a sucumbência do embargante, condenando o embargado no total das custas e despesas processuais, além dos honorários advocatícios arbitrados em 20% sobre o valor atualizado do débito.

Ambas as partes apelaram.

O banco embargado sustentou a intempestividade dos embargos à execução, bem como afirmou que o cálculo adotado pela sentença contrariou o pactuado, estando muito aquém da realidade.

Os autores afirmaram que o cálculo da sucumbência deveria ser apurado sobre a diferença entre o valor pleiteado na inicial e o efetivamente devido.

A Décima Câmara do Primeiro Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo, por unanimidade de votos, deu parcial provimento ao recurso da instituição financeira, para corrigir, de ofício, o cálculo do débito. Quanto ao recurso dos embargantes, asseverou o **decisum** que a verba honorária deveria incidir sobre o débito devidamente atualizado.

Eis o teor da ementa redigida para o acórdão:

“Execução por título extrajudicial — Cédula de crédito industrial — Inadimplemento — Inaplicabilidade da capitalização dos juros remuneratórios após tal evento — Com o inadimplemento incidem, sobre o débito principal, juros de mora de 1% a.a., multa de 10%, custas processuais e correção monetária pelo IPC — Inacumulabilidade desta última com os juros contratados que a contêm e com a comissão de permanência — Honorária incidente sobre a dívida atualizada — Recurso do embargado provido em parte e de ofício para os fins descritos — Recurso dos embargantes improvido.

Embargos do devedor — Prazo — Oposição na data da juntada aos autos dos mandados — Cédulas ou notas de crédito industrial ou comercial — Dez dias conforme jurisprudência — Tempestividade.”

Os executados interpuseram embargos de declaração, questionando a inversão dos ônus de sucumbência, bem como apontando omissão no que se refere ao pedido de que a verba honorária incidisse sobre a diferença entre o pedido inicial da execução e o valor efetivamente cobrado.

O aresto restou assim ementado (fl. 281):

“Recurso — Embargos de declaração — Alegação de contradição e obscuridade referentes à incidência da verba honorária e cobrança não retroativa dos encargos da dívida — Aplicação do princípio da causalidade na fixação da verba honorária, em razão da necessidade do credor propor a ação para obter a satisfação do seu crédito — Cobrança dos encargos da dívida fixada claramente quanto às verbas que incidem durante a vigência do contrato e após sua inadimplência — Correção de erro material, apenas para determinar a aplicação de tabela de atualização editada pelo Tribunal de Justiça, com adoção do IPC como índice — Vícios apontados inexistentes — Embargos rejeitados.”

Foram interpostos dois recursos especiais.

O primeiro, ora em apreciação, dos autores-embargantes, com fulcro na alínea **a** do permissivo constitucional, no qual alegou-se violação aos arts. 20 e 21 do Código de Processo Civil, 248 e 1.257 do Código Civil.

Sustentaram, em resumo, que o aresto contrariou frontalmente o princípio da sucumbência, ao carrear aos vencedores (embargantes) o pagamento da verba honorária em favor do réu, que ficou vencido em maior extensão.

No seu entender, houve afronta aos arts. 248 e 1.257 do Código Civil, quando foi determinada a incidência de juros antes da entrega do numerário aos recorrentes, acarretando ônus antes da tradição.

Ambos os recursos foram inadmitidos, o que ensejou a interposição de agravos de instrumento aos quais dei provimento, determinando sua conversão em recurso especial, na forma do art. 544, § 3º, **in fine**, do Código de Processo Civil, o que resultou no presente e no REsp n. 511.414, do exequente, a ser julgado também nesta sessão.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Castro Filho (Relator): Quanto aos honorários advocatícios, eis o teor do acórdão **a quo**:

“Referentemente à verba honorária, tem-se, logo à primeira vista que, se não demandados, os ora embargantes não se dignariam em honrar o que emprestaram do Banco, nem mesmo o valor atualizado e com juros como aqui determinado. Esse fator não deixou de ser observado pelo julgador ao fixar o critério de sucumbimento.

Por isso que se aplica ao caso o princípio da causalidade, pois, no caso, principalmente ante o desinteresse em pagar, quer mesmo apresentando alguma proposta viável, não pode reverter em dano de quem tinha razão para instaurar o processo, mesmo para receber parte de sua pretensão. E, no caso, o Banco ora embargado limitou seu pedido ao pactuado, ou seja, o que já era do conhecimento dos recorrentes.”

Verifica-se, portanto, que, mesmo tendo corrigido o valor do débito executado, para menos, como restou expresso no acórdão da apelação, eis que foram extirpadas, após o inadimplemento, as cobranças da comissão de permanência, da capitalização de juros e dos juros remuneratórios, tendo sido permitida, tão-somente, a incidência, sobre o débito principal, de juros de mora de 1% ao ano, multa de

10% e correção monetária pelo IPC, os honorários foram carreados aos embargantes, em sua totalidade.

Sobre o princípio da sucumbência, preleciona o ilustre Professor **Nelson Nery Júnior**:

“Há sucumbência quando o conteúdo da parte dispositiva da decisão judicial diverge do que foi requerido pela parte no processo (sucumbência formal) ou quando, independentemente das pretensões deduzidas pelas partes no processo, a decisão judicial colocar a parte ou o terceiro em situação jurídica pior daquela que tinha antes do processo, isto é, quando a decisão produzir efeitos desfavoráveis à parte ou ao terceiro (sucumbência material), ou ainda, quando a parte não obteve no processo tudo aquilo que poderia dele ter obtido.” (“Princípios Fundamentais — Teoria Geral dos Recursos”; 4ª ed., p. 261)

Logo, o sistema do Código de Processo Civil se fixa em linha de caráter objetivo. Havendo sucumbência, em princípio, são devidos os honorários.

Tal rigor, entretanto, pode ser abrandado, dependendo da situação, com a adoção do princípio da causalidade, amplamente divulgado pela doutrina e acolhido pela jurisprudência, inclusive desta Corte, conforme se infere dos seguintes precedentes:

“Processual Civil. Fato superveniente. Extinção do processo sem julgamento de mérito. Despesas processuais e verba de patrocínio. Princípio da causalidade (*Veranlassungsprinzip*). Precedentes do STJ. Recurso não conhecido. I - O art. 20 do CPC não deve ser interpretado como se fosse repositório do princípio puro da sucumbência. Ao contrário, na fixação da verba de patrocínio e das despesas processuais, o magistrado deve ter em conta, além do princípio da sucumbência, o cânon da causalidade, sob pena de aquele que não deu causa à propositura da demanda e à extinção do processo sem apreciação do mérito se ver prejudicado. Sem dúvida, tratando-se de processo que foi extinto sem julgamento do mérito, em virtude de causa superveniente que esvaziou o objeto do feito, a aplicação do princípio da causalidade se faz necessária. II - À luz do princípio da causalidade (*Veranlassungsprinzip*), as despesas processuais e os honorários advocatícios recaem sobre a parte que deu causa à extinção do processo sem julgamento do mérito ou à que seria perdedora se o magistrado chegasse a julgar o mérito da causa. III - Inteligência dos arts. 20, 22, 267 e 462, todos do CPC. IV - Precedente do STJ: REsp n. 98.742/SP V - Recurso especial não conhecido.” (REsp n. 151.040, Relator Ministro Adhemar Maciel, DJ de 1ª.02.1999).

O princípio da causalidade não se contrapõe ao princípio da sucumbência. Antes, é este um dos elementos norteadores daquele, pois, de ordinário, o sucumbente é considerado responsável pela instauração do processo e, assim, condenado nas despesas processuais. O princípio da sucumbência, contudo, cede lugar quando, embora vencedora, a parte deu causa à instauração da lide.” (REsp n. 282.674/SP, Relatora Ministra Nancy Andriighi, DJ de 07.05.2001).

A conjugação desses princípios é que deve nortear o julgador na fixação dos consectários de sucumbência, para não prejudicar as partes, impondo ao vencedor, ainda que parcial, a totalidade do pagamento da verba honorária, sob pena de inversão do sistema do Código Processual.

Como cediço, o juiz pode arbitrar honorários tanto na execução quanto nos embargos. Os primeiros, para o caso de pagamento da obrigação após a citação, são devidos porque o credor precisou ingressar em juízo e contratar advogado para obter a satisfação de seu crédito.

Opostos embargos à execução, que constituem uma nova ação, segundo a sistemática processual vigente, os ônus sucumbenciais devem ser carreados àquele que restar vencido, substituindo-se o percentual ou o valor inicialmente deferido na execução por aquele arbitrado nos embargos, conforme a orientação que acabou prevalecendo nesta Corte (cf. REsp n. 243.846/SP, Relator Ministro Barros Monteiro, DJ de 12.05.2003). No caso de ser cada parte, reciprocamente, vencedora e vencida, aplica-se o disposto no art. 21 do Código de Processo Civil.

Se de um lado, o embargante deu causa ao processo executivo, porque deixou de pagar a dívida contraída com a instituição financeira, de outro, não se pode esquecer que o débito cobrado continha excessos, pois o contrato estava em desacordo com a legislação que rege a matéria, o que foi reconhecido pelo aresto hostilizado. Por conseguinte, ao realizar cobranças de parcelas com acréscimos indevidos, o recorrido também deu causa aos embargos à execução, devendo suportar os ônus de sucumbência, na proporção de sua derrota.

Já decidiu esta Corte, por sua vez, que, “não tendo feição condenatória, os embargos à execução classificam-se como ação de cognição incidental de caráter constitutivo-negativo, já que visam à desconstituição da relação processual da execução ou da eficácia do título executivo, razão pela qual a fixação dos honorários advocatícios deve ser feita com observância à regra do § 4º do art. 20 do Código Processual Civil, que prescreve como parâmetro a apreciação *equitativa* do magistrado, não se vinculando ao valor da causa, ou aos percentuais mínimo e máximo previstos no § 3º do aludido diploma processual.” (AgRg no Ag n. 399.506/RS, de minha relatoria, DJ de 04.11.2002).

No mesmo sentido:

“Processo Civil. Honorários. Embargos à execução procedentes. Art. 20, § 4º/CPC, redação da Lei n. 8.952/1994. A verba honorária fixada ‘consoante apreciação equitativa do juiz’ (art. 20, § 4º-/CPC), por decorrer de ato discricionário do magistrado, deve traduzir-se num valor que não fira a chamada lógica do razoável que, pelas peculiaridades da espécie, deve guardar legítima correspondência com o valor do benefício patrimonial discutido, pois em nome da equidade não se pode baratear a sucumbência, nem elevá-la a patamares pinaculares. Recurso parcialmente conhecido e, nessa parte, parcialmente provido.”(REsp n. 301.651/MG, Relator Ministro Cesar Asfor Rocha, DJ de 25.06.2001)

Não obstante reconhecer a existência de sucumbência recíproca, na hipótese sob exame, mesmo com o parcial provimento do REsp n. 511.414/SP será desproporcional o arbitramento dos honorários sobre a diferença entre o valor pedido pelo banco na execução e aquele ao final deferido pelo acórdão recorrido, porquanto trará um ônus excessivo ao devedor, diante da própria afirmação do especial sobre os valores discutidos.

Ante o exposto, conheço do presente recurso e, em parte, dou-lhe provimento, para fazer a redistribuição dos honorários de advogado e custas processuais, fixando-os em 55% (cinquenta e cinco por cento) a serem pagos pelo banco-exeqüente e o restante pelo executado, tendo por base de cálculo, no que concerne aos honorários, o percentual de 15% (quinze por cento) do valor atualizado do débito.

É como voto.

ESCLARECIMENTOS

O Sr. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito: Senhor Ministro-Relator, dando a capitalização, que é uma alteração substantiva, não estaremos modificando a fixação dos honorários?

O Sr. Ministro Castro Filho: Estamos dando 45% (quarenta e cinco por cento) para um e 55% (cinquenta e cinco por cento) para o outro.

O Sr. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito: O outro recurso, ao qual estamos dando provimento, é da parte contrária.

A Sr^a. Ministra Nancy Andrighi: O Sr. Ministro-Relator está ajustando os honorários.

O Sr. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito: Mas assim não poderemos estar prejudicando a parte que está recorrendo?

O Sr. Ministro Castro Filho: Não, porque são dois recursos independentes.

