RECURSO ESPECIAL Nº 34.371-2 — SP

(Registro nº 93.0011202-3)

Relator: *O Sr. Ministro Barros Monteiro*

Recorrentes: *Abraham Shor Myskin e cônjuge*

Recorrido: *Arne Glucksman*

Advogados: *Drs. Dilermando Cigagna Júnior e outros, e Oreste Nestor de Souza Laspro e outros*

EMENTA: ***Contrato de cessão de ações. Ação movida por legatário, visando à declaração de nulidade do negócio jurídico (por incapacidade do agente) ou, subsidiariamente, à sua anulação por erro e/ou dolo, além da restituição ao espólio do falecido testador das ações alienadas. Preliminares de ilegitimidade de parte ativa e de inépcia da inicial repelidas.***

1. A anulabilidade pode ser alegada e promovida pelo prejudicado com o ato — no caso pelo legatário. Inteligência do art. 152 do Código Civil.

2. Legitimidade de parte ativa reconhecida, outrossim, ao legatário para pleitear, ao menos, a restituição ao Espólio do testador falecido de parte das ações que lhe cabem e que foram atingidas pela alienação.

3. Tratando-se de pedidos formulados em ordem sucessiva (art. 289 do CPC), podem eles ter fundamentos opostos. O segundo pedido somente será objeto de decisão na eventualidade da improcedência do primeiro.

Recurso especial não conhecido.

ACÓRDÃO

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

Decide a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do recurso, na forma do relatório e notas taquigrá-

ficas precedentes que integram o presente julgado. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Cesar Asfor Rocha, Ruy Rosado de Aguiar e Sálvio de Figueiredo Teixeira.

Brasília, 21 de outubro de 1997 (data do julgamento).

Ministro BARROS MONTEIRO, Presidente e Relator.

Publicado no DJ de 15-12-97.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO BARROS MONTEIRO: Arne Glucksman ajuizou contra Abraham Shor Myskin e sua mulher Aida Gliksman Latowicka de Shor ação por ele denominada de "declaratória de nulidade de contrato".

O finado Elijass Gliksmanis contemplara o autor com um legado de parte das ações que possuía na "Companhia Imobiliária Ibitirama", da qual detinha 80% do capital (cada um dos três legatários receberia o equivalente em ações preferenciais a 4% do capital social da empresa).

Ocorre que, dezenove dias antes de falecer, Elijass cedeu, por contrato, aos réus 33.200.000 ações da referida companhia; no mesmo ato, outorgaram estes últimos àquele, por instrumento particular, a opção de compra das mesmas ações.

Segundo o demandante, o contrato de cessão de ações e o instrumento de opção de compra são nulos de pleno direito pelos seguintes motivos: a) não existe prova da autenticidade das assinaturas apostas no referido contrato; b) faltava ao negócio condição essencial à sua validade, qual seja, a capacidade do agente (no último trimestre de 1986, Elijass não se apresentava em estado de celebrar qualquer negócio jurídico).

Além disso, Elijass assinara os documentos por erro, provocado pelo comportamento malicioso dos réus (dolo).

Por conseguinte, pleiteou na exordial:

a) seja declarada a nulidade do contrato de cessão e do instrumento de opção de compra;

b) sejam anulados os mencionados atos por se encontrarem viciados por erro e/ou dolo;

c) sejam condenados os réus, em qualquer hipótese, a restituírem ao Espólio de Elijass Gliksmanis as ações em questão, representativas de 20% do capital social da "Companhia Imobiliária Ibitirama".

Contestando o pedido, os réus suscitaram três preliminares, a saber:

I) inépcia da inicial;

II) ilegitimidade de parte ativa quanto ao segundo pedido, de caráter constitutivo negativo, para anulação por erro ou dolo;

III) ilegitimidade de parte ativa tocante ao pedido condenatório.

O MM. Juiz, quando do saneamento da causa, rejeitou as preliminares.

Contra essa decisão os suplicados manejaram agravo de instrumento, insistindo, ao que ora interessa, no acolhimento das aludidas preliminares. No que tange à inépcia da petição inicial, sustentaram a incompatibilidade dos pleitos formulados; de um lado a nulidade do ato fundada em incapacidade do agente; de outro, a anulação arrimada na alegação de erro e/ou dolo. Quanto à ilegitimidade para pleitear a anulação dos ajustes por vício de consentimento, afirmaram que a pretensão somente era suscetível de ser formulada pelo falecido cedente, uma das partes no negócio jurídico. E, tocante à ilegitimidade para postular a restituição das ações, aduziram que o autor está a demandar em nome próprio direito alheio.

A Quinta Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo negou provimento ao agravo, sob os seguintes fundamentos, nos aspectos supramencionados:

> "Os dois primeiros pedidos, aos quais se restringe o tema em debate, foram postos em seqüência ou sucessivamente. Estabeleceu-se uma ordem de prioridade. O juiz deverá apreciar o primeiro (nulidade) e na hipótese de não acolhê-lo, examinar o segundo (anulação). A formulação, assim, posicionada, tem respaldo no art. 289 do CPC, onde disposto ser 'lícito formular mais de um pedido em ordem sucessiva, a fim de que o juiz conheça do posterior, em não podendo acolher o anterior'. Desimportante, para a solução, a terminologia. Quer se convencione chamar de cumulação (de pedidos) *sucessiva ou subsidiária* (**Pontes de Miranda**, Comentários ao Código de Processo Civil, tomo IV, págs. 59/60, 1974, Forense; **José Frederico Marques**, Manual de Direito Processual Civil, II vol., pág. 49, 1954, Saraiva) **Vicente Greco Filho**, Direito Processual Civil Brasileiro, II vol., pág. 100, 2ª ed., 1986, Saraiva, *ou eventual* (**Sálvio de Figueiredo Teixeira**, Código de Processo Civil Anotado, pág. 181, 4ª ed., 1992, Saraiva), o induvidoso é que a lei processual a permite, expressamente. Cabe registrar que não se trata de cumulação simples, na qual os pedidos nada têm em comum entre si, a não ser os sujeitos, e que de qualquer forma, não encontra óbice no ordenamento, ou de cumulação sucessiva, encarada, agora, sob o ângulo da prejudicialidade, vale dizer, o segundo pedido somente será apreciado quando procedente o primeiro (confira-se a respeito, **Calmon de Passos**, Comentários ao Código de Processo Civil, III vol., págs. 187/188, 1ª ed., Forense). Esse último caso de cumulação, com prejudicialidade, é que ocorre no que tange ao pedido sob letra **c** da inicial, com relação aos outros pedidos, letras **a** e **b**.

Contudo, não basta a sucessividade ou eventualidade, pois os pedidos formulados devem guar-

dar compatibilidade (**Wellington Moreira Pimentel**, Comentários ao Código de Processo Civil, vol. III, pág. 186, 1975, Revista dos Tribunais), requisito de admissibilidade imposto pelo art. 292 do Código de Processo Civil. A compatibilidade não tem medida lógica, necessariamente, mas sim, jurídica, no sentido de não obstaculizar a prestação jurisdicional. **Calmon de Passos**, leciona, que: '... em se tratando de cumulação alternativa por subsidiariedade, os pedidos podem ser opostos. Por exemplo, o herdeiro legítimo pode pedir a anulação do testamento (pedido principal) e formular, subsidiariamente, o pedido de que, na eventualidade de não ser acolhida sua pretensão, lhe seja entregue um legado com que foi contemplado no testamento. Aparentemente são incompatíveis; mas juridicamente essa incompatibilidade cessa, visto como o segundo pedido só na eventualidade da improcedência do primeiro será objeto de decisão' (obra citada, págs. 192/193). E **Wellington Moreira Pimentel**, igualmente, exemplifica como pedidos compatíveis formulados de modo cumulativo, em ordem sucessiva: 'o descendente propõe ação para que seja declarada a nulidade de compra e venda feita por seu ascendente a outro descendente, sem o consentimento do autor; pede ao juiz que se não reconhecer a nulidade, decrete a anulação do ato' (obra citada, pág. 186). Este derradeiro exemplo se assemelha à hipótese vertente. Sintetizando, o ponto central está na tutela jurisdicional, poder ser exercitada em seqüência, manifestando-se possível. Há, então, compatibilidade de pedidos.