O Sr. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito: Senhor Ministro Castro Filho, naquele recurso, o banco pediu que fosse dada a capitalização, que estamos dando desde o início até o pagamento.

Neste outro recurso, é a parte que pede aumento dos honorários advocatícios; ocorre que ela não pode ter aumentado os honorários advocatícios, na medida em que o banco passou a ganhar uma parte substantiva.

Assim, como aumentaremos os honorários em um recurso, se o banco ganhou em outro?

A Sr^a. Ministra Nancy Andrighi: Mas foi feito o devido ajuste.

O Sr. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito: À parte não interessa a partilha. Posso fixar os honorários em um recurso especial e, assim, julgar prejudicado o outro.

A Sr^a. Ministra Nancy Andrighi: Mas, quando foi julgado, em segundo lugar, o recurso relativo a honorários, esse problema deve ter sido avaliado.

O Sr. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito: Senhora Ministra Nancy Andrighi, neste Tribunal tem acontecido isso: sobem dois recursos, inclusive com numeração muito separada, oriundos de um mesmo processo. Em um recurso, execução de título extrajudicial, cédula de crédito industrial, o banco pede várias coisas, inclusive a capitalização; ganhando a capitalização mensal, que, aliás, é uma vitória substantiva, porque é desde o início do título, posso intervir na sucumbência em um processo enquanto que aquele outro fica prejudicado, porque estamos dando provimento ao recurso do banco. O recurso da parte embargante, ou seja, da que perdeu, está reclamando só de honorários, porque ganhou tudo.

Já que estamos dando provimento a um dos recursos, como fazemos habitualmente, intervimos no recurso do banco, que fica prejudicado porque foi alterado o resultado da demanda.

A Sr^a. Ministra Nancy Andrighi: Na verdade, no momento em que se concedeu a capitalização, houve a alteração de quem ganhou mais e menos. Poderíamos julgar prejudicado o Recurso Especial n. 504.526/SP, referente a honorários, e fixá-los adequadamente no Recurso Especial n. 511.414/SP.

O Sr. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito: Senhor Presidente, o segundo recurso impetrado pela parte trata só de honorários, pois tendo ganhado o que pediu, requereu mais honorários. Acontece que, como o Senhor Ministro Castro Filho fez corretamente, julgamos primeiro a matéria de mérito, onde alteramos o

juízo, porque concedemos a capitalização mensal desde o seu início até o inadimplemento. Com essa alteração do resultado, podemos fixar honorários, e o recurso da parte que ganhou tudo em outra instância, fica prejudicado, porque já estarão fixados os honorários por esta Turma.

ESCLARECIMENTOS

O Sr. Ministro Castro Filho (Relator): Estamos dando 45% (quarenta e cinco por cento) para um e 55% (cinquenta e cinco por cento) para o outro.

RECURSO ESPECIAL N. 504.750 — AM (2002/0164682-2)

Relator: Ministro Antônio de Pádua Ribeiro

Recorrente: Rádio TV do Amazonas Ltda

Advogado: Abraim Calil Nadaf Neto

Recorrida: Empresa Brasileira de Telecomunicações S/A — Embratel

Advogados: Gustavo Henrique Caputo Bastos e outros e

Bráulio Ghidalevich

EMENTA

Direito Civil. Contrato de prestação de serviços. Transmissão de sinais de televisão. Substituição da tecnologia analógica pela digital. Alteração na substância do serviço que autoriza o aumento do preço. Existência de prova inequívoca a autorizar o deferimento da antecipação dos efeitos da tutela pretendida. Aplicação da Súmula n. 07 deste Tribunal.

I - É necessário o reexame de prova para se acolher a alegação da recorrente no sentido de que houve apenas a modificação do nome do serviço prestado pela recorrida sem que houvesse alteração em sua substância. Tendo o Tribunal de origem, com base em elementos de prova, verificado que houve mesmo a substituição do serviço de transmissão de sinais de televisão — de analógico para digital — justificando o aumento do preço, obsta o conhecimento do recurso especial a Súmula n. 07 desta Corte.

II - Recurso especial não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do recurso especial. Os Srs. Ministros Carlos Alberto Menezes Direito, Nancy Andrichi e Castro Filho votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros. Sustentou oralmente o Dr. Gustavo Caputo, pela recorrente.

Brasília (DF), 14 de dezembro de 2004 (data do julgamento).

Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, Relator

DJ de 14.03.2005

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro: Trata-se de recurso especial interposto por Rádio TV do Amazonas Ltda contra a Empresa Brasileira de Telecomunicações S/A — Embratel.

Consta dos autos que a recorrente celebrou com a recorrida contrato de prestação de serviço de repetição de sinais de televisão via satélite, chamado TVSat Regional. A recorrida comunicou-lhe que, a partir de determinada data, aquele serviço seria interrompido e ofereceu-lhe, como alternativa, o serviço denominado “RTV Digital *Plus*”. Este, segundo defendeu a recorrente nas instâncias ordinárias, nada tem de diferente do primeiro; mediante simples alteração do nome do serviço, a recorrida teria promovido aumento abusivo de preço.

Por tais motivos, a recorrente ajuizou ação em que postulou o cumprimento de obrigação de fazer, requerendo a concessão da tutela antecipada. Esta foi deferida, mas, posteriormente, foi revogada pelo juiz que veio a substituir o que antes atuara no feito.

A recorrente, então, interpôs agravo de instrumento, ao qual se negou provimento em acórdão assim ementado:

“Transmissão de sinais de televisão. Aumento do preço. Tutela antecipada. CPC, art. 273. Evidenciando o instrumento que o serviço de transmissão analógica de sinais de televisão (TVSat Regional) fora substituído por serviço de transmissão digital (RTV Digital *Plus*), também compatível com aquele, não se vislumbra como verossimilhante a alegação de simples mudança de sua denominação para justificar aumento abusivo de preço (CPC, art. 273). Ainda mais quando a exploração desse serviço de telecomunicações, sob regi-

me privado, expressamente consagra a liberdade de preços (Lei n. 9.472/1997, art. 129). Antecipação de tutela corretamente revogada. Agravo improvido” (fl. 141).

Daí o recurso especial, no qual se apontam como contrariados o art. 273 do Código de Processo Civil, os arts. 20 e 21 da Lei n. 8.884/1994 e os arts. 6^a, 39 e 51 do Código de Defesa do Consumidor. Alegou-se, ainda, dissídio jurisprudencial.

As contra-razões foram apresentadas às fls. 171/192.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro (Relator): A tese da recorrente é a de que a recorrida, a fim de elevar abusivamente o preço, alterou apenas o nome do serviço oferecido, o qual, assim entende, é o mesmo.

Porém, do acórdão recorrido consta que o “serviço TVSat Regional operava em sistema analógico. O RTV Digital *Plus*, embora compatível com aquele, opera em sistema digital. Conforme anunciou o juiz, *tratam-se de serviços distintos*. A agravada, tendo anunciado a descontinuação do TVSat Regional, com antecedência de 180 (cento e oitenta dias), expressamente invocando o Termo de Autorização n. 06/1998 — Anatel, segundo a correspondência anexada à fl. 45, abriu à agravante a alternativa de optar pelo RTV Digital *Plus*, cujo preço tinha liberdade para fixar” (fl. 144, grifei).

Ou seja, apesar de a recorrente defender a tese de que houve apenas alteração do nome, o Tribunal **a quo**, apoiado nos elementos probatórios da causa, asseverou que os referidos serviços eram diferentes. Alterar sua conclusão, portanto, implica reexaminar provas, atividade inviável em recurso especial, segundo dispõe a Súmula n. 07 desta Corte.

Ademais, o acolhimento da pretensão formulada pela recorrente seria compelir a recorrida a cumprir contrato que não celebrou, ou seja, oferecer serviços por preços muito mais baixos do que aqueles que de fato exige.

O Tribunal de origem faz referência, também, à ausência de demonstração dos requisitos para a caracterização do aumento injustificado de preços, constante do art. 21, parágrafo único, da Lei n. 8.884/1994, tido por violado no especial. Quanto ao ponto, confira-se o seguinte trecho que se transcreve do acórdão:

“Para caracterização do aumento injustificado do preço do serviço, conforme o art. 21, parágrafo único, da Lei n. 8.884/1994, consideram-se: (a) a

elevação do preço que não se justifica pelo comportamento dos custos dos insumos ou pela introdução de melhoramentos; (b) o preço anterior do serviço, quando se tratar de sucedâneo que não resulte de alterações substanciais; (c) o preço de serviços similares, ou sua evolução, em mercados competitivos comparáveis; (d) a existência de ajuste ou acordo, sob qualquer forma, que resulte em aumento do preço do serviço ou dos respectivos custos. *A agravante longe passou de comprovar quaisquer desses requisitos. Nada alegou a respeito dos custos dos insumos ou introdução de melhoramentos, cumprindo destacar que a agravada presumivelmente incorreu em investimentos para oferecer transmissão no sistema digital, o que autoriza concluir pela justificativa de aumento de preço. Aliás, na correspondência encaminhada à agravante, fl. 45, anuncia-se que a extinção do TVSat Regional decorrera de evolução tecnológica, ou seja, vislumbra-se que houve alteração substancial do serviço. Nada comentou a agravante quanto ao preço do serviço em mercados competitivos, tampouco contemplou qualquer hipótese de ajuste ou acordo para aumentá-lo.*

É frágil a tese de simples mudança no nome do serviço. Acrescento que a agravada ofereceu ainda uma alegação bastante razoável: o preço do TVSat Regional espelhava o modelo anterior do mercado de telecomunicações, anterior à privatização, fortemente influenciado por decisões de índole política e não econômica. Como se vê, não se enxerga *alegação verossimilhante amparada em prova inequívoca*. A ausência desse requisito inviabiliza a concessão de tutela antecipada” (fls. 144/145).

Assim sendo, ausente a prova inequívoca exigida pelo art. 273 do CPC, não haveria mesmo como ser deferida a antecipação da tutela. Não é possível demonstrar, em recurso especial, a existência de tal prova, sob pena de se afrontar a súmula citada.

Registre-se, ainda, que a recorrente foi notificada com muita antecedência sobre a substituição do serviço analógico pelo digital. Às vésperas do término do prazo, veio a buscar a prestação jurisdicional, com pedido de antecipação dos efeitos da tutela pretendida. Logo, perde força a alegação de prejuízo iminente de difícil reparação a autorizar que se antecipe os efeitos da decisão final do processo.

Ante o exposto, não conheço do recurso especial.

RECURSO ESPECIAL N. 540.522 — PB (2003/0060054-3)

Relator: Ministro Humberto Gomes de Barros

Relator p/ o acórdão: Ministro Castro Filho

Recorrentes: Maria Elza Gonçalves e outros

Advogados: Irapuan Sobral Filho, Fábio Brito Ferreira e outro

Recorrida: Sociedade Anônima de Eletrificação da Paraíba — Saelpa

Advogado: Dorgival Terceiro Neto

Sustentação oral: Irapuan Sobral Filho, pelos recorrentes

EMENTA

Ação rescisória. Embargos de declaração com efeito modificativo. Falta de intimação da parte contrária. Inexistência de lesão ao direito. Improcedência do pedido rescisório.

I - Historicamente, são os embargos de declaração remédio com finalidade apenas integrativa. Trata-se de instrumento interno, complementar de uma decisão proferida por um mesmo órgão julgador monocrático ou colegiado, não perdendo essa característica ainda quando alcançam efeitos modificativos. Assim, o órgão julgador, ao aclarar obscuridade, reparar contradição ou suprir omissão, só poderá fazê-lo com base nos fundamentos anteriores, não por força de fundamentos de fato ou de direito novos, traduzidos com os embargos. Logo, respeitados esses limites, não há falar em ofensa à lei o acolhimento de embargos de declaração com efeitos infringentes, sem ouvir a parte contrária.

II - Desde que não comprovada qualquer contrariedade à lei, o acolhimento de embargos de declaração, com resultado modificativo do julgado, sem oitiva da parte contrária, não oportuniza a propositura de ação rescisória.

Recurso especial provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos, acordam os Srs. Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, prosseguindo o julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Castro Filho, a Turma, por maioria, vencido os Srs. Ministros Relator e Nancy Andrighi, conhecer do recurso especial e dar-lhe parcial provimento, nos termos do

voto do Sr. Ministro Castro Filho. Lavrará o acórdão o Sr. Ministro Castro Filho. Votaram vencidos os Srs. Ministros Humberto Gomes de Barros e Nancy Andriahi. Votaram com o Sr. Ministro Castro Filho os Srs. Ministros Carlos Alberto Menezes Direito e Antônio de Pádua Ribeiro.

Brasília (DF), 11 de maio de 2004 (data do julgamento).

Ministro Castro Filho, Relator

DJ de 02.08.2004

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros: Maria Elza Gonçalves e outros litisconsortes manejam recurso especial (alíneas **a** e **c**) para desafiar acórdão proferido nos embargos infringentes em ação rescisória, a dizer que:

“Rescisória — Violação a literal disposição de lei — Alcance — Princípios da ampla defesa e do contraditório — Tema controvertido — Súmula n. 343 do STF — Norma constitucional.

I - É desarrazoado pensar que um acórdão seja rescindível quando decide contra literal disposição de lei, mas não o seja quando maltrata a Constituição. O vocábulo lei, inserto no inciso V do art. 485 do CPC, deve ser interpretado em sentido amplo, abrangendo leis e decretos federais, leis estaduais e leis municipais, bem ainda o próprio Texto Constitucional.

II - A Súmula n. 343 do STF só tem aplicação quando se tratar de matéria legal, ficando afastada no caso de matéria constitucional.

III - Precedentes do STJ”.

Os recorrentes afirmam que o aresto recorrido violou os arts. 249, § 1º, e 485, V, do CPC, além de dissentir da jurisprudência do STJ e STF e do Verbete n. 343 da Súmula do STF.

Foram apresentadas contra-razões a argumentar, em preliminar, sobre a impossibilidade de admissão do recurso especial por óbice do Enunciado n. 126 da nossa Súmula. No mérito, por ofensa aos princípios constitucionais do contraditório, ampla defesa e igualdade das partes (art. 5º, IV e I da CF e art. 125, I do CPC).

VOTO-VENCIDO

O Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros (Relator): Os recorrentes pretendem a reforma de acórdão que julgou procedente ação rescisória — violação ao art. 485, V, do CPC —, fundada em ofensa ao princípio do contraditório.

No que interessa ao desate do especial, o aresto está assim fundamentado:

“As razões expostas no voto-vencedor são irrespondíveis. O vocábulo lei, inserto no inciso V do art. 485 do CPC, deve ser interpretado em sentido amplo, abrangendo leis e decretos federais, leis estaduais e leis municipais (RSTJ 104/183). *Neste contexto*, cabe acrescentar a Constituição, porque é desarrazoado pensar que um acórdão seja rescindível quando decide contra literal disposição de lei, mas não o seja quando maltrata o Texto Constitucional.

No caso, a ofensa ocorreu justamente ao art. 5º, LV, da Carta Magna, bem ainda ao art. 125, I, do CPC, o primeiro referente ao princípio do devido processo legal e o segundo, ao princípio da igualdade (CF, art. 5º, I).

Convém ressaltar que o tema central do voto-vencedor não era controvertido ao tempo do julgamento da rescisória, nem tampouco exigia-se no ordenamento jurídico pátrio dispositivo de lei impondo intimação da outra parte em caso de embargos de declaração com efeito modificativo.

No primeiro caso, data vênua, não se deve confundir desconhecimento de regras fundamentais por parte de órgãos do Poder Judiciário — que não aplicava o contraditório, porque não sabia — com questão controvertida. O que ocorreu antes foi a má aplicação da Constituição Federal em questão dessa natureza, por ignorância, e não por divergência. E ainda que o tema fosse controvertido, não se aplicaria, na hipótese, a Súmula n. 343 do STF, consoante farta jurisprudência do STJ e do próprio STF, eis que se tratava de matéria de índole constitucional:

‘A Súmula n. 343 do STF, impeditiva da procedência da ação rescisória, só tem aplicação quando a causa de pedir (na rescisória) é a ofensa literal a texto legal de interpretação controvertida nos Tribunais, *não alcançando, todavia, preceito constitucional*. Decisão unânime.’ (Grifei)

“Processo Civil. Agravo regimental. Recurso especial. Contribuição previdenciária. Interpretação controvertida. Ação rescisória. Cabimento. Súmula n. 343-STF. Inaplicabilidade. Está pacificado nesta Corte o entendimento de que é rescindível por literal violação à lei o acórdão que julga constitucional lei que, ao fim, o Supremo Tribunal Federal vem a declarar inconstitucional, *ainda que à época da prolação da decisão a questão se achasse controvertida*. A Súmula n. 343 do STF só tem aplicação quando se tratar de matéria legal, ficando afastada no caso de matéria constitucional — Agravo regimental improvido. (Grifei)

Ação rescisória. Acórdão rescidendo proferido em recurso em mandado de segurança. Administrativo. Matéria constitucional. Inaplicabilidade da Súmula n. 343-STF. Concurso público. Requisitos. Limite de idade. CF, art. 7^o XXX “*Não se aplica a Súmula n. 343-STF, pois a **quaestio** envolve violação a artigos da **Lex Maxima**”.*³ (Grifei)

“Essa Súmula não se aplica quando a controvérsia for em relação a texto constitucional”.

No segundo caso, também não é certo que se exigia norma processual para poder ser aplicada uma garantia constitucional. Alias, cuida-se de matéria que dispensa qualquer comentário, pois é elementar o sentido de aplicabilidade direta de preceito fundamental da Constituição, ou para usar uma frase de **J. J. Gomes Canotilho**, “os direitos, liberdades e garantias são regras e princípios jurídicos, imediatamente eficazes e actuais, por via directa da Constituição e não através da **auctoritatas interpositio** do legislador”.

Uma norma, para a concretização de sua eficácia, pode depender ou não de outra, classificando-se, pois, em (a) norma de eficácia plena, (b) norma de eficácia limitada e (c) e norma de eficácia contida.

No caso de garantia constitucional, a norma é de eficácia plena, imediatamente concretizada, ou seja, não é dependente de qualquer outra norma para produzir efeito. Deve ser regra geral dos comandos normativos.

Por fim, o autor do voto-vencido, Desembargador Antônio de Pádua, ao votar nestes embargos infringentes, alargou o conteúdo da divergência, assentando que havia também julgado improcedente a rescisória porque entendia inútil a decisão rescindenda, considerando que a questão dos danos morais estava preclusa, por ausência de recurso, e que, assim, a Câmara, retomando a votação, não poderia mais decidir sobre a matéria.

Data vênua, o alargamento da divergência foi impróprio, serôdio, e por não estar contido no voto-vencido — que se resume ao que consta das fls. 280/281 —, colheu de surpresa a embargante. Assim, o *plus sequer* pode ser considerado, sob pena de, mais uma vez, quebrar-se o devido processo legal” (fls. 336/339).

Evidente, pois, que o julgado assentou-se em tema eminentemente constitucional, impossível de ser apreciado em sede de recurso especial.

Não conheço do recurso.

ESCLARECIMENTOS

O Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro (Presidente): V. Ex^a. está julgando procedente para declarar o autor carecedor da ação. O fundamento não foi o de ofensa ao princípio da igualdade de tratamento no processo?

O Sr. Ministro Castro Filho: Exatamente, Sr. Presidente. A ação rescisória foi intentada sob a alegação de que houve embargos de declaração, e, nesses embargos de declaração, a parte contrária não foi ouvida. Porém, os embargos de declaração foram meramente integrativos, como estou entendendo. Ora, se assim o foi, não feriu princípio nenhum. Ainda que entendamos que esse princípio, embora contemplado pela Constituição Federal, não é matéria constitucional, mas sim infraconstitucional. Como não houve ofensa, a rescisória era inoportável.

O Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros (Relator): Preocupa-me o fato de que a doutrina de que é necessária a intimação dos embargos gerou-se no Supremo Tribunal Federal, que reformou decisões nossas, dizendo que elas violavam a Constituição. Isso que me preocupa muito.

Agora, dizer que não houve a violação, creio que estaríamos nos adiantando no julgamento.

O Sr. Ministro Castro Filho: Entendi perfeitamente o raciocínio de V. Ex^a. Alegam ainda que, mesmo se fosse de se aplicar esse entendimento jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal — e essa é outra questão, porque é uma jurisprudência atacada por rescisória —, na época do julgamento dos embargos, o STF não havia ainda chegado a essa conclusão.

De qualquer forma, de acordo com meu entendimento, mesmo que o Supremo Tribunal Federal entenda que seja necessário, neste caso, era desnecessário, porque foi meramente integrativo, ou seja, apenas para corrigir um erro material. O acórdão apreciou questão que não era objeto do recurso, incluiu dano moral quando este não foi objeto do recurso da parte contrária, que recorreu somente quanto ao dano material. Pode ser que houve um erro, talvez, de digitação.

O Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro (Presidente): Não é daqueles casos em que houve uma omissão e, em decorrência em razão do seu suprimento, ensejou-se modificação de julgado.

O Sr. Ministro Castro Filho: Qualquer que fosse o fundamento da parte contrária, não haveria como o Tribunal deixar de alterar o seu julgado, porque foi um erro do Tribunal. Não me parece tenha sido um erro técnico, mas sim um mero lapso, um equívoco de digitação.

O Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro (Presidente): De fato, tanto o eminente Ministro-Relator, quanto o Sr. Ministro Castro Filho, salientaram aspectos interessantes da hipótese, porque o Supremo Tribunal Federal foi quem fixou essa orientação no sentido de que, quando os embargos declaratórios têm efeito modificativo, deve-se abrir vista à parte contrária.

Por outro lado, salienta o Sr. Ministro Castro Filho que o Supremo Tribunal Federal tem entendido também que a ofensa oblíqua a texto constitucional não enseja o conhecimento de recurso extraordinário. E, dentro desses casos de ofensa oblíqua, ocorre, com muita freqüência, essa questão do princípio do contraditório. Se o Supremo Tribunal Federal assim não o entendesse, o número de recursos seria enorme.

O Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros (Relator): O que me preocupa, no caso, é que se diz que há uma ofensa constitucional, tanto que reformou acórdãos do Superior Tribunal de Justiça, onde não houve essa intimação.

O Sr. Ministro Castro Filho: Agora o Supremo Tribunal Federal está dizendo que não cabe mais o recurso extraordinário. Então, se não cabe o extraordinário, e nós não conhecemos o especial, a parte fica sem acesso aos tribunais superiores.

O Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro (Presidente): Há esse problema. Aqui, quando tenho essa dúvida, tenho optado por conhecer do recurso, porque, caso contrário, a questão chega no Supremo, se ele não conhecer do recurso extraordinário como é que fica a parte? E se errarmos o Supremo Tribunal Federal pode corrigir ou a parte pode entrar com recurso aqui.

No caso, prefiro verificar, nessas hipóteses, a questão concreta a fim de ver qual seria a melhor solução para o caso. Para o caso concreto, parece-me que o Sr. Ministro Castro Filho salientou um aspecto muito importante, ou seja, houve, na verdade, um erro material. A apelação não pediu danos morais, e o Tribunal, por equívoco, acrescentou essa condenação. Foi um manifesto equívoco, o que ele poderia excluir, talvez, mediante uma petição, sem precisar de embargos declaratórios para isso.

Apresentada a questão sob esse prisma, de fato seria um caso de carência da ação rescisória. Esta para corrigir eventual erro material, que teria ocorrido na ação, entendo que não seria cabível sob esse ângulo.

VOTO

O Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro (Presidente): Srs. Ministros, peço vênua ao eminente Ministro-Relator para, à vista da peculiaridade do caso concreto,

assinhalada pelo Sr. Ministro Castro Filho, acompanhá-lo no sentido de conhecer do recurso especial e dar-lhe provimento a fim de julgar o autor carecedor da ação rescisória.

VOTO

O Sr. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito: Senhor Presidente, a ação rescisória foi ajuizada apontando o art. 485, V, do Código de Processo Civil, portanto, violar literal disposição de lei, e a lei apontada é o art. 5º, LV, da Constituição Federal, que é regra jurídica da igualdade do processo judicial, e o fizeram ao fundamento da disparidade entre os embargos de declaração e o acórdão da apelação, corrigido sem a intervenção da outra parte. Esse é o fato.