Portanto, a cumulação é admissível. Outrossim, da narração dos fatos colocados decorrem logicamente as conclusões, considerados no enfoque particular, cada um deles, de nulidade ou anulação. Irrelevante, doutro turno, que diversas as causas de pedir e os pedidos, por inexigível a conexão, a fim de que se dê o cúmulo em um único processo (art. 292 do Código de Processo Civil). A inicial não é inepta.

3. Em testamento, Elias Gliksmanis contemplou o agravado com legado de parte das ações de sociedade anônima, da qual detinha 80% do capital, nos seguintes termos: 'Arne Glucksman, Sant Glucksman, Gunil La Glucksman Nilsem, respectivamente pai e filhos, sendo o primeiro sobrinho do testador, todos com endereço, em 19 Hale House, 34 de Vere Gardens, Londres W8, 5AO', receberão cada um o equivalente em ações preferenciais a 4,0% do Capital Social da Companhia Imobiliária Ibitirama e, ainda, proporcional de ações que vierem a ser adquiridas através de subscrições, bonificações originárias de aumento de capital com reservas e lucros acumulados, ou com qualquer título venham acrescer este lote de ações de propriedade do testador' (fls. 102). Porém, pouco antes de falecer, celebrou contrato de cessão

e transferência de ações com os agravantes, os quais receberam ações representativas de 20% do capital da Companhia. Esse o ajuste, que o agravado, autor da ação, pretende seja declarado nulo e, sucessiva e eventualmente, anulado. Como legatário de parte das ações cedidas, pois os 20% transmitidos abrangem, parcialmente, os 4% do total objeto do legado, forçoso reconhecer que o autor da ação tem interesse jurídico e patrimonial em anular o contrato. Embora terceiro, foi o agravante, em tese, prejudicado pelo estipulado na cessão (arts. 1.692 e 1.708, inciso II, do Código Civil). Assim, não se pode deixar de classificá-lo como um dos interessados, que a segunda parte do art. 152, também, do Código Civil contempla. 'A nulidade pode ser argüida por qualquer interessado, pelo Ministério Público, quando lhe caiba intervir, e pelo magistrado de ofício, quando a encontrar provada (CC, art. 146, parágrafo único; RT, 466: 73, 505: 66), se tiver, p. ex., em mãos qualquer documento que evidencie falta de elemento essencial; a anulabilidade só pode ser alegada pelos prejudicados com o negócio ou por seus representantes legítimos, não podendo ser decretada **ex officio** pelo juiz' (**Maria Helena Diniz**, Curso de Direito Civil Brasileiro, 1º vol., pág. 287, 8ª ed., 1991, Saraiva: ainda **Washington de Barros Monteiro**, Curso de Direito Civil, vol. 1º, parte geral, pág. 265, 20ª edição, 1981, Saraiva; **Caio Mário da Silva Pereira**, Instituições de Direito Civil, vol. 1, pág. 445, 8ª ed., 1984, Forense). É de se reconhecer, destarte, a legitimidade ativa para o pedido de anulação, assinalado que não foi questionada quanto ao de nulidade.

4. Ainda, caso venha a ser declarada a nulidade ou decretada a anulação da cessão, com seu desfazimento, as ações transacionadas, forçosamente, devem ser restituídas ao espólio para posterior entrega ao agravado da porção que lhe pertence. Assim é, porque o legatário, 'conquanto receba **recta via** o domínio da liberalidade, não lhe é possuidor imediatamente, carecendo de pedir a posse à herança, sem que lhe assista assumi-la por autoridade própria' (**Ney de Mello Almada**, Sucessão Testamentária, vol. 2, pág. 166, 2ª ed., 1991, Brasiliense). Não está ele pleiteando em nome próprio, direito alheio. O que busca é preservar o direito à totalidade das ações que houve como legatário. Tão apenas deve recebê-las, através de regular inventário e partilha, quando cessará o estado de comunhão, com a divisão dos bens que compõem a herança. O direito é seu e o está propugnando para si. Não se pode afastar, também nessa perspectiva, a pertinência subjetiva.

5. Finalizando, a caducidade do legado resultou argüida, unicamente, na oportunidade das razões recursais e não quando da contestação. Obviamente o despacho saneador deixou de apre-

ciá-la e conseqüentemente, não se justifica a perquirição nesta oportunidade. Importante, porém, ressaltar que o autor tem ação para alcançar a nulidade ou anulação do contrato, porque, em caso de sucesso, poderá resultar revigorado o legado. Substancialmente, a matéria é de mérito e só, a final, comportará deslinde" (fls. 728/733).

Ainda inconformados, os réus manifestaram este recurso especial com fulcro na alínea **a** do permissivo constitucional, alegando negativa de vigência dos arts. 6º, 267, incs. I e IV, 292, inc. I, e 295, § único, do CPC, 152, 1.690 e 1.708, inc. II, do Código Civil. Reiteraram a argüição de ilegitimidade para a ação de anulação por vício de consentimento, porquanto, operada a caducidade do legado em face da alienação das ações pelo testador, não pode o autor ser tido como legatário (o seu interesse reflexo na sentença não lhe confere direito à ação). Defenderam ainda o entendimento de que a ação aí compete apenas a partícipe do ato. No que concerne à restituição de valores, asseveraram que o acionante não poderia pleitear a devolução de todas as ações transacionadas; somente lhe seria cabível preservar a pequena parte que lhe toca. Por derradeiro, insistiram na assertiva de incompatibilidade dos pedidos veiculados (nulidade e anulação), que têm a embasá-los fatos excludentes entre si.

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

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO BARROS MONTEIRO (Relator): 1. Na contrariedade, os réus-recorrentes argüiram a ilegitimidade do autor para pleitear a anulação das avenças por vício de consentimento, somente admissível — segundo eles — ao partícipe do negócio jurídico ou, quando muito, em casos excepcionais aos herdeiros das partes envolvidas. Terceiros eventualmente interessados, como é a hipótese do legatário, não detêm legitimidade para tanto.

Apenas em sede recursal é que aventaram a matéria alusiva à caducidade do legado. Vale dizer, para os demandados, operada a alienação pelo testador, caducou o legado, pelo que o *soi-disant* legatário não disporia de ação de natureza constitutiva negativa para anulação daqueles atos por erro ou dolo.

Penso que já neste ponto desassiste razão aos recorrentes, não vislumbrando a pretendida negativa de vigência dos arts. 152, 1.690 e 1.708, inc. II, do Código Civil.

O Acórdão recorrido admitiu a legitimidade do autor, considerando o prejuízo por ele suportado em face do que se estipulara no contrato de cessão, motivo pelo qual o classificou como um dos interessados a que alude a segunda parte do art. 152 do CC.

A locução "só os interessados as podem alegar" inserta na segunda alínea do referido preceito legal não

possui o alcance restrito a que os réus procuram atribuir-lhe, malgrado se reconheça que a orientação da doutrina a respeito não se mostre pacífica. Em verdade, o vício ou defeito do ato pode ser argüido por quem tenha interesse na sua invalidação. No caso em exame, é inegável o interesse que evidencia o ora recorrido na anulação do negócio jurídico por via do qual se concretizou a alienação das ações aos réus: uma parte das ações, que lhe foram legadas, será atingida pelo ato contra o qual verbera.