Na realidade, essa disciplina jurídica da Constituição está vinculada à legislação infraconstitucional, ou seja, à exigência ou não de intervenção da parte contrária com relação aos embargos de declaração, se eventualmente tiverem efeitos modificativos.

Como disse o Senhor Ministro Castro Filho, essa orientação sobre a necessidade da intervenção da outra parte nos embargos de declaração com efeitos modificativos é uma construção jurisprudencial; não há nenhuma disposição de lei que determine seja a outra parte ouvida.

No caso concreto, como salientou o Senhor Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, e assim confirmou o Senhor Ministro Castro Filho, o Tribunal não deu efeitos modificativos, salvo no sentido da correção de erro material, e, com isso, evidentemente não teria havido qualquer infração, mesmo que se admitisse a possibilidade da infringência com relação à exigência da oitiva da outra parte com relação aos embargos de declaração. Se, como disse o Senhor Ministro Castro Filho, e não há contestação do Senhor Ministro-Relator, não houve efetivamente modificação, é evidente que a infração do art. 535 não teria havido e, por via de consequência, não teria havido violação da regra jurídica do devido processo legal e da igualdade das partes, que, a meu sentir, também é uma regra infraconstitucional.

Demais disso, existe outra dificuldade: normalmente quando a parte ingressa com os dois recursos, extraordinário e especial, se nós eventualmente não dermos uma interpretação mais dilargada, a parte corre o risco de, não conhecendo o Supremo Tribunal Federal do extraordinário, ficar sem a prestação jurisdicional. Esse tema está sendo objeto agora de questionamento na Corte Especial em processo de que Relator o Senhor Ministro José Arnaldo da Fonseca, discutindo a possibilidade de enfrentar embargos de divergência diante da disparidade entre decisão nossa que não conheceu do recurso especial e aquela outra do Supremo Tribunal Federal que não conheceu do extraordinário.

Gostaria de dizer que essa realidade colocada pelo Senhor Ministro Antônio de Pádua Ribeiro é concreta. Talvez fosse preferível termos sempre uma interpretação um pouco mais elástica quanto ao cabimento do especial. Estou dizendo isso porque essa igualdade entre as partes nós a enfrentamos quando cuidamos, Senhor Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, da questão dos honorários de advogado. Há um precedente de que foi Relator o Senhor Ministro Eduardo Ribeiro, em que houve inversão de honorários e tivemos de fazer um reparo para compatibilizar os honorários da outra parte; por exemplo, no caso da reconvenção, julgado anteriormente, em que fixei o mesmo percentual na principal e na reconvenção para não haver desigualdade.

Tenho a impressão de que, neste caso, a matéria seria infraconstitucional, embora possivelmente reflexa, porque se interpretarmos de outra maneira todas as matérias serão constitucionais, pois, na realidade, está tudo disciplinado na Constituição, que guarda o tipo nacional-normativo e analítico, para usar classificação de **Manuel Garcia Pelayo**.

Peço vênia ao Relator, Senhor Ministro Humberto Gomes de Barros, por esse fundamento, para acompanhar o voto do Senhor Ministro Castro Filho, conhecendo do recurso especial e lhe dando provimento.

VOTO PREVALECENTE

O Sr. Ministro Castro Filho: Como fielmente relatado, pelo ínclito Ministro Humberto Gomes de Barros, os recorrentes promoveram ação de indenização contra a Sociedade Anônima de Eletrificação da Paraíba — Saelpa, cuja sentença proferida pelo juízo da Comarca de Rio Tinto — PB condenou a ora recorrida a indenizar pelos danos materiais e morais decorrentes da morte do marido e pai dos recorrentes, aos 29 anos de idade, em virtude de descarga elétrica.

Em apelação ao Tribunal de Justiça da Paraíba, a Saelpa limitou-se a recorrer apenas com relação ao **quantum** da indenização por danos materiais, tendo a questão relativa aos danos morais restado preclusa.

O Tribunal de Justiça, porém, proferiu acórdão, com provimento parcial, reduzindo a condenação dos danos não só materiais, como também morais.

Afirmando ter havido julgamento **ultra petita**, já que não havia sido impugnado o **quantum** relativo aos danos morais, provocado por embargos de declaração dos ora recorrentes, o Tribunal reconheceu o erro e restabeleceu a condenação da Comarca de Rio Tinto no que concerne a essa questão.

Iniciada a execução do julgado, a Saelpa vem tentando desconstituir o acórdão proferido nos embargos de declaração, sob a alegação de que não fora dado

prazo para contra-arrazoá-los, já que obtiveram efeito modificativo. Tentou, inicialmente, via mandado de segurança, o qual resultou no REsp n. 246.181/PB, onde o Ministro Ari Pargendler consignou em voto que, independentemente do juízo que se faça da condenação, “sobre ela recaíra a coisa julgada”. Ademais, pretendeu-se utilizar do mandado de segurança como substitutivo de recurso. (Fl. 348)

A seguir, valeu-se da ação rescisória, após quase dois anos da proclamação da decisão, alegando que houve afronta ao princípio do contraditório, por não ter sido oportunizada a sua oitiva para contra-arrazoar os embargos que excluíram o **quantum** dos danos morais, obtendo êxito perante o Tribunal de Justiça da Paraíba, por maioria, que a julgou procedente para rescindir o acórdão dos embargos de declaração e anular os atos subseqüentes.

Foram opostos embargos infringentes pelos autores que, apesar de ter colhido parecer favorável do Ministério Público local, lograram rejeitados.

Daí o presente recurso, interposto com base em ambas as alíneas do permissivo constitucional, sendo recebido pela letra **a**.

Asseveram os recorrentes não ter havido violação literal de lei que justificasse a propositura da ação rescisória prevista no inciso V do art. 485 do CPC, já que cumprida a legislação específica dos embargos de declaração em sua literalidade, segundo os arts. 535 a 538 do CPC, que *não dispõem sobre a oitiva da parte*, além da clara utilização da ação rescisória como substitutiva de recurso ordinário, com prazo dilatadíssimo, sob a alegação do princípio genérico do contraditório.

Acrescenta ser incabível ação rescisória contra orientação jurisprudencial, como pretende a recorrida, mas somente contra a literalidade da lei, o que não é o caso, em que pese essa seja a orientação nos dias atuais — e não à época da prolação do acórdão rescindendo —, esbarrando, inclusive no entendimento do STF e na sua Súmula n. 343.

Trazem os recorrentes, em seus memoriais, com o fim de dar embasamento às suas assertivas, vários julgados, não só do Supremo Tribunal, como desta Corte.

O ilustre Relator, Ministro Humberto Gomes de Barros, todavia, não conheceu do recurso, ao entendimento de ter-se assentado o julgado em tema eminentemente constitucional.

Em dúvida, pedi vista.

A questão prende-se, basicamente, em se saber se o julgamento de embargos de declaração, dando-lhe efeito modificativo, sem ouvir a parte contrária, ofenderia o princípio do contraditório, como já entendeu o Supremo Tribunal Federal e se, por isso, a matéria seria de natureza constitucional.

Parece-me oportuno, preliminarmente, rememorar a história de nossos embargos de declaração. São eles, assim como os embargos infringentes, de origem portuguesa, mas — há muitos anos — não figuram mais, com a roupagem que conhecemos, na sistemática processual lusitana.

Quando vieram para o Brasil, não tinham natureza recursal; eram remédios meramente integrativos, principalmente os embargos de declaração. Estes assim devem ser entendidos até hoje, por serem instrumento interno, complementar de uma decisão proferida por um mesmo órgão julgador monocrático ou coletivo. E não perdem essa característica ainda quando alcançam efeito modificativo, porque o órgão julgador só poderá alterar sua conclusão se houver no julgado obscuridade, contradição ou omissão, mas *sempre* com base nos *mesmos fundamentos*, nunca com espeque em *fundamentos novos* de fato ou de direito. Estes, segundo os princípios da estabilidade do processo, feita a citação, não podem mais ser alterados pelo autor, sem ouvir o réu; nem pode este, pelo princípio da eventualidade, acrescentar qualquer oposição à pretensão do autor após a contestação.

Por isso, embargos de declaração, acolhidos com fins infringentes, com base em fundamentos novos, além do princípio do contraditório, prestigiado pela Constituição, ferem também outros princípios processuais.

Não obstante, **data venia**, a mim não me parece de cunho constitucional a questão. Apenas, reflexamente, poderia tangenciar norma contida na Carta Magna. Isso, porém, não autorizaria nem mesmo recurso extraordinário, como tem decidido o Supremo Tribunal Federal:

“Ementa: Agravo de instrumento — Matéria trabalhista — Ação rescisória — Aplicação da Súmula n. 343-STF — Alegação de ofensa à coisa julgada — Inocorrência — Ausência de ofensa direta à Constituição — Recurso improvido. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a propósito da aplicação da Súmula n. 343-STF — que proclama não caber ação rescisória, por ofensa a literal disposição de lei, na hipótese em que a decisão rescindenda apoiar-se em texto legal de aplicação controvertida nos Tribunais — firmou-se no sentido de que o debate a ela pertinente não viabiliza o acesso à via recursal extraordinária, por referir-se a tema de caráter eminentemente infraconstitucional. Precedentes. Esta Suprema Corte, pronunciando-se em causas de natureza trabalhista, deixou assentado que, em regra, as alegações de desrespeito aos postulados da legalidade, do devido processo legal, da motivação dos atos decisórios, do contraditório, dos limites da coisa julgada e da prestação jurisdicional podem configurar, quando muito, situações de ofensa meramente reflexa ao texto da Constituição, circunstância essa que impede a utilização

do recurso extraordinário. Precedentes. (AI n. 233.914 AgRg/RS, Rel. Ministro Celso de Mello, DJ de 23.02.2001 pp. 84 e 295, Segunda Turma, unânime; idem AI n. 238.553 AgRg/RS, p. 327).

E, considerada a questão como de natureza infraconstitucional, tenho que o recurso deve ser conhecido e provido, uma vez que os princípios supra-referidos não foram desrespeitados. O que se verificou na decisão atacada pelos embargos foi um erro; e um equívoco mais material do que técnico, ao se incluir, certo por simples inadvertência, no julgamento, o dano moral, que não era objeto do recurso de apelação. Logo, os embargos não tiveram por base nenhum fundamento novo, seja de fato ou de direito. Na verdadeira acepção do vocábulo, tiveram fim meramente integrativo. Assim, dispensavam, realmente, a intimação da parte contrária que, se ouvida, nada poderia fazer para evitar o resultado.

Na linha desse pensamento, tenho que a utilização da rescisória realmente ofendeu o art. 485, por ser inoportável.

À luz do exposto, rogando a **maxima venia** ao digno Relator, conheço do recurso e lhe dou provimento para, reformando o acórdão impugnado, julgar a autora carecedora do direito à ação, invertidos os ônus da sucumbência.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 556.120 — RS (2003/0091388-4)

Relator: Ministro Carlos Alberto Menezes Direito

Recorrente: Banco do Brasil S/A

Advogados: Ângelo Aurélio Gonçalves Pariz, Luciano José Giongo e outros

Recorrido: Joicelei Lucena

Advogado: João Severino de Villa

EMENTA

Ação de revisão de contrato de abertura de crédito. Juros. Abusividade. Código de Defesa do Consumidor. Repetição do indébito. Precedentes da Corte.

1. Não tem qualquer pertinência a identificação da abusividade com a taxa de inflação ou a estabilidade econômica, genericamente afirmada. A abusividade está vinculada à cobrança de taxas superiores às de

mercado, o que não está demonstrado neste caso. Por outro, a baixa da inflação está relacionada com a correção monetária, não com os juros, que dependem do custo real do dinheiro no mercado.

2. A repetição do indébito, em casos como o presente, é possível, “pouco relevando a prova do erro no pagamento” (REsp n. 345.500/RS, de minha relatoria, DJ de 24.06.2002; REsp n. 79.448/RS, Relator o Ministro Aldir Passarinho Junior, DJ de 16.06.2002).

3. Recurso especial conhecido e provido, em parte.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, retificar a decisão proferida na sessão do dia 28.06.2004 para, por unanimidade, conhecer em parte do recurso especial e, nessa parte, dar-lhe provimento. Os Srs. Ministros Nancy Andrichi e Castro Filho votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausentes, ocasionalmente, os Srs. Ministros Antônio de Pádua Ribeiro e Humberto Gomes de Barros. Presidiu o julgamento o Senhor Ministro Carlos Alberto Menezes Direito.