Clovis Bevilaqua, bem a propósito, deixara anotado: "Por interessados entendem-se a parte, em favor da qual existe a nulidade, os seus sucessores ou sub-rogados, credores e, ainda, terceiros prejudicados" (Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado, vol. I, pág. 409, 3ª ed.). Para o Prof. **Washington de Barros Monteiro**, "a anulabilidade pode ser alegada e promovida pelos prejudicados com o ato, ou por seus legítimos representantes (art. 152)" (Curso de Direito Civil, Parte Geral, 1º vol., pág. 266, 29ª ed.). Consoante ainda magistério de **Caio Mário da Silva Pereira**, "daí ficar restrita a **legitimatio** para postulação do decreto anulatório às pessoas que intervêm originariamente no ato, ou ainda em certos casos às que lhes sucedam em direitos, quer por sub-rogação **inter vivos**, que por sucessão **causa mortis**, ou também a determinados terceiros que lhes sofram as conseqüências (como o credor prejudicado pela alienação fraudulenta)" (Instituições de Direito Civil, vol. I, pág. 407, 18ª ed.).

A assertiva dos réus, aflorada à undécima hora, segundo a qual se operou a caducidade do legado, pelo que o autor não mais teria qualquer ação tendente à anulabilidade das avenças em questão, não colhe à evidência, pois, a prevalecer o seu entendimento, o legatário restaria desprovido de qualquer ação; o seu acesso ao Poder Judiciário estaria simplesmente obstado. Escorreita, ao menos em princípio, a linha de orientação adotada pelo V. Acórdão: o autor tem ação para obter a anulação dos atos impugnados; em hipótese de êxito, não há falar-se em caducidade do legado. Nesse sentido, aliás, assentou a Suprema Corte em julgado de que foi relator o saudoso Ministro Laudo de Camargo, conforme a seguinte ementa não-oficial: "Se o testador alienar a coisa que antes fora objeto de seu legado, este caduca, mas não caduca se vier a ser decretada a anulação da alienação da coisa" (Rev. dos Tribs. 183/469). Examinando-se o voto condutor do referido aresto, verifica-se que, para S. Exa. Sr. Ministro-Relator, "anulada a venda que não produziu efeitos, prevalece o legado".

2. Por igual, inocorre ofensa ao art. 6º do Código de Processo Civil.

Primeiro, porque, a despeito de ter vindo o autor a reclamar a restituição em favor do Espólio de Elijass Gliksmanis de todas as ações objeto da cessão feita (20% do capital social da empresa), certo é que está a pretender preservar uma pe-

quena parte desse total, ou seja, a parte que lhe cabe por força do legado. Se assim é, deve ele ser tido como parte legítima **ad causam** ao menos no que pertine ao seu quinhão. Acerca do que sobejar a essa sua parte, dirá a sentença quando apreciar o **meritum causae**.

Não bastasse, o Espólio de Elijass Gliksmanis foi admitido na lide como assistente litisconsorcial, razão por que se esvazia a objeção nesse particular lançada pelos recorrentes.

3. Por derradeiro, não há falar-se em inépcia da petição inicial por incompatibilidade de pedidos. É que o demandante formulou mais de um pedido em ordem sucessiva, o que é permitido pela lei processual civil (art. 289).

J. J. Calmon de Passos adverte que "a compatibilidade reclamada não é necessariamente lógica, sim compatibilidade jurídica. Por força disso, os pedidos podem ser opostos. Por exemplo, o herdeiro legítimo pode pedir a anulação do testamento (pedido principal) e formular, subsidiariamente, o pedido de que, na eventualidade de não ser acolhida a sua pretensão, lhe seja entregue um legado com que foi contemplado no testamento. Aparentemente são incompatíveis; mas juridicamente essa incompatibilidade cessa, visto como o segundo pedido só na eventualidade da improcedência do primeiro será objeto de decisão" (Comentários ao Código de Processo Civil, vol. III, págs. 192/193, ed. Forense, 1974).

Assim, pedidos incompatíveis são aqueles que se excluem mutuamente, o que não ocorre na espécie dos autos em face da sucessividade em que se os colocou. Para **Wellington Moreira Pimentel**, "pedidos incompatíveis são pedidos que se repelem. Como já afirmamos anteriormente. Haverá incompatibilidade entre os pedidos quando não possam triunfar todos simultaneamente, porque o acolhimento de um importará na exclusão de outro, ou de outros" (Comentários ao Código de Processo Civil, vol. III, pág. 222, ed. Revista dos Tribunais, 1975).

Também nesse passo, não se verifica a alegada contrariedade a norma de lei federal.

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

É como voto.

RECURSO ESPECIAL Nº 35.683-0 — SP

(Registro nº 93.0015723-0)

Relator: *O Sr. Ministro Barros Monteiro*

Recorrentes: *Messias Antônio de Moraes e cônjuge*

Recorrido: *Incopart — Empreendimentos Imobiliários S/C Ltda.*

Advogados: *Drs. José Luiz Pazelli dos Santos e outro, e Carlos Eduardo Serzedello e outros*

EMENTA: ***Promessa de venda e compra. Diferença apurada no saldo do preço avençado em virtude da adoção de indexador substitutivo previsto no contrato. Devedores constituídos em mora. Legitimidade de parte.***

1. A "Comissão de Representantes" foi criada pelo legislador para supervisionar as contas do incorporador e acompanhar o andamento da construção. Entre as suas funções, não está a de promover a constituição em mora dos compromissários-compradores.

2. Em sede de recurso especial, descabida é a análise sobre o conteúdo próprio de determinada estipulação contratual (Súmula nº 05-STJ).

3. Exigência feita pela promitente-vendedora de diferença havida no saldo do preço, com base em cláusula inserta no pacto. A circunstância de a referida diferença abranger parcelas anteriormente quitadas não significa negativa de vigência dos arts. 939 e 940 do Código Civil.

Recurso especial não conhecido.

ACÓRDÃO

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

Decide a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do recurso, na forma do relatório e notas taquigráficas precedentes que integram o presente julgado. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Cesar Asfor Rocha, Ruy Rosado de Aguiar e Sálvio de Figueiredo Teixeira.

Brasília, 10 de novembro de 1997 (data do julgamento).

Ministro BARROS MONTEIRO, Presidente e Relator.

Publicado no DJ de 15-12-97.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO BARROS MONTEIRO: "Incopart — Empreendimentos Imobiliários S/C Ltda." intentou ação ordinária de rescisão contratual contra Messias Antônio de Moraes e sua mulher Noraci Angoti de Moraes, alegando que: em 29.04.86, prometeu vender aos réus os apartamentos sob nºs 115 e 116 do Edifício "Central Studium", sito à rua Barata Ribeiro, 156, São Paulo-Capital. Segundo a cláusula 9ª das avenças, convencionado restou que, se a OTN viesse a ser extinta ou, ainda, se a sua variação não mais representasse fielmente a inflação vigente, à promitente-vende-

dora seria permitido escolher um novo indexador dentre os relacionados nos contratos. Ainda, pela letra **d** do citado item contratual, a eventual diferença para menos no saldo do preço ajustado, decorrente da alteração ou da extinção das OTNs, facultava à autora sacar contra o compromissário-comprador uma letra de câmbio correspondente à mencionada diferença. No caso, as duas alternativas previstas nos contratos ocorreram, daí por que a credora adotou como fator de atualização o ICC (Índice de Construção Civil — Fundação Getúlio Vargas). Apurada a diferença no saldo do preço no importe de NCZ$ 8.722,19 para junho/89, a autora promoveu a notificação dos réus para fins de constituição em mora, mas o prazo de 15 dias fluiu **in albis**. Pleiteou, afinal, a decretação da resolução do contrato, perdendo os réus todas as quantias até então pagas.

Após rejeitar a preliminar de ilegitimidade de parte ativa, a sentença de fls. 140/145 julgou procedente a ação, para decretar a rescisão das promessas, com a perda pelos réus das importâncias desembolsadas, ao fundamento de que os compromissários-compradores haveriam de atender à interpelação feita, pois no caso se trata tão-somente da aplicação de cláusula contratual. Considerou-os inadimplentes em face da insuficiência do depósito por eles efetuados a fls. 114.