Brasília (DF), 29 de junho de 2004 (data do julgamento).

Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, Relator

DJ de 11.10.2004

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito: Banco do Brasil S/A interpõe recurso especial, com fundamento nas alíneas **a** e **c** do permissivo constitucional, contra acórdão da Décima Sexta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, assim ementado:

“Ação ordinária revisional e ação de cobrança. Contrato de abertura de crédito. Necessidade de prequestionamento.

Tendo sido a questão de fundo examinada pelo acórdão, não se faz necessário a manifestação sobre a incidência ou não de determinados dispositivos legais sobre questão já enfrentada e definitivamente julgada.

*Revisão de contrato. Possibilidade. Ato jurídico perfeito. Princípio do **pacta sunt servanda**.*

O ato jurídico perfeito e o princípio do **pacta sunt servanda** não impedem à parte a pretensão de revisar judicialmente o contrato com o fito de

extirpar do mesmo cláusulas eivadas de nulidade absoluta. O ato jurídico viciado em sua legalidade não pode qualificar-se como ato jurídico perfeito. Já o princípio do **pacta sunt servanda** diz respeito à vontade das partes, a qual não pode sobrepor-se aos ditames da lei.

Incidência do Código de Defesa do Consumidor sobre os contratos bancários.

Indiscutível a incidência do Código de Defesa do Consumidor sobre os contratos bancários, a teor do disposto no art. 3º, § 2º, do referido diploma legal, que não ressalva qualquer espécie de serviço ou operação bancária de sua área de vigência e incidência.

Juros remuneratórios.

Com a decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal, consignada na ADIn n. 4/DF, pela não auto-aplicabilidade do § 3º, do art. 192, da Constituição Federal, as partes podem pactuar os juros remuneratórios. Todavia, nos contratos onde se verificar abusividade e/ou excessiva onerosidade ao consumidor, aplicar-se-á o disposto no art. 51, inciso IV, do Código de Defesa do Consumidor, com a declaração de nulidade da respectiva cláusula contratual.

Capitalização dos juros.

A capitalização dos juros remuneratórios só tem lugar nas situações excepcionadas pela Súmula n. 93 do STJ, e nos saldos negativos de contas correntes.

Correção monetária. Indexador não definido no contrato. Incidência da TR. Inadmissibilidade.

Não prevendo o contrato de forma expressa qualquer indexador para efeito de correção monetária do débito, correta a decisão monocrática que a atrelou ao IGP-M, índice que tem se mostrado o mais benéfico ao consumidor. Inadmissibilidade de incidência da TR, de vez que não contratada e unilateralmente imposta pela parte credora. Inteligência dos arts. 115 do CC e 52, inciso III, do CDC.

Apelo não provido” (fls. 335/336).

Opostos embargos de declaração (fls. 346 a 348), não foram acolhidos (fls. 353 a 357).

Alega o recorrente, em preliminar, contrariedade ao art. 535, inciso II, do Código de Processo Civil, haja vista que o Tribunal de origem, no julgamento dos embargos de declaração, não “apreciou o pedido de omissão quanto ao afastamento da repetição de indébito/compensação de valores e da cobrança dos encargos de mora, contidos no apelo de fls. 293 e 305, respectivamente” (fl. 367).

No mérito, aduz afronta aos arts. 3º e 51, inciso IV, da Lei n. 8.078/1990; 965, 1.010 e 1.262 do Código Civil de 1916 e 4º, inciso IX, da Lei n. 4.595/1964, uma vez que os juros praticados pelas instituições financeiras não estão limitados a 12% ao ano.

Afirma que não se aplicam ao caso dos autos as disposições da Lei de Usura e do Código de Defesa do Consumidor.

Destaca, também, não ser possível no presente caso a compensação ou repetição de indébito.

Aponta dissídio jurisprudencial, colacionando julgados, também, desta Corte e as Súmulas ns. 596-STF e 98-STJ.

Contra-arrazoado (fls. 388 a 410), o recurso especial (fls. 363 a 384) foi admitido (fls. 414 a 417).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito: A recorrida ajuizou ação de revisão de contrato de abertura de crédito em conta corrente, cheque especial, e renegociação de dívidas alegando encargos excessivos, assim juros, capitalização mensal e utilização da TR.

Há também ação de cobrança ajuizada pelo banco recorrente.

Decisão da Juíza afirma que não há contrato de renegociação de dívida, “prevalecendo, assim, o juntado aos autos com suas cláusulas gerais” (fl. 243).

O pedido de produção de prova pericial foi indeferido (fl. 249), sendo combatido por agravo retido da recorrida.

A sentença julgou procedentes os pedidos na ação revisional para “*declarar* que o débito decorrente do contrato de fl. 187, firmado em 11.09.1995, deverá ser recalculado, a partir do surgimento do saldo devedor” (fl. 271) com juros de 12% ao ano, capitalizados anualmente, utilizado o IGP-M como índice de correção monetária a partir da utilização do numerário e, em caso de mora, que até o trânsito em julgado não se configura, manter os encargos moratórios conforme pactuado, admitindo eventual compensação dos valores pagos a maior. Na ação de cobrança, julgou procedente, em parte, o pedido para condenar a recorrida “no pagamento de eventual saldo devedor decorrente do contrato de abertura de crédito em conta corrente n. 85.613-4, que deverá ser apurado em liquidação de sentença nos termos fixados na ação revisional e corrigido pelos mesmos índices” (fl. 272). Os embargos de declaração do banco foram rejeitados.

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul entendeu possível a revisão judicial dos contratos bancários para que sejam extirpadas cláusulas nulas, sendo incidente, no caso, o Código de Defesa do Consumidor. Quanto aos juros remuneratórios, entendeu presente a abusividade dos juros, pactuados em 9,90% ao mês, “taxa não compatível com a atual realidade econômica do País. O contrato foi assinado em 11.09.1995, dentro do Plano Real, quando a inflação girava em torno de 1% ao mês, no máximo. Assim, a prática de juros de 9,90% ao mês se mostra onerosa e abusiva, devendo ser mantida a sentença” (fl. 342). No que concerne à capitalização, manteve a anual como estabelecido na sentença. Finalmente, no que se refere à TR, considerou-a inaplicável porque não é índice de correção monetária, mantendo a indexação pelo IGP-M.

Os embargos de declaração foram rejeitados.

Supera a alegada violação do art. 535, II, do Código de Processo Civil, havendo possibilidade de ser enfrentada a matéria posta no recurso da parte no que se refere ao próprio mérito da causa.

No que concerne aos juros, com toda razão a instituição financeira. Não tem qualquer pertinência a identificação da abusividade com a taxa de inflação ou a estabilidade econômica, genericamente afirmada, como se fosse um dogma impenetrável pela razão humana. Como acentuou o especial, a abusividade residiria na cobrança de taxas superiores às de mercado, o que não está demonstrado neste caso. Por outro, com razão a instituição financeira ao assinalar que a baixa da inflação está relacionada com a correção monetária, não com os juros que estão vinculados ao custo real do dinheiro no mercado. Não há, portanto, como deixar fluir o conceito de abusividade, prevalecendo a jurisprudência da Corte acolhida pela Súmula n. 596 do colendo Supremo Tribunal Federal.

No que concerne à repetição do indébito, a jurisprudência da Corte acolhe o que decidiu o acórdão recorrido, “pouco relevando a prova do erro no pagamento” (REsp n. 345.500/RS, de minha relatoria, DJ de 24.06.2002; REsp n. 79.448/RS, Relator o Ministro Aldir Passarinho Junior, DJ de 16.06.2002).

Em conclusão, eu conheço do especial, em parte, e, nessa parte, dou-lhe provimento para afastar a limitação da taxa de juros. Custas proporcionais e honorários de 10% sobre o valor da causa, na proporção do respectivo proveito, compensados, na ação revisional.

RECURSO ESPECIAL N. 567.587 — MA (2003/0147576-3)

Relator: Ministro Carlos Alberto Menezes Direito

Recorrente: Banco do Brasil S/A

Advogados: Antônio Pereira Costa e outros

Advogada: Magda Montenegro

Recorrido: Joel de Sousa Silva

Advogados: Marcelo Leonardo de Melo Simplício e outro

EMENTA

Instituição financeira. Conta corrente. Encerramento da conta corrente. Art. 39, IX-A, do Código de Defesa do Consumidor.

1. O banco pode encerrar conta corrente mediante notificação ao correntista, nos termos previstos no contrato, não se aplicando ao caso a vedação do art. 39, IX-A, do Código de Defesa do Consumidor.

2. Recurso especial conhecido e provido.

ACÓRDÃO

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

Brasília (DF), 28 de junho de 2004 (data do julgamento).

Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, Relator

DJ de 11.10.2004

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito: Banco do Brasil S/A interpõe recurso especial, com fundamento na alínea **a** do permissivo constitucional, contra acórdão da Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão assim ementado:

“Banco. Correntista. Encerramento de conta. Motivação. Código de Defesa do Consumidor.

As relações de prestação de serviço entre a instituição bancária e seu correntista estão abarcadas pelo Código de Defesa do Consumidor, resultando daí que o agente financeiro não pode encerrar a conta corrente do usuário do serviço tão-somente sob a alegação de constantes desentendimentos entre este e os funcionários do estabelecimento. (Inteligência do art. 39, IX, do CDC)” (fl. 116).

Opostos embargos de declaração (fls. 121 a 123), foram rejeitados (fls. 129 a 131).

Sustenta o recorrente negativa de vigência dos arts. 535 do Código de Processo Civil; 39, inciso IX, alínea **a**, da Lei n. 8.078/1990; 1ª e 4ª, inciso VI, da Lei n. 4.595/1964 e 82 do Código Civil de 1916, haja vista que o acórdão recorrido não analisou todas as questões apontadas pelo recorrente, mesmo com a oposição de embargos de declaração.

Alega que “sua notificação ao cliente correntista, está fundamentada nas cláusulas do contrato firmado entre ambos, que prevê que qualquer uma das partes pode comunicar à outra sua decisão de rescisão do contrato, respeitando assim a liberdade de contratar” (fl. 152).

Aduz que não praticou qualquer ato ilícito ao pretender a rescisão do contrato, pois agiu de acordo com as cláusulas do contrato firmado entre as partes.

Sem contra-razões (fl. 161), o recurso especial (fls. 146 a 153) foi admitido (fls. 166 a 170).

Houve recurso extraordinário (fls. 135 a 142), não admitido (fls. 163 a 165), decisão contra a qual foi interposto agravo de instrumento (fl. 171/verso).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito: O recorrido ajuizou ação cominatória alegando que teve sua conta corrente cancelada pelo banco réu, tendo recebido notificação nesse sentido ao fundamento de que o encerramento decorria de decisão comercial e mercadológica. Sustenta que o art. 39, IX, do Código de Defesa do Consumidor veda a atitude do banco.

A sentença julgou procedente o pedido. Considerou o Magistrado que “o encerramento da conta corrente sem nenhuma razão motivadora equivale à recusa na prestação do serviço, conduta vedada pelo disposto no art. 39, IX, do CDC, posto que não se trata de serviço de intermediação regulado em lei especial, como tentou fazer crê o réu” (fl. 72).

O Tribunal de Justiça do Maranhão manteve a sentença. Afirmou que cabível a incidência do art. 39, IX, do Código de Defesa do Consumidor e que a “afirmação do recorrente de que o outro objetivo ensejador do cancelamento da conta do apelado foi o fato deste ter ajuizado ação de indenização por danos morais em face do Banco é, no mínimo, absurdo. Isto porque, a busca ao Judiciário na tutela de direitos é um direito fundamental de todo e qualquer cidadão, não podendo sua realização, sofrer reprimendas desarrazoadas desta espécie” (fl. 119). E no tocante à multa aplicou o art. 84, § 4º, do Código de Defesa do Consumidor.

Os embargos de declaração foram rejeitados.

Procura o especial amparar-se na cláusula contratual que autoriza a interrupção da prestação de serviços mediante comunicação por escrito, com antecedência mínima de 30 dias, ademais da previsão da possibilidade de ser rescindido. Considera, por isso, que não incide o dispositivo mencionado no acórdão recorrido.