O Tribunal de Justiça de São Paulo deu provimento parcial ao apelo interposto pelos réus, para o fim de afastar a perda das quantias já pagas. Por primeiro, rejeitou as preliminares de cerceamento de defesa (por desnecessária a inquirição de testemunhas) e de ilegitimidade de parte ativa (cabia à incorporadora promover a interpelação dos devedores e não à Comissão de Representantes). No mérito, arredou a assertiva de revisão das prestações já solvidas, desde que não só o valor inicial do contrato, como também o das parcelas quitadas foram devidamente atualizadas pelo critério corretivo que a autora reputou adequado, na conformidade com o estipulado em cláusula pactual. Aduziu, mais, o V. Acórdão que os réus tiveram oportunidade de satisfazer as obrigações contratuais, mas dela não fizeram uso. Ressaltou, ainda, que os compromissários-compradores pretenderam, a destempo, depositar o **quantum** reclamado pela autora, mas o fizeram de modo incompleto (depósito em abril/90 de quantia devida um ano antes, sem atualização).

Recebidos os declaratórios para fins de esclarecimentos tão-somente quanto à desnecessidade da perícia e tocante à contradição argüida pelos compromissários-compradores, os réus manejaram o presente recurso especial com supedâneo na letra **a**, invocando negativa de vigência dos arts. 50 e 55, § 4º, da Lei nº 4.591, de 16.12.64; 115, 939 e 940 do Código Civil; e 331, I, 332 e 420 do CPC. Sustentaram, preambularmente, que apenas à Comissão de Representantes incumbia constituir em mora os compromissários-compradores. Insurgiram-se, a seguir, contra o indeferimento da pe-

rícia para a finalidade de saber se as prestações pagas haviam sido devidamente corrigidas pelos índices oficiais. No ponto nodal do litígio, asseveraram que, a despeito de quitadas as prestações, a recorrida reviu o contrato para, a seu talante, estabelecer novos valores para as mesmas. Por derradeiro, insistiram na assertiva de que a cláusula 9ª em questão é puramente potestativa, pois a incorporadora decidiu a respeito, não permitindo aos adquirentes discutir acerca do acerto ou não dos cálculos. Ressaltaram, outrossim, nesse particular que a escolha de indexador alternativo só teria validade após a comunicação feita ao devedor.

Oferecidas as contra-razões, o apelo extremo foi admitido pelo Sr. 4º Vice-Presidente do Tribunal **a quo**.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO BARROS MONTEIRO (Relator): 1. Não colhe, em primeiro lugar, o REsp no que tange à alegada ilegitimidade de parte ativa da empresa promitente-vendedora.

Não se sabe sequer, no caso em exame, se foi instituída a "Comissão de Representantes", a que tanto se referem os ora recorrentes. De qualquer forma que seja, não se vê ela provida da função propugnada pelos recorrentes. Consoante escólio de **J. Nascimento Franco** e **Nisske Gondo**, "como órgão intermediário entre os condôminos, o construtor e o incorporador, a lei criou a Comissão de Representantes para supervisionar as contas do incorporador e o andamento da construção, visto que os condôminos não têm condições para isoladamente exercer tais controles" (Incorporações Imobiliárias, pág. 157, ed. 1972). Do mesmo diapasão é o magistério do mestre **Caio Mário da Silva Pereira**, para quem, através da Comissão de Representantes, se articula um sistema defensivo em favor dos adquirentes, "que não ficam mais à mercê de dados imprecisos ou da palavra infiel" (Condomínio e Incorporações, pág. 311, 4ª ed.).

Os artigos da Lei nº 4.591, de 16.12.64, aventados, como se pode constatar de plano, não podem ter sido contrariados na espécie dos autos, eis que dizem respeito à criação e às funções a serem exercidas pela indigitada "Comissão de Representantes", dentre as quais não se inclui a de constituir em mora os compromissários-compradores impontuais.

2. De igual modo, não se verifica a pretendida negativa de vigência dos arts. 331, 332 e 420 do Código de Processo Civil, pelo fato de haver o V. Acórdão inadmitido no caso a realização da prova pericial. Aliás, os preceitos legais aventados pelos recorrentes, em verdade, nenhuma pertinência possuem na hipótese ora em apreciação.

Cuidando-se de questão de direito e de fato, a perícia era realmente prescindível (art. 330, inc. I, do CPC), pois, segundo o julgado com-

batido, bastava para a solução da espécie a análise do estatuído na questionada cláusula 9ª de ambos os pactos celebrados.

3. Para investigar a natureza da supra-aludida cláusula inserta nas duas avenças, preciso será que esta instância excepcional ingresse no exame do conteúdo próprio das mesmas, a fim de perquirir o seu sentido e finalidade. A tanto, porém, se opõe o enunciado do Verbete Sumular nº 05 desta Corte.

De toda a sorte, não se pode classificar de absolutamente potestativa a cláusula contratual que estabelece a possibilidade de uma das partes eleger um indexador alternativo para as hipóteses de extinção daquele inicialmente previsto na convenção ou de deixar ele de refletir a perda do poder aquisitivo da moeda.

Não tratou o decisório recorrido acerca da necessidade de previamente comunicar-se ao devedor a modificação no emprego do fator de atualização. Ausente, no ponto, o requisito do prequestionamento (Súmula nº 282-STF).

4. Finalmente, no atinente ao tema central do litígio, também desassiste razão aos recursantes. Ressuma dos autos que, por força da mencionada disposição pactual, à autora ficou facultada a possibilidade de escolher um novo indexador nas duas hipóteses acima aludidas e, mais que isso, de cobrar a diferença dos compromissários-compradores, se porventura adviesse uma diferença para menos no saldo do preço avençado.

Ora, uma vez implementadas as condições estipuladas, a promitente-vendedora fez uso do novo fator de atualização (o ICC), apurou a diferença existente em seu favor e, em seguida, promoveu a interpelação dos devedores. Se assim o fez, foi em razão do estabelecido na referida cláusula contratual, à qual os réus aderiram sem restrições, de tal forma que a exigência abrangeu parcelas já quitadas.

O procedimento adotado pela autora teve por base, portanto, o disposto nos dois ajustes firmados pelas partes. O simples fato de a diferença referir-se ao saldo do preço e, conseqüentemente, compreender prestações já solvidas pelos devedores, não significa vulneração dos arts. 939 e 940 do Código Civil, que, tanto como os artigos de lei federal invocados nos demais aspectos abordados neste recurso, nenhuma pertinência têm com a matéria posta em discussão.

Em suma, a quitação de algumas das parcelas não inibia a promitente-vendedora de reclamar a diferença havida no saldo do preço, contando ela, para tanto, com os termos em que vazados os contratos.

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

É como voto.

RECURSO ESPECIAL Nº 37.906-7 — ES

(Registro nº 93.0023314-9)

Relator: *O Sr. Ministro Barros Monteiro*

Recorrente: *Companhia de Armazéns e Silos do Espírito Santo — Cases*

Recorridos: *Domingos Alexandre do Nascimento e cônjuge*

Advogados: *Drs. Pedro Alonso Ceolin e outros, e Francisco Galimberti Neto*

EMENTA: ***Usucapião. Bem pertencente a sociedade de economia mista. Possibilidade.*** *Animus domini.* ***Matéria de fato.***

— Bens pertencentes a sociedade de economia mista podem ser adquiridos por usucapião.

— Dissonância interpretativa insuscetível de configurar-se tocante ao animus domini **dos usucapientes em face da situação peculiar de cada caso concreto. Súmula nº 07-STJ.**

Recurso especial conhecido, em parte, pela divergência jurisprudencial, mas improvido.

ACÓRDÃO

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

Decide a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer em parte do recurso, mas negar-lhe provimento, na forma do relatório e notas taquigráficas precedentes que integram o presente julgado. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Cesar Asfor Rocha, Ruy Rosado de Aguiar e Sálvio de Figueiredo Teixeira.

Brasília, 29 de outubro de 1997 (data do julgamento).

Ministro BARROS MONTEIRO, Presidente e Relator.