No caso, o autor era correntista do banco réu e recebeu notificação dando conta do encerramento da conta no prazo de 30 dias, pedindo que fosse efetuado o saque do saldo disponível ou a cobertura do saldo devedor (fl. 11). Diante disso, o autor escreveu ao banco solicitando que fossem apresentados os motivos para tal procedimento (fl. 12), obtendo resposta no sentido de que o encerramento decorria de decisão comercial e mercadológica, sem envolver “qualquer juízo de valor a respeito de sua pessoa ou conduta”, constituindo “ato de gestão empresarial, substanciada no direito que toda pessoa (física ou jurídica) tem de escolher as pessoas com as quais pretende celebrar ou manter contratos” (fl. 13).

O dispositivo mencionado pelo autor, o inciso IX-A do art. 39 da Lei n. 8.078/1990 considera prática abusiva “recusar a venda de bens ou a prestação de serviços, diretamente a quem se disponha a adquiri-los mediante pronto pagamento, ressalvados os casos de intermediação regulados em leis especiais”.

Não creio que o dispositivo seja próprio para o caso sob julgamento. O correntista mantém um contrato com o banco e tal contrato pode ser rescindido, desde que obedecido os seus termos, isto é, neste feito, se feita notificação com a devida antecedência de 30 dias, o que, não se controverte, ocorreu. O banco não se recusou a prestar os serviços, tanto que o correntista mantinha sua conta-corrente, mas, nos termos do contrato resolveu que não mais interessava a continuação da relação existente, sem qualquer ressalva quanto à conduta do autor, porque apoiou a decisão em razões de ordem comercial. Anote-se que na contestação, o réu indicou ser “necessário que fique registrado que, o modo pouco cortês com que o Autor vem dispensando aos empregados do requerido na Ag. Timon (MA), desde o Gerente ao estagiário, quando lá comparece, talvez pelo fato de, exercendo a nobre função de Oficial de Justiça nessa Comarca e sintase acima da lei e dos costumes locais, é

que tenha contribuído para o descontentamento de ambos”(fl. 22). Ora, não me parece razoável que se possa compelir o banco a manter contrato de conta corrente indefinidamente, podendo, nos termos do contrato, provocar o seu desfazimento, aberta ao correntista a possibilidade de ajuizar ação indenizatória se a atitude do banco causar-lhe prejuízo, desde que comprovado. Não se pode interpretar a regra no sentido de criar uma obrigação de prosseguimento dos serviços por tempo indeterminado, sob pena, ao meu pensar, de atingir o direito do contratante de interromper o contrato, relevando o fato de a regra jurídica sob exame indicar que a vedação da recusa faz referência à aquisição “mediante pronto pagamento”(fl. 43). Aqui disso não se cogita, mas sim do direito à rescisão do contrato de prestação de serviços, tal e qual previsto no contrato.

Com tais razões, eu conheço do especial e lhe dou provimento para julgar improcedente o pedido, invertidos os ônus da sucumbência.

RECURSO ESPECIAL N. 593.367 — SP (2003/0166106-0)

Relator: Ministro Castro Filho

Recorrentes: M. K. da S. R. e outro

Representado por: Leila Cristina da Silva Ruiz

Advogados: Ricardo Alex Pereira Lima e outros

Recorrido: José Luiz Ruiz

Advogado: Fernanda Dias

EMENTA

Alimentos. Ação revisional. Procedência do pedido. Alteração do valor da pensão. Efeitos. Termo inicial. Data da citação.

Os efeitos da alteração do valor dos alimentos, estabelecida em âmbito de ação revisional, operam retroativamente, alcançando a data da citação inicial (art. 13, § 2º, da Lei n. 5.478/1968. Precedentes).

Recurso especial provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos, acordam os Srs. Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas

taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do recurso especial e dar-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Carlos Alberto Menezes Direito e Nancy Andrichi votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros.

Brasília (DF), 04 de maio de 2004 (data do julgamento).

Ministro Castro Filho, Relator

DJ de 17.05.2004

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Castro Filho: Cuidam os autos de ação revisional de alimentos proposta por menores impúberes representados por sua mãe Leila Cristina da Silva Ruiz em relação a José Luís Ruiz, objetivando o aumento do valor da pensão alimentícia paga pelo réu. O pedido foi julgado improcedente.

A Terceira Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, por unanimidade, deu parcial provimento ao apelo das autoras, para elevar a verba alimentícia a um salário mínimo por mês, determinando que “os alimentos fixados passam a vigorar a partir da data da publicação do v. acórdão.”

O aresto restou assim ementado:

“Alimentos — Revisional — Aumento de dificuldades das autoras e melhoria profissional do réu caracterizados — Alteração das regras do art. 400 do Código Civil — Recurso parcialmente provido.” (Fl. 143)

Inconformadas, as autoras interpõem recurso especial, com fulcro nas alíneas **a e c** do permissivo constitucional, onde alegam violação ao art. 13, § 2º, da Lei n. 5.478/1968, bem como dissídio jurisprudencial.

Narram as recorrentes que o valor fixado em ação de separação judicial é insuficiente para suprir suas necessidades básicas e, principalmente, que houve alteração na situação financeira do demandado, possibilitando a majoração da pensão.

Sustentam, em síntese, a retroatividade do encargo alimentício majorado à data de citação da ação revisional.

Após as contra-razões (fls. 212/214), o ilustre Terceiro Vice-Presidente do Tribunal **a quo**, desembargador Mohamed Amaro, admitiu o recurso especial (fls. 218/219).

Instada a manifestar-se, a Subprocuradoria Geral da República opinou pelo provimento do recurso (fls. 233/236).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Castro Filho (Relator): Com razão as recorrentes. No caso dos autos, ficou determinado pelo Tribunal estadual que o termo inicial do pagamento da provisão alimentícia é a data de publicação do acórdão.

Entretanto, é entendimento pacífico desse colendo Superior Tribunal de Justiça que, na ação revisional de alimentos, em caso de majoração do encargo, o novo valor fixado retroage à data da citação.

Confirmam-se, a propósito:

“Alimentos. Ação revisional. Procedência do pedido. Alteração do valor da pensão. Efeitos. Termo inicial. Data da citação. Art. 13, § 2º, da Lei n. 5.478/1968. Precedentes. Recurso provido.

I - Os efeitos da alteração do valor dos alimentos, estabelecida em sede de ação revisional, operam retroativamente, alcançando a data da citação inicial.

II - Não há divergência no tema, mas sim no caso em que se postula alimentos sem a prova pré-constituída da paternidade.” (REsp n. 51.781/SP, Relator Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ de 24.10.1994);

“Alimentos. Revisão do montante fixado.

1. Valor da pensão (agravação do encargo). É questão de fato, irrevisível, em princípio, nesta instância, a teor da Súmula n. 07. Caso em que o recurso não demonstrou ter o acórdão local agravado o encargo em desproporção à capacidade financeira da pessoa obrigada.

2. Termo inicial. Os alimentos retroagem à data da citação. Aplicação, ademais, da Súmula n. 356-STF. 3. Recurso adesivo não conhecido. Hipótese em que a decisão recorrida não ofendeu o art. 514 do Código de Processo Civil.

4. Recurso especial não conhecido.” (REsp n. 9.661/CE, Relator Ministro Nilson Naves, DJ de 19.08.1991);

“Alimentos. Revisão de cláusula. Vigência. Citação inicial.

Julgada procedente a ação de modificação de cláusula alimentar, a nova provisão deve ter eficácia a partir da citação inicial, na forma do art. 13, § 2º, da Lei n. 5.478/1968.

Recurso conhecido e provido.” (REsp n. 40.436/RJ, Relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar, DJ de 1º.08.1994)

Outro não é o entendimento da doutrina, que sob a maestria do ilustre **Yusef Said Cahali**, assevera:

“Com relação ao ‘termo inicial’ dos alimentos revistos, a jurisprudência anterior divergia a respeito, ora aceitando que o ‘termo inicial do pagamento será a sentença, embora não transitada em julgado, proferida na ação de modificação’, ora entendendo que a pensão alimentícia majorada seria desde a citação inicial.

Já então se firmava no TJ/SP o entendimento de que ‘nos casos de modificação da pensão alimentícia, para mais ou para menos, como também nos casos de supressão, os efeitos da sentença se contam a partir da citação inicial (RT 294/177, 313/728, 319/137 e 321/224)’.

O art. 13, § 2º, da Lei n. 5.478/1968, pôs termo à controvérsia: o disposto nesta lei aplica-se à revisão de sentenças proferidas em pedidos de alimentos, sendo que, ‘em qualquer caso, os alimentos fixados retroagem à data da citação.’ (“Dos Alimentos”, 2ª ed., Ed. RT, 1994, p. 738).

Pelo exposto, dou provimento ao recurso, para determinar a retroatividade do encargo alimentício majorado à data de citação da ação revisional.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 663.196 — PR (2004/0067858-0)

Relatora: Ministra Nancy Andriighi

Recorrente: Cooperativa Agropecuária Cascavel Ltda — Coopavel

Advogados: Alfredo de Assis Gonçalves Neto e outros

Recorrida: Leani Nehring

Advogados: Ivo Nowacki e outros

EMENTA

Civil. Recurso especial. Compensação por danos morais. Lapso temporal entre a data do fato e o ajuizamento da demanda. Irrelevância na fixação do valor compensatório.

— Impossível admitir-se a redução do valor fixado a título de compensação por danos morais por ter o ofendido demorado a propor a ação respectiva, porquanto o fundamento da compensação é a existência de um sofrimento impossível de ser quantificado com precisão, seja no dia do evento, seja anos depois.

Recurso especial não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas constantes dos autos, por unanimidade, não conhecer do recurso especial. Os Srs. Ministros Castro Filho e Carlos Alberto Menezes Direito votaram com a Sr^a. Ministra-Relatora. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros.

Brasília (DF), 14 de dezembro de 2004 (data do julgamento).

Ministra Nancy Andrichi, Relatora

DJ de 21.03.2005

RELATÓRIO

A Sr^a. Ministra Nancy Andrichi: Recurso especial interposto por Cooperativa Agropecuária Cascavel Ltda – Coopavel, com fundamento na alínea c do permissivo constitucional.

Ação: de indenização por danos morais, decorrentes do atropelamento e morte do pai da recorrida, Leani Nehring, em 1^a.12.1990, em acidente ocasionado por preposto da cooperativa.

Sentença: pedido julgado procedente para condenar a recorrente ao pagamento de compensação na importância de R\$ 40.000,00 (quarenta mil reais), equivalentes à época da sentença a 200 salários mínimos.

Acórdão: deu parcial provimento à apelação da recorrente apenas para reduzir os honorários advocatícios a 10% sobre o valor da condenação, negando provimento ao recurso adesivo da recorrida.

Recurso especial: alega a recorrente a existência de dissídio jurisprudencial com julgados do STJ, porquanto o acórdão recorrido teria: a) desconsiderado o lapso temporal de onze anos existente entre o fato danoso e o pedido de indenização por danos morais, que deveria ter sido interpretado como fator de diminuição do sofrimento pessoal; e b) fixado a compensação, em termos absolutos, de forma elevada não só em comparação com casos semelhantes como em razão de já ter sido concedida uma compensação pelo mesmo fato para a mãe e irmã da recorrida, em processo anterior.

Contra-razões apresentadas às fls. 268/281.

É o relatório.

VOTO

Interposto recurso especial com arrimo na alínea **c** do permissivo constitucional, verifica-se que a controvérsia está reduzida a dois pontos: a) a possível influência da demora no ajuizamento da ação sobre o valor a ser estabelecido como compensação pelos danos morais sofridos; e b) o acerto da quantia arbitrada, em comparação com outros julgados do STJ.

a) Dos efeitos do decurso do tempo no valor da compensação por danos morais

Pretende o recorrente ver diminuído o valor fixado a título de compensação por danos morais — 200 salários mínimos, de acordo com acórdão do TJPR — decorrentes da morte do pai da recorrida em acidente de trânsito causado por um seu preposto, em 1990, ao argumento de que o lapso temporal passado entre o evento danoso e o pedido de indenização — ajuizado apenas em 2001 — seria evidência da diminuição da dor sentida pela autora em relação àquele evento danoso.