Publicado no DJ de 15-12-97.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO BARROS MONTEIRO: Domingos Alexandre do Nascimento e sua mulher Maria da Penha Rocha do Nascimento ajuizaram ação de usucapião contra a "Companhia Espírito Santo e Minas Armazéns Gerais S.A.", sucedida pela "Companhia de Armazéns e Silos do Espírito Santo — Cases" e outros, relativamente a uma área de terras sita no lugar denominado "Córrego da Onça", município de Colatina.

O pedido foi julgado procedente, para o fim de reconhecer em favor dos autores a aquisição do domínio sobre uma gleba contendo a área de 19.326,00 m^3, excluída a parte em que se acham edificadas a Cadeia

Pública e a Delegacia de Polícia de Colatina.

O Tribunal de Justiça do Espírito Santo negou provimento ao apelo interposto pela ré sob os seguinte fundamentos resumidos na ementa do V. Acórdão:

> *"Usucapião — Ré como entidade de economia mista — Preliminares de impossibilidade jurídica do pedido e falta de legitimação* ***ad processum*** *pela ré — Rejeitadas. Mérito: requisitos caracterizadores da prescritibilidade aquisitiva — Apelo improvido.*
>
> Bens de sociedade de economia mista não são públicos no sentido exato da terminologia, o sendo os definidos no art. 65 do C. Civil. Todos os demais são particulares seja qual for a pessoa a que pertencem. Assim, a possibilidade jurídica do pedido se exsurge. Comprovado também que a ré-apelante é sucessora da antiga Cesmag reúne legitimidade **ad processum**. Preliminares que se rejeitam. No mérito, reunindo os autores requisitos caracterizadores da prescritibilidade aquisitiva, procedente deve ser o pedido. Apelo a que se nega provimento" (fls. 330).

Ainda inconformada, a ré manifestou o presente recurso especial com fulcro na alínea **c** do admissivo constitucional, apontando como discrepantes a Súmula nº 340-STF e dois arestos, um emanado da Suprema Corte e outro do Tribunal de Justiça de São Paulo. Sustentou a recorrente a impossibilidade de ser usucapido bem pertencente a sociedade de economia mista e, de outro lado, a não configuração do **animus domini**.

Oferecidas as contra-razões, ao apelo extremo foi negado seguimento por decisão do Exmo. Sr. Presidente do Tribunal **a quo**. Os autos subiram, no entanto, a esta Corte em virtude de provimento a agravo para melhor exame da controvérsia.

Opinou a Subprocuradoria Geral da República pelo conhecimento do REsp, mas pelo seu improvimento.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO BARROS MONTEIRO (Relator): Duas são as questões enfocadas no presente recurso: a) impossibilidade de usucapir-se bem pertencente a sociedade de economia mista; b) não caracterização do **animus domini**.

Tocante ao primeiro tema, a recorrente indica como dissonantes a Súmula nº 340 do Excelso Pretório e um aresto emanado da Sétima Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo.

Não há divergência — bem de ver — com o referido verbete sumular, cujo enunciado é no sentido de que os bens dominicais, como os demais bens públicos, não podem ser adquiridos por usucapião. Na espécie em exame, o imóvel objeto da demanda não pode ser assim classificado, desde que é tido pela ré como de sua propriedade, a qual, entretanto, se

qualifica como simples sociedade de economia mista. Trata-se de bem que se inclui entre os de domínio particular.

Forçoso é reconhecer, de outra parte, a dissidência interpretativa nesse aspecto em relação ao julgado oriundo do Tribunal paulista, desde que aquele Eg. Colegiado houve por bem inadmitir a possibilidade de usucapião com respeito a um imóvel pertencente à "Sabesp", entidade paraestatal, por equiparada esta a ente público (cfr. fls. 348/349).

A despeito de aperfeiçoado o conflito pretoriano nesse item recursal, desassiste qualquer razão à empresa recorrente ao pretender o prevalecimento da tese aventada. Tratando-se de bem pertencente a sociedade de economia mista, não pode ele ser reputado como bem público. É o que deflui da norma inscrita no art. 65 do Código Civil: "São públicos os bens do domínio nacional pertencentes à União, aos Estados e aos Municípios. Todos os outros são particulares, seja qual for a pessoa a que pertencerem". Assim, os bens de sua propriedade são suscetíveis de serem usucapidos.

Colhe, portanto, neste tópico da irresignação o parecer lançado pela douta Subprocuradoria Geral da República, da lavra do Dr. Henrique Fagundes, do qual extraio este expressivo excerto"

> "As empresas de economia mista, consoante o escólio de **Themístocles Brandão Cavalcanti**, 'tomando a forma de sociedades privadas, sociedades comerciais, particularmente sociedades anônimas, têm de se estruturar na base de empresas privadas, obedecendo às normas gerais da economia privada, embora com certas reservas feitas pela lei ordinária, que poderá modificar o sistema de controle, o provimento de cargos de direção, etc., mas sem atingir a essência mesma do instituto, sob pena de modificar a natureza mesma da instituição.'. Mais adiante, prossegue o mestre: 'As sociedades paraestatais são, na expressão de **Rui de Souza** (Serviços do Estado e seu regime jurídico) entidades quase públicas, sujeitas na carência de textos legais, às normas de direito privado..!" (fls. 380).

Quanto ao segundo ponto abordado no apelo excepcional, a dissidência jurisprudencial não é passível de consumar-se. É que o Acórdão modelo, originário da Suprema Corte, diz simplesmente acerca da exigência da posse pelo usucapiente com **animus domini**, requisito que apenas se pode aferir mediante o exame das peculiaridades de cada caso. Aqui, o que a recorrente está a defender é a inexistência do aludido pressuposto ao fundamento de que os autores se apresentam como meros comodatários, admitidos na área por liberalidade do então proprietário. Tais aspectos fáticos, no entanto, não se tem como cotejar com aqueles embasadores do decisório paradigma colacionado.

Do quanto foi exposto, conheço, em parte, do recurso, mas nessa parte, nego-lhe provimento, nos termos do parecer do Ministério Público Federal.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL Nº 53.800 — SP

(Registro nº 94.0027657-5)

Relator: *O Sr. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira*

Recorrente: *João Batista Francisco*

Recorridos: *João Ferrari e cônjuge*

Advogados: *Drs. João Francisco de Azevedo Barreto e outros, e Waldemar Alves Gabriel e outro*

EMENTA: ***Direitos Civil e Processual Civil. Ação reivindicatória. Usucapião alegado em defesa. Oposição. CC, art. 550. Doutrina. Recurso provido.***

I — A teor do art. 550 do Código Civil, a ausência de oposição é requisito essencial ao recolhimento da prescrição aquisitiva.

II — O período anterior ao trânsito em julgado de ação em que se discutiu o domínio da área reivindicada não pode ser computado para fins de usucapião, se a parte que o alega em defesa foi devidamente citada para o processo, integrando a relação processual.

III — Segundo autorizada doutrina, a oposição a que se refere o art. 550, CC, traduz medidas efetivas "visando a quebrar a continuidade da posse, opondo à vontade do possuidor uma outra vontade que lhe contesta o exercício dos poderes inerentes ao domínio qualificador da posse.

ACÓRDÃO

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

Brasília, 9 de dezembro de 1997 (data do julgamento).

Ministro BARROS MONTEIRO, Presidente. Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, Relator.

Publicado no DJ de 02-03-98.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA: O recorrente ajuizou ação reivindicatória contra os recorridos, sob a alegação de que estariam ocupando indevidamente parte de seu imóvel.

Ao contestar o pedido, os recorridos sustentaram haver operado a prescrição aquisitiva em seu favor, uma vez que, somados os períodos de posse de seus antecessores, estariam na posse daquela área há mais de vinte anos.

O recorrente, em réplica, afirma que a área objeto do litígio fora adquirida por seu antecessor através de ação de usucapião, para a qual os recorridos foram devidamente citados, mas não ofereceram resposta.