Inicialmente, cumpre reforçar que o pedido de revisão do valor indenizatório pode ser conhecido na instância extraordinária. Nas hipóteses em que as razões do recurso especial dirigem-se à irresignação dos recorrentes com o valor arbitrado a título de compensação por dano moral, o STJ tem afastado o óbice da Súmula n. 07, quando o valor fixado revela-se irrisório ou exagerado, de modo a fugir do objetivo pretendido — assegurar ao lesado a justa reparação pelos danos sofridos, sem, no entanto, incorrer em seu enriquecimento sem causa ou olvidar o necessário cunho didático da condenação.

Traz o recorrente como paradigmas o REsp n. 153.155/SP, Relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar, Quarta Turma, DJ de 16.03.1998, e REsp n. 228.537/SP, Relator Ministro Aldir Passarinho Júnior, Quarta Turma, DJ de 28.08.2000, onde se afirma, em apoio à tese do recorrente, que a demora em pleitear a compensação por danos morais deve sempre influir no valor a ser fixado, para diminuí-lo.

Sobre esse ponto, verifica-se existir certa oscilação nos julgados da Terceira e da Quarta Turma. Assim, sem pretensões de colacionar jurisprudência exauriente, no REsp n. 440.417/RJ, Quarta Turma, Relator Ministro Fernando Gonçalves, assim como no REsp n. 416.846/SP, Terceira Turma, Relator Ministro Castro Filho, adotou-se a tese paradigmática; já no AgRg nos EDcl no Ag n. 398.543/MG, Terceira Turma, Relator Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, ficou decidido que a questão esbarra no óbice da Súmula n. 07-STJ; por sua vez, no REsp n. 330.681/MG, Terceira Turma, Relator Ministro Menezes Direito, ficou assentado que “(...) quanto ao valor dos danos morais, com apontada ofensa aos arts. 4º e 5º da Lei de Introdução ao Código Civil, tais dispositivos de Lei Federal não foram prequestionados, não

desafiando o acórdão recorrido a questão do tempo decorrido entre o acidente e o pedido para minorar a dor em decorrência do falecimento do filho menor. De resto, diga-se a bem da verdade que o argumento, no caso, é risível. A perda de um filho é uma dor permanente, que o tempo não apaga jamais”.

O acórdão recorrido decidiu no sentido de não admitir o fator temporal como critério de alteração do valor compensatório.

E isso porque a teoria defendida pelo recorrente, ainda que pareça de justiça indiscutível em um primeiro momento, acaba por levar, em última instância, a conseqüência que não pode ser aceita, qual seja: ao enfraquecimento do próprio sistema de reparação por danos morais e ao desprestígio de um direito constitucionalmente assegurado.

Ora, é da essência do dano moral ser este compensado financeiramente a partir de uma estimativa que guarde alguma relação *necessariamente imprecisa* com o sofrimento causado, justamente por inexistir fórmula matemática que seja capaz de traduzir as repercussões íntimas do evento em um equivalente financeiro.

Não se analisa — e nem é objeto de prova no processo, ainda que proposta a ação no dia seguinte ao ocorrido — o tamanho do sofrimento íntimo experimentado pelo indenizado; de há muito, ficou assentado que não só essa análise é impossível como de todo estéril para o deslinde da questão. O dano moral não é a dor; esta é a *conseqüência* irrecusável do dano naquele que o suporta — e como tal, é variável, imprecisa e inexpugnável aos olhares de terceiros.

Um relevante estudo das razões de decidir adotadas no arbitramento do dano moral mostra que são vários os fatores considerados — culpa ou dolo, posição social do ofendido, risco criado, gravidade da ofensa, situação econômica do ofensor; mas parece ser levada em conta, principalmente como ponto de partida, a gravidade da ofensa ou *potencialidade lesiva* do fato, vez que impossível uma quantificação psicológica do abalo sofrido.

O dano moral é, repita-se, *conseqüência do fato danoso*; a potencialidade lesiva deste confere à análise do dano moral um mínimo de objetividade, em contraste com o absoluto *subjetivismo* — donde imprestabilidade — da discussão sobre a extensão íntima da dor sofrida.

E, nesse ponto, é forçoso admitir que esta — a gravidade da ofensa — *permanece a mesma com o correr dos anos*, ao contrário do abalo psicológico sofrido, que não é quantificável em momento algum — já no dia do evento, ainda onze anos depois.

Embora sejam muitos os fatores a considerar para a fixação da satisfação compensatória por danos morais, é principalmente com base na gravidade da lesão

que o juiz decide se o dano deve ser reparado com 10, 20 ou 200 salários mínimos; a inscrição do nome do pretenso devedor no Serasa vale, *e.g.*, menos do que a morte de um filho, que vale mais do que um atraso em vôo internacional. Por essa trilha já visivelmente insegura, cria a jurisprudência alguns parâmetros, *maleáveis mas objetivos*, como decorrência da fluidez do critério: *presume-se*, com alguma margem de tolerância, o tamanho do abalo — e da compensação — com base na gravidade do atentado.

Trata-se aqui, portanto, de *duas presunções* relativas ao mesmo assunto: a de que determinados fatos têm como conseqüência uma dor moral não diretamente quantificável — esta aceita de forma unânime como base do sistema — e a de que a dor diminui com o tempo.

A primeira é, repise-se, a base do sistema de reparação por danos morais; e nada precisa ser dito além de que esse sistema é, por excelência, incompatível com qualquer tipo de padronização que tome como dado uma medida da dor experimentada; a segunda, por sua vez, embora à primeira vista possa parecer razoável, na verdade entra em conflito com a assertiva inicial, pois para dizer que a dor diminui com o tempo é necessário, antes, dizer que é possível medi-la.

Uma vez assentada essa ordem de idéias, verifica-se que uma diminuição do valor indenizatório com base no tempo decorrido entre o fato e a propositura da ação é, portanto, uma tentativa de se estabelecer um *padrão artificial de “tarifação”*, que não guarda relação alguma com a origem fática do dever indenizatório — porto relativamente seguro onde a jurisprudência costuma repousar sua consciência na difícil tarefa de compensar um dano dessa natureza.

Pode a autora ter demorado a propor a ação por medo; pode a autora ter demorado a propor a ação por falta de informação e até mesmo — suprema injustiça, uma vez adotada a tese do recorrente — por ter sido tão rigoroso o trauma sofrido que a demanda judicial tornar-se-ia psicologicamente insustentável; o mero decurso do tempo nada diz quanto a essas circunstâncias perfeitamente factíveis — tão factíveis quanto a alegada diminuição da dor sofrida.

No exercício da atividade jurisdicional, um fator de discriminação que nada distingue é mais do que inútil; é, em verdade, prejudicial. A aplicação do método explanado neste recurso especial, por exemplo, traria duas ordens de conseqüências indesejáveis.

Inicialmente, sustentar-se-ia, com a força decorrente da autoridade do julgado, contradição decorrente em se afirmar que o tempo diminui a dor moral quando esta é impossível de ser avaliada ainda que a demanda seja proposta no dia seguinte ao fato danoso. A artificialidade de tal construção, conforme se procurou de-

monstrar, é tamanha que termina por minar as bases do próprio instituto da compensação moral.

Tão ou mais grave, contudo, é notar-se que, como consequência da conclusão *supra*, o STJ passaria a incentivar a já pródiga “indústria do dano moral”, uma vez que a “tarifação” da indenização, tomando-se por base a urgência na protocolização do pedido, corroboraria a detestável mercantilização das ações judiciais propostas com esse fundamento. Criar-se-ia uma indesejável corrida ao fórum, para que a indenização fosse garantida no seu mais alto valor, às custas da humilhação daqueles que acabaram de perder um ente querido e que serão ainda mais incentivados a adotar a postura de mascates do próprio sofrimento.

Em relação ao decurso do tempo, existe apenas uma presunção — de ordem legal — a ser considerada. Com efeito, o Código Civil traz normas sobre prazos prescricionais, e uma vez que estes são ultrapassados, há a sedimentação forçada das relações jurídicas em prol da estabilidade social. Aqui, realmente, o lapso temporal assume importância vital para aquele que pretende obter compensação por dano moral. Mas dizer que o dano moral necessariamente diminui com o tempo, a ponto de se estabelecer um desconto obrigatório no valor da indenização com o passar dos anos, soa tão impreciso quanto afirmar que o Código Civil presume estar o dano moral completamente assimilado naquele lapso prescricional, quando o fundamento da existência dos prazos prescricionais — neste caso e em todos os outros — nada tem com isso.

b) Do valor fixado a título de compensação

Alega-se, ainda, a ocorrência de excesso na fixação do valor da compensação, comparado este com o que medianamente os Tribunais concedem em hipóteses semelhantes.

Trouxe o recorrente à colação, além dos mesmos paradigmas já citados (REsp n. 135.155/SP, Quarta Turma, Relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar, DJ de 16.03.1998, e REsp n. 228.537/SP, Quarta Turma, Relator Ministro Aldir Passarinho Júnior, DJ de 28.08.2000), o REsp n. 19.402-0/SP, Quarta Turma, Relator Ministro Athos Carneiro, j. em 31.03.1992, sendo que em todos se fixou valor mais baixo do que aquele considerado satisfatório pelo TA/PR.

Muitos outros acórdãos há, contudo, que estipulam quantias iguais ou maiores do que o equivalente a 200 salários mínimos.

Assim, extrai-se do REsp n. 302.298, Quarta Turma, Relator Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ de 17.06.2002, caso no qual os pais pediam compensação pela morte do filho em acidente de trânsito, o valor de 600 salários mínimos

para o casal; no REsp n. 331.295, Quarta Turma, Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ de 04.02.2002, foi fixado o valor de 500 salários mínimos, devidos a pai que perdeu seu filho nas mesmas circunstâncias.

Aliás, no já citado REsp n. 416.846, Terceira Turma, Relator Ministro Castro Filho, onde foi abordada também a questão da diminuição do valor da compensação em virtude do decurso do tempo, ficou assentado que “(...) o **quantum** fixado a título de reparação chega a ser modesto, à vista das conseqüências do fato”; na hipótese, fixou-se a quantia equivalente a 200 salários mínimos para cada família das vítimas.

De todo o alegado neste recurso especial, extrai-se que pretendeu o recorrente, num primeiro momento, tabelar o valor compensatório pela adoção de um critério temporal que não pode ser aceito, por enfraquecer o conceito de compensação por dano moral; num segundo momento, contudo, o recorrente inverte completamente a argumentação, no sentido de procurar desprezar os critérios que são, por sua vez, efetivamente válidos e que influem corretamente na fixação do valor, como, por exemplo, a situação econômica do ofensor.

Portanto, é de se concluir que há, sim, um ponto de partida para a fixação da indenização, que é a gravidade do fato; mas há também peculiaridades — excluindo-se o tempo decorrido para a propositura da ação — que levam, em cada demanda, a uma variação considerável do valor fixado. Pretendeu o recorrente, inicialmente, diminuir a compensação com base em critério insubsistente, para, posteriormente, tentar o mesmo a partir da desconsideração dos critérios que são legítimos.

Assim, não é de se reconhecer a dissidência entre os acórdãos nesse ponto, visto que o recorrente não se preocupou em demonstrar a similitude fática entre as hipóteses, mas sim, efetivamente, em negá-la. Ademais, inexistente o alegado excesso no valor fixado pelo Tribunal de origem, nos termos dos precedentes supracitados.

Aborda o recorrente a discrepância entre o valor compensatório concedido neste processo — 200 salários mínimos — e aquele estipulado em ação anterior, julgada em 1994, esta movida pela mãe e irmã da recorrida, e que resultou em compensação de 20 salários mínimos.

A pequenez, para os padrões atuais, do valor fixado na ação movida pela mãe e irmã da recorrida — 20 salários mínimos — decorre, como acertadamente concluiu o acórdão, do fato de que, àquela época, ainda vacilava a jurisprudência no reconhecimento e valoração dos danos morais. A indenização, aliás, correspondeu naquele processo à integralidade do pedido — prova de que os padrões evoluíram para o mesmo dano; não é crível supor que as partes pediram menos do que o usual à época.

Não há como se estabelecer um paralelo entre as causas; ao invés de dizer que a recorrida foi privilegiada pela desídia, é possível afirmar-se, igualmente, que o recorrente foi beneficiado pela vacilação inicial da jurisprudência, conforme mostram os valores fixados nos recentes recursos *supra* citados — todos superiores à soma das duas compensações. E nem é de se esperar, por fim, que o STJ faça um retrocesso ao entendimento que vigorava no início da década de 90 do século passado quanto à determinação do montante da compensação.

A preocupação do recorrente no sentido de ver-se demandado, ainda, inúmeras vezes em relação ao mesmo fato não é problema a ser resolvido a partir do valor da compensação, mas sim a partir da análise, em cada ação, da legitimidade processual ativa do demandante, *se porventura outras novas forem intentadas*, coisa que não se pode afirmar neste momento.

Forte em tais razões, *não conheço* do recurso especial.

RECURSO ESPECIAL N. 685.003 — RJ (2004/0129435-5)

Relatora: Ministra Nancy Andrighi

Recorrente: Viação Aérea São Paulo S/A — VASP

Advogados: Lígia Ferraz Torres e outros

Recorrido: Carlos Raimundo Lagoeiro

Advogados: Zilva Moreira Chaves e outros

EMENTA

Civil. Recurso especial. Viagem internacional de menor acompanhado de um dos pais. Autorização expressa do outro com firma reconhecida. Negativa de embarque. Ato ilícito. Não-ocorrência.

— Para que um menor possa empreender viagem internacional na companhia de um dos pais, é necessário que o acompanhante apresente, em substituição à autorização judicial, autorização expressa do outro genitor com firma reconhecida, não suprimindo a formalidade a simples assinatura de autorização perante autoridade da Polícia Federal.

— Porquanto a negativa de embarque do menor se deu no estrito cumprimento da lei, porque a autorização parental apresentada despiu-se da formalidade legalmente exigida, não há se falar na prática de ato ilícito indenizável pela companhia aérea.

Recurso especial conhecido e provido. Pedido julgado improcedente. Inversão dos ônus de sucumbência.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas constantes dos autos, por unanimidade, conhecer do recurso especial e dar-lhe provimento. Os Srs. Ministros Castro Filho, Antônio de Pádua Ribeiro e Carlos Alberto Menezes Direito votaram com a Sr^a. Ministra-Relatora. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros.

Brasília (DF), 14 de dezembro de 2004 (data do julgamento).

Ministra Nancy Andrichi, Relatora

DJ de 1^a.02.2005

RELATÓRIO

Cuida-se do recurso especial interposto por Viação Aérea São Paulo S/A — VASP — contra acórdão exarado pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro.

Ação: Carlos Raimundo Lagoeiro, ora recorrido, e Tainá Moreno de Oliveira Lagoeiro propuseram ação de indenização em face da recorrente, objetivando a sua condenação ao pagamento de indenização por danos morais.

Sustentaram que a recorrente praticou ato ilícito ao não permitir o embarque em vôo internacional da menor Tainá Moreno de Oliveira Lagoeiro, sob a alegação de que ela não teria autorização legal de sua mãe, fato que lhes ocasionou danos, pois cada um dos autores perdeu dias de trabalho e aula, respectivamente.

Aduziram que, mesmo regularizada a situação, tiveram o seu retorno adiado para a semana seguinte, quando nenhuma exigência foi feita no momento do embarque.

O Juiz determinou a extinção do processo sem julgamento do mérito em relação à segunda autora, posto que requerida a sua desistência da ação antes da citação.

Sentença: o pedido formulado pelo recorrido foi julgado improcedente.

Acórdão: o recurso de apelação interposto pelo recorrido foi parcialmente provido por acórdão assim ementado:

“Civil e Consumidor. Reparação de danos morais acarretados a passageiro de vôo internacional, acompanhado de sua filha menor que com ele viajaria para Amsterdam — Holanda, onde a família reside, pelo cancelamento do embarque, ocasionado por exigência de apresentação para viagem fornecida pela mãe da menor, com firma reconhecida. Alegação da empresa aérea de formulação de exigência com amparo no art. 84, II, da Lei n. 8.069/1990 (ECA). Apresentação da autorização firmada no setor da Polícia Federal sediado no aeroporto internacional, abonada por agente da instituição policial. Ausência de razoabilidade da manutenção da exigência referida, com o conseqüente cancelamento do embarque, remarcado para uma semana após, quando então efetuado com a mesma documentação que anteriormente ocasionara a recusa do embarque. Alegação da ré de que a autorização materna só chegou após a partida da aeronave carente de comprovação (CDC, art. 14, §§ 1^o e 3^o). Caracterização de dano moral **in re ipsa**, diante da frustração e dos constrangimentos acarretados pela conduta da ré. Arbitramento da reparação, atendendo a critérios de proporcionalidade, justiça e equidade, em valor equivalente a 100 salários mínimos Provimento parcial do apelo.”

Recurso especial: foi interposto com fulcro no art. 105, inciso III, alíneas **a** e **c** da Constituição Federal, sob as alegações de ofensa aos arts. 82, 129 e 130 do CC/1916, 83 e 84 da Lei n. 8.069/1990, 333, I, do CPC, e 20 da Convenção de Varsóvia, e de dissídio jurisprudencial.

Em síntese, sustenta que o recorrido não cumpriu a exigência do art. 84, II, do ECA, para que fosse possível o embarque de sua filha, menor de idade, eis que o documento passado por sua mãe e abonado na sala da Polícia Federal no Aeroporto Internacional do Rio de Janeiro não a supre, já que não obedece à formalidade prescrita em lei. Assim sendo, não praticou ato ilícito, de modo que não seria devida qualquer indenização.

Alega também que não houve prova efetiva dos prejuízos decorrentes do atraso do vôo.

Por fim, colaciona precedente jurisprudencial no sentido da aplicação da Convenção de Varsóvia, de modo a evidenciar o alegado dissenso pretoriano.

Agravo de instrumento: foi interposto contra a decisão que negou seguimento ao recurso especial, cuja subida determinei por força do provimento desse recurso (Ag n. 587.770).

É o relatório.

VOTO

A questão controvertida consiste em aferir se a negativa de embarque de menor de idade em vôo internacional, diante da apresentação de autorização materna sem reconhecimento de firma, passada perante agente da Polícia Federal, constitui ato ilícito passível de indenização.

Compulsando os autos, verifica-se que o art. 20 da Convenção de Varsóvia não restou apreciado pelo acórdão recorrido de modo a evidenciar o prequestionamento, requisito específico de admissibilidade do recurso especial.

Incide, no particular, a Súmula n. 282-STF.

Ademais, não se mostra possível a análise da apontada ofensa ao art. 333, I, do CPC, em razão da impossibilidade de reexame do acervo fático-probatório em sede de recurso especial, a teor da Súmula n. 07-STJ.

No tocante ao alegado dissídio jurisprudencial, consigne-se que a ausência de similitude fática entre o acórdão recorrido e o julgado alçado a paradigma impede o conhecimento do recurso especial pela alínea c do permissivo constitucional, eis que descumprido requisito imposto pelos arts. 541 do CPC e 255 do RISTJ.

Em relação aos demais dispositivos legais tidos por violados, conheço do presente recurso especial e aplico o direito à espécie, conforme autoriza o art. 257 do RISTJ.

Nos termos do art. 83, **caput**, do ECA, “nenhuma criança poderá viajar para fora da Comarca onde reside, desacompanhada dos pais ou responsável, sem expressa autorização judicial”.

Por sua vez, dispõe o art. 84, II, do mesmo diploma legal que, quando se tratar de viagem ao exterior, a autorização é dispensável, se a criança ou adolescente “viajar na companhia de um dos pais, autorizado expressamente pelo outro através de documento *com firma reconhecida*” (sem grifos no original).

Pela análise desses dispositivos legais, infere-se que o ECA dispensa, para as viagens internacionais feitas por menor em companhia de somente um dos pais, a autorização judicial, desde que haja a apresentação de autorização expressa do outro, com firma reconhecida.

Sobre a mencionada exigência, assim se manifestou o TJRJ ao concluir pela ocorrência de ato ilícito praticado pela recorrente:

“Segundo a Ré/Apelada, sendo internacional o vôo em que o Autor e sua filha pretendiam viajar, para a efetivação do embarque da filha menor do Autor, desacompanhada da mãe, seria necessária a apresentação de declara-

ção desta última com firma reconhecida, nos precisos termos do disposto no art. 14 da Portaria n. 957/GM5, do DAC — Departamento de Aviação Civil, e nos arts. 83 e 84 da Lei n. 8.069/1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), exigindo o inciso II deste último dispositivo que a criança ou adolescente só poderá viajar ao exterior na companhia de um dos pais, autorizado expressamente pelo outro através de documento com firma reconhecida, hipótese em que se dispensa a autorização judicial (fl. 57).

Ocorre que a autorização materna, passada por Cláudia Maria de Oliveira, também residente em Amsterdam — Holanda, foi passada exatamente em 13.01.2000, na sala da Polícia Federal situada no Aeroporto Internacional do Rio de Janeiro, conforme atestado pelo agente de Polícia Federal Geraldo Roberto Malatesta (fl. 17), que abonou a autorização passada pela mãe da menor.

Em tal situação, mostra-se fora de parâmetro de razoabilidade a exigência de aplicação literal do disposto no art. 84, II, do ECA, não se vislumbrando porque um documento com firma reconhecida vá produzir, nessa matéria, valor probante mais categorizado do que aquele abonado na sala da Polícia Federal no AIRJ por um agente da Polícia Federal.

É bem verdade que a Apelada insiste, em suas contra-razões recursais, que sua atitude estaria em perfeita adequação com a disposição legal contida no art. 84, II, do ECA, rejeitando o argumento do Apelante de que a presença da mãe no aeroporto e a elaboração de declaração de um policial federal supriria a exigência legal, sob o argumento de que tal presença somente se deu após a partida da aeronave (fls. 133).

Em seu apelo, lembra o Apelante o conceito de documento público apresentado por **De Plácido e Silva** na obra “Vocabulário Jurídico”, 18ª ed., 2001, atualizada por **Nagib Slaibi Filho** e **Geraldo Magela Alves**: “Documento Público”. Entende-se como documento público todo ato escrito e passado por serventuário público, no livro de seu ofício ou cartório, ou em repartição pública, segundo as prescrições e formalidades legais, exigidas para sua autenticidade e legalidade. Os documentos públicos são por si mesmos considerados autênticos. E fazem prova plena quando apresentados no original, traslado ou certidão.

Nesse contexto, não se pode negar à autorização de fl. 17, exatamente porque elaborada na sala da Polícia Federal no AIRJ, na presença de agente da Polícia Federal que assim a abonou, a condição de documento público ou, quando menos, com força equivalente.”

Há de se considerar que a validade de um ato jurídico requer o cumprimento da forma exigida em lei para a sua prática (art. 82 do CC/1916). Ademais, as declarações de vontade não dependem de forma especial senão quando a lei exigir (art. 129 do CC/1916), sendo o ato considerado inválido quando deixa de se revestir das formalidades legalmente exigidas (art. 130 do CC/1916).

Nesse particular, conclui-se que, se o art. 84, II, do ECA exige a apresentação de autorização expressa do pai que não acompanhará o menor em viagem internacional, com firma reconhecida, a assinatura de declaração diante de agente da Polícia Federal não tem o condão de suprir a forma legalmente exigida para a prática desse ato.

Assim sendo, para que a recorrente pudesse autorizar o embarque da filha do recorrido, deveria ter ele apresentado autorização judicial ou autorização expressa da mãe da menor com firma reconhecida em cartório. Isso porque a declaração apresentada pelo recorrido era inválida, porquanto não preencheu a forma especial que a lei exige para lhe imprimir validade.

Conclui-se, pois, que não houve qualquer conduta ilícita praticada pela recorrente, que agiu no estrito cumprimento da lei ao exigir a apresentação de autorização com firma reconhecida, nos termos do art. 14 da Portaria n. 957/GM5 do Departamento de Aviação Civil, que tão-somente reproduz a regra constante do art. 84, II, do ECA.

Forte em tais razões, *conheço* do presente recurso especial pela alínea **a** do permissivo constitucional e *dou-lhe provimento* para julgar improcedente o pedido formulado pelo recorrido, invertendo assim os ônus de sucumbência.