A sentença, embora reconhecendo como melhor o título do recorrente, por abranger a área reivindicada, acolheu a exceção de prescrição aquisitiva suscitada pelos recorridos, julgando improcedente o pedido.

À apelação, o Tribunal de Justiça de São Paulo negou provimento.

Do voto condutor, colho o seguinte trecho (fl. 206):

> "A circunstância de falta de defesa dos apelados na ação de usucapião, a qual estaria incluindo a área objeto da presente ação, não importa em impedir o levantamento da prescrição aquisitiva como matéria de defesa na ação reivindicatória, na medida em que, apesar do sucesso conseguido pelo promovente na ação de usucapião, os apelados permaneceram na posse daquilo que tinham desde longa data e com ânimo de dono".

Manifestados declaratórios com o fito de prequestionamento, foram eles rejeitados. No acórdão dos embargos, o Tribunal registrou, no que interessa (fl. 222):

> "(...). E, após levantamento crítico da matéria de fato, segundo a prova colhida na presente ação reivindicatória, a Turma Julgadora lançou sua deliberação mediante fundamentos que albergavam a r. decisão de primeiro grau, pela leitura crítica, direta e específica dos assuntos levantados, incluindo-se, por certo, a figura da coisa julgada e seu alcance no caso presente".

Irresignado, o recorrente interpôs recursos extraordinário e especial, neste alegando, além de dissídio, violação dos arts. 467, 468, 472, 474 e 485, CPC, sob o argumento de que os recorridos foram devidamente citados para a ação de usucapião proposta por seu antecessor, sendo, por conseguinte, alcançados pela coisa julgada, e que somente após o trânsito em julgado da referida decisão (30.03.87), se iniciou nova contagem para fins de prescrição aquisitiva.

Sem contra-razões, foi apenas o especial admitido na origem.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA (Relator): O recurso reúne condições de admissibilidade.

Com efeito, o trânsito em julgado da decisão que declarou a propriedade do imóvel da qual faz parte a área reivindicada, em favor do antecessor direto do recorrente, interrompeu a contagem da prescrição aquisitiva alegada em defesa pelos recorridos.

O art. 550 do Código Civil estabelece:

> "Aquele que, por vinte anos sem interrupção, nem oposição, possuir como seu um imóvel, adquirir-lhe-á o domínio, independentemente de título e boa-fé que, em tal caso, se presume, podendo requerer ao juiz que assim o declare por sentença, a qual lhe servirá de título para transcrição no registro de imóveis".

Sobre o sentido da palavra *oposição* empregada no dispositivo, **Benedito Silvério Ribeiro** consignou:

> "Oposição, no sentido que lhe emprestou o legislador, não significa inconformidade, nem tratativas com o fim de convencer alguém a demitir-se de si a posse de determinado imóvel. Antes, isso sim, traduz medidas efetivas, perfeitamente identificáveis na área judicial, visando a quebrar a continuidade da posse, opondo à vontade do possuidor uma outra vontade que lhe contesta o exercício dos poderes, inerentes ao domínio qualificador da posse.
>
> A oposição contida em defesa em usucapião interfere com a mansidão e pacificidade da posse, quebrando, assim, a continuidade necessária a embasar a ação.
>
> A litigiosidade da coisa, **a priori**, interrompendo a prescrição, dependerá da solução dada à demanda e, se afastada a pretensão do contestante, não se descaracterizará a continuidade ("Tratado de Usucapião", 1992, v. 1, nº 178, pág. 656).

Veja-se, a respeito, a lição de **Washington de Barros Monteiro, in** "Curso de Direito Civil", 1998; 26ª ed., v. 3, pág. 126:

> "A posse **ad usucapionem** deve ser ininterrupta e sem oposição, além de exercida com ânimo de dono (**quantum possessum, tantum praescriptum**). Tais requisitos são indispensáveis, cumprindo assim ao autor, que pretenda reconhecimento do usucapião, demonstrar que sua posse sobre o imóvel, exercida **animus domini**, durante o prazo legal, nunca foi interrompida, nem sofreu oposição ou contestação de quem quer que seja.
>
> O espaço de tempo, no usucapião extraordinário, é o decurso

de vinte anos. A posse deve ter atravessado todo esse lapso de tempo de modo contínuo, não interrompido e sem impugnação. Tal assentimento ou aquiescência dos vizinhos, bem como a diuturnidade da posse, faz presumir que não existe direito contrário ao manifestado pelo possuidor. O usucapião repousa em duas situações bem definidas: a atividade singular do possuidor e a passividade geral de terceiros, diante daquela atuação individual. Se essas duas atitudes perduram contínua e pacificamente por vinte anos ininterruptos, consuma-se o usucapião".

Trago à colação, também, o ensinamento de **Pontes de Miranda** ("Tratado de Direito Privado", Tomo XI, 2ª ed., § 1.193, pág. 126):

"O art. 172 incide em matéria de usucapião, por força dos arts. 553 e 619, parágrafo único. A espécie mais vulgar de interrupção é a perda da posse, porque os arts. 550, 551, 618 e 619 somente admitem como elemento do suporte fáctico das suas regras jurídicas a posse contínua (ininterrupta). Fora daí, interrompe o curso do prazo prescricional a citação. Mas a citação somente interrompe se a ação possessória ou petitória vem a ser julgada procedente".

No caso em tela, ao acolher a exceção de prescrição aquisitiva, o Juiz desconsiderou a sentença proferida nos autos da ação de usucapião proposta anteriormente, para a qual foram regularmente citados os recorridos, na qualidade de confinantes — citação pessoal, conforme Enunciado nº 391 da Súmula/STF. Assim, uma vez chamados a se manifestar sobre a pretensão, os recorridos passaram a fazer parte da relação processual, sendo, assim, alcançados pela autoridade da **res iudicata**.

A propósito, ainda se colhe do seguro **Benedito Silvério Ribeiro**:

"A validez contra todos da sentença de usucapião pressupõe a ocorrência de coisa julgada material, verificada a citação de todas as pessoas apontadas como interessadas, em especial pelo chamamento editalício.

O trânsito em julgado decorre da relação processual formada, e para que a decisão projete eficácia **inter partes** em sua globalidade, é necessário que não tenha deixado de ser convocado para o processo todo interessado na causa" (Ob. cit., v. 2, nº 371, pág. 1.266).

No mesmo sentido, **Nelson Luiz Pinto, in** "Ação de Usucapião", 1991, 2ª ed., pág. 162:

"A coisa julgada formada pela sentença da ação de usucapião atinge todos aqueles que possam ter sido prejudicados diretamente pela declaração do domínio do usucapiente sobre o bem, pois todos devem ter sido citados, ou pessoalmente, ou por edital genérico".

Destarte, não há como considerar, para efeito de prescrição aquisitiva, o período anterior ao trânsito em julgado de ação que reconheceu o direito de propriedade do antecessor do recorrente, sob pena de ofensa ao art. 472, CPC, segundo o qual a sentença faz coisa julgada entre as partes entre as quais é dada. Somente a partir de então volta a correr novo prazo prescricional.

Afastada a exceção de prescrição aquisitiva levantada pelos recorridos e levando em conta o reconhecimento em primeiro grau de que o título aquisitivo do recorrente compreende a área disputada, conheço do recurso e lhe dou provimento para julgar procedente o pedido reivindicatório, invertendo os ônus da sucumbência.

VOTO — VISTA

O SR. MINISTRO RUY ROSADO DE AGUIAR: Peço vênia respeitosa à douta maioria para não conhecer do recurso.

Penso que pouco importa contarem os autores da ação reivindicatória com título de domínio do imóvel, obtido através de escritura pública ou de sentença proferida em ação de usucapião, como acontece no caso. O que interessa, para deferir-se a pretensão reivindicatória, é a prova de que os réus exercem posse injusta sobre a fração objeto do pedido. No entanto, sobre o ponto, a r. sentença concluiu que os réus exerciam posse justa, "imitidos na posse do imóvel através da já referida escritura pública de 17.12.82. A posse lhe foi transmitida, àquela época, pelos legítimos antecessores do imóvel" (fl. 171), e essa conclusão foi referenciada no r. acórdão ora em exame.

Logo, faltou um dos requisitos para a procedência do pedido reivindicatório.

O fato de os autores fundarem seu título em sentença de usucapião significa tão-somente que existe uma declaração do seu domínio, mas isso não faz coisa julgada a respeito da justiça da posse exercida pelos réus, que é aqui apresentada, como tese de defesa.

Posto isso, não conheço do recurso porquanto o v. acórdão, ao manter a sentença também por esse fundamento, deu exata aplicação ao disposto na lei.

RECURSO ESPECIAL Nº 63.543 — MG

(Registro nº 95.0016822-7)

Relator: *O Sr. Ministro Cesar Asfor Rocha*

Recorrente: *Mercan Indústria de Máquinas para Construção Ltda.*

Recorrida: *Itaú Seguros S/A*

Advogados: *Drs. Paulo Acírio de Amariz Souza e outro, e Mariza Moreira de Moraes e outros*

EMENTA: ***Civil. Seguro facultativo de automóvel. Perda total do bem. Indenização. Valor da apólice.***

Quando ao objeto do contrato de seguro voluntário se der valor determinado e o seguro se fizer por esse valor, e vindo o bem segurado a sofrer perda total, a indenização deve corresponder ao valor da apólice, salvo se a seguradora, antes do evento danoso, tiver postulado a redução de que trata o art. 1.438 do Código Civil, ou se ela comprovar que o bem segurado, por qualquer razão, já não tinha mais aquele valor que fora estipulado, ou que houve má-fé, o que não se deu na espécie.

É que, em linha de princípio, o automóvel voluntariamente segurado que sofrer perda total haverá de ser indenizado pelo valor da apólice, pois sendo a perda total o dano máximo que pode sofrer o bem segurado, a indenização deve ser pelo seu limite máximo, que é o valor da apólice.

Recurso conhecido e provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do recurso e dar-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Ruy Rosado de Aguiar, Sálvio de Figueiredo Teixeira e Barros Monteiro. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Bueno de Souza.

Brasília, 10 de dezembro de 1997 (data do julgamento).

Ministro BARROS MONTEIRO, Presidente. Ministro CESAR ASFOR ROCHA, Relator.

Publicado no DJ de 16-03-98.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO CESAR ASFOR ROCHA: A recorrente promoveu contra a recorrida uma ação ordinária de cobrança para dela haver a importância que indica, correspondente ao valor ajustado na apólice de seguro referente ao seu veículo que foi acidentado, com perda total, pelo que expôs na inicial:

"Em 12 de setembro de 1990, a Autora contratou com a Ré uma

apólice de seguro de um veículo marca Volkswagem, tipo Kombi, ano 1988, pagando a esta o prêmio correspondente ao valor do seguro.

Em contrapartida, a Ré comprometeu-se a reembolsar à Autora a importância correspondente a 18.043,64265 BTNFs (Bônus do Tesouro Nacional Fiscal) em caso de sinistro com perda total do bem objeto do seguro.

Em 15 de outubro de 1991, o veículo objeto do seguro foi acidentado, ocasião em que a Autora cientificou a Ré do ocorrido, tendo esta vistoriado o veículo acidentado e concluído que ocorrera a perda total (v. correspondência anexa).

Na mesma correspondência a Ré coloca à disposição da Autora a quantia de Cr$ 900.000,00 (novecentos mil cruzeiros), a qual seria paga mediante a entrega dos documentos do veículo e recibo de quitação do pagamento da importância segurada.

A Autora prontamente recusou a oferta, tendo em vista que a quantia oferecida não corresponde ao valor da quantia segurada, sendo infinitamente inferior a Cr$ 1.255.601,15, que era a quantia contratualmente prevista na data da oferta, ou seja: 18.043,64265 BTNF x o valor unitário em cruzeiros da BTNF na data da comprovação pela seguradora de perda total do objeto do contrato de seguro. (O valor unitário da BTNF em cruzeiros em 15.10.90 era de Cr$ 69,5869).

Inadimplente, a Ré, em momento algum cuidou em socorrer-se dos meios legais próprios para desobrigar-se de sua parte no contrato." (fls. 2/3).

A ação foi julgada improcedente em primeiro e em segundo graus pelo que ficou reconhecido à seguradora o direito de indenizar a recorrente pelo valor da média de preços praticado no mercado de automóveis.

Daí o recurso especial em exame com base na letra **a** do permissor constitucional por alegada violação ao art. 1.462 do Código Civil pretendendo que a indenização seja paga pelo valor constante da apólice.

Recebi o processo, por atribuição, em 1º de fevereiro de 1996, e remeti-o para pauta no dia 25 de novembro do ano seguinte.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO CESAR ASFOR ROCHA (Relator): Discute-se no presente feito, como se viu, se o valor da indenização a ser paga pela seguradora, pela perda total de automóvel, deve ser pela média dos preços praticados no mercado ou se aquele por quanto o bem foi segurado.

O r. aresto recorrido decidiu pela primeira hipótese entendendo que a importância atribuída ao bem não implica por parte da seguradora em reconhecimento de prévia determinação de valores, senão apenas em um limite máximo indenizável.

Pontifica o art. 1.462 do Código Civil que "quando ao objeto do contrato (de seguro) se der valor determinado, e o seguro se fizer por este valor, ficará o segurador obrigado, no caso de perda total, a pagar pelo valor ajustado a importância da indenização, sem perder por isso o direito que lhe asseguram os arts. 1.438 e 1.439".

Já no referido art. 1.438 está editado, no que interessa, que "se o valor do seguro exceder ao da coisa, o segurador poderá, ainda depois de entregue a apólice, exigir a sua redução ao valor real, restituindo ao segurado o excesso do prêmio", e o reportado art. 1.439 não configura a hipótese tratada nos autos.

Verifica-se desses dispositivos ser certo que o segurador poderá, *se o valor do seguro exceder ao da coisa,* exigir a sua redução, *ainda depois de entregue a apólice*, mas evidentemente que essa exigência tem que ser feita antes de ocorrer qualquer dano sobre o objeto segurado, salvo, evidentemente, se o segurado houver obrado com má-fé, o que não se cogitou na hipótese em análise.

Não fora assim, a seguradora desfrutaria do privilégio de receber um prêmio maior e só faria a sua redução depois, se eventualmente ocorresse um evento danoso a afetar o bem segurado.

Com efeito, em linha de princípio o bem segurado que sofrer a perda total haverá de ser indenizado pelo valor da apólice. É que sendo a perda total o dano máximo que pode sofrer o bem segurado, a indenização deve ser pelo seu limite máximo, que é o valor da apólice.

Tal só não ocorrerá ou se a seguradora, antes do evento danoso, postular a redução de que trata o referido art. 1.438, ou se a seguradora inerte comprovar que o bem segurado, por qualquer razão, já não tinha mais aquele valor que fora estipulado, ou se se comprovar má-fé do segurado.

No caso, nada disso ocorreu e o contrato de seguro firmado pelas partes deu ao bem perdido um valor determinado. Presume-se que esse valor foi aceito pela seguradora, tanto porque foi sobre esse valor que ela recebeu o prêmio, quanto também porque teve a seu dispor quase um ano para reduzi-lo, e não o fez.

Ora, se o bem sofreu o dano máximo, que é a sua perda total, evidentemente que a indenização deve ser paga pelo seu limite máximo, que é o valor da apólice.

Diante de tais pressupostos, dou provimento ao recurso pelo que reformo as decisões proferidas nas instâncias ordinárias, julgando procedente a ação, invertidos os ônus da sucumbência.

RECURSO ESPECIAL Nº 88.079 — RJ

(Registro nº 96.0009375-0)

Relator: *O Sr. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira*

Recorrente: *Guilherme Araújo Produções Artísticas Ltda. — GAPA*

Recorrido: *Gilberto Passos Gil Moreira*

Advogados: *Drs. Eduardo Weaver de Vasconcellos Barros e outros, e Carlos Mário da Silva Velloso Filho e outros*

Sustentação Oral: *Drs. Eduardo Weaver de Vasconcellos Barros, pelo recorrente, e Eni Moreira, pelo recorrido*

EMENTA: ***Direitos Civil e Processual Civil. Direitos autorais. Obra em colaboração indivisível. Litisconsórcio necessário ativo. Colaborador. Defesa dos seus direitos. Autonomia. Recurso especial. Prequestionamento. Requisito necessário. Embargos declaratórios. Rejeição pura e simples. Matéria de prova. Interpretação de cláusula contratual. Instância especial. Impossibilidade. Recurso desacolhido.***

I — Qualquer dos colaboradores da obra indivisível tem autonomia para defender seus direitos, ainda que visando à resilição do contrato de edição, sendo dispensável, portanto, a formação de litisconsórcio necessário ativo.

II — Ausente o requisito do prequestionamento, impossível analisar a matéria em sede especial, a teor do Verbete n. 282 da Súmula/STF.

III — Embora tenha a parte agitado determinada matéria em embargos de declaração, visando sem sucesso à manifestação do Colegiado de origem, ainda assim estará ausente o prequestionamento para que se abra ensejo à instância especial. Poderá ter havido violação do art. 535, CPC, pela não-análise dos pontos levantados, mas tal vulneração não foi argüida em sede especial.

IV — A instância especial não se presta à análise da matéria probatória e nem mesmo à interpretação de contratos, nos termos dos Enunciados ns. 7 e 5 da Súmula/STJ.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do recurso. Votaram com o Relator os Ministros Barros Monteiro

e Ruy Rosado de Aguiar. Ausentes, justificadamente, os Ministros Bueno de Souza e Cesar Asfor Rocha.

Brasília, 4 de novembro de 1997 (data do julgamento).

Ministro BARROS MONTEIRO, Presidente. Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, Relator.

Publicado no DJ de 15-12-97.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA: O autor, conhecido compositor, celebrou com a ré-recorrente vários contratos de edição, pelos quais lhe transferiu o direito de exploração econômica de sua obra musical. Passados mais de vinte anos, pretendeu o recorrido a extinção dos pactos, seja por denúncia unilateral de sua parte, seja por justa causa decorrente de má-gestão da empresa ou ainda com fundamento na teoria da imprevisão, já que os contratos celebrados não previam correção monetária no repasse da quota devida ao autor das músicas.

A sentença julgou procedente o pedido pelos três fundamentos. Entendeu que um dos contratantes poderia pedir a resilição unilateral dos contratos e que, não fosse por isso, teria a ré sido desidiosa na administração dos interesses do mandante, além de não ser possível deixar de incidir correção monetária em pagamentos feitos após seis meses. Acatou ainda pedido de perdas e danos, com valor a ser apurado em liquidação, pela má administração da ré.

À apelação, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, sob a relatoria do Desembargador Sérgio Cavalieri Filho, negou provimento.

A Câmara rejeitou preliminar de extinção do processo por falta de formação de litisconsórcio ativo, suscitada pela recorrente, argumentando que, em se tratando de litisconsórcio no pólo ativo, seria ele facultativo, podendo o autor, mesmo naqueles contratos em que as músicas tenham eventualmente sido feitas em parceria, pleitear sozinho o desfazimento do vínculo contratual. E enfatizou que no ordenamento positivo brasileiro somente ocorre litisconsórcio ativo necessário nos casos de expressa previsão legal, uma vez que não se pode constranger alguém a litigar como autor.

Foi igualmente repelida preliminar aduzida pela ré, de que seria litisconsorte passiva a empresa Edições Musicais Saturno Ltda., ao fundamento de que esta não seria coeditora das obras, mas sim procuradora daquela.

No mérito, afirmou o acórdão do Rio de Janeiro que, em se tratando de contrato de edição, possível seria a denúncia unilateral, porquanto não se admite contrato perpétuo, nem obrigação eterna. E teve por prejudicada a análise das duas outras causas de pedir em face do acolhimento da primeira, aduzindo, porém, que, se tivesse que as examinar, concluiria ter a sentença decidido de forma correta.

No tocante à indenização por perdas e danos, o acórdão asseverou

que, não obstante não ter sido contestada, restaram elas demonstradas, salientando que o enriquecimento sem causa se configuraria pelo fato de o repasse se dar com meses de atraso sem que tivesse sido aplicado qualquer indexador econômico.

Manifestados declaratórios, foram eles rejeitados.

Irresignada, a ré interpôs recurso especial alegando, além de dissídio, violação dos arts.:

a) 47 do Código de Processo Civil, tendo em vista ser perfeitamente possível a formação de litisconsórcio ativo necessário se a natureza do direito material o exigir, como no caso, no qual impossível ser requerida a resilição dos contratos de edição só por um dos autores das obras coletivas;

b) 31, **caput**, da Lei de Direitos Autorais, porque, se a lei prevê que a autorização para publicação da obra indivisível tem que ser dada por todos os autores, a desautorização (ou a resilição da autorização) teria que ser pedida por todos;

c) 47 do Código de Processo Civil, novamente, bem como do 131 do mesmo texto legal, uma vez que a Saturno deveria ser convocada como litisconsorte passiva por ser co-editora, tendo a decisão impugnada se equivocado na qualificação jurídica da maioria dos contratos e examinado alguns deles e não todos;

d) 955, 956, 1.056 e 1.060 do Código Civil, por não ter sido provado prejuízo que amparasse o pedido de perdas e danos, nunca tendo ela sido constituída em mora durante os anos de vigência dos contratos.

Contra-arrazoado, foi o recurso admitido na origem.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA (Relator): 1. Afasta-se, em primeiro lugar, a análise da suposta infringência dos arts. 955 e 956 do Código Civil e 31, **caput**, da Lei de Direitos Autorais, tendo em vista que deles não cuidou o tribunal de origem.

Com efeito, não se discutiu, em nenhum momento, quanto à necessidade da constituição em mora da recorrente e sua falta, se levaria à obrigatoriedade de todos figurarem no pólo ativo da demanda o fato de a lei determinar que os autores das obras indivisíveis autorizem, em conjunto, sua publicação.

Consoante já tive oportunidade de anotar, o recurso especial tem por escopo preservar a autoridade da lei federal e uniformizar a sua interpretação. Para que se dê a sua violação ou a ocorrência de dissídio pretoriano, deve-se colher a manifestação do tribunal de origem sobre a questão federal. Somente assim se pode afirmar eventual negativa de vigência à norma. Em suma, torna-se necessário o prequestionamento, que não houve no caso.

Bem é verdade que a litisconsorte tentou, através de declaratórios, extrair do colegiado julgador o entendimento acerca da controvérsia, mas em vão, ante o não-esclarecimento da matéria.

Cumpria à recorrente, em conseqüência, alegar a vulneração do art. 535 do Código de Processo Civil, para que se anulasse o **decisum**, visando a uma nova manifestação do Tribunal a respeito do mencionado tema, suprindo-se a lacuna havida, o que, entretanto, inocorreu. Nesse sentido tem decidido esta Turma, como no julgamento do REsp 19.743-MS (DJ 8.5.95), com a seguinte ementa no que interessa:

> "Se determinada matéria — no caso, a aplicabilidade do art. 191, CPC —, conquanto agitada pela parte em embargos de declaração, não foi apreciada pelo Tribunal, poderá ter havido violação do art. 535, CPC, mas não se há de ter como suprida a exigência do prequestionamento."

Assim, descabe, no particular, examinar a pretensa ofensa ao direito federal, nos termos do Enunciado n. 282 da Súmula/STF.

2. No tocante aos arts. 1.056 e 1.060 do Código Civil, com base nos quais pleiteia a recorrente a improcedência do pedido de perdas e danos, ao argumento de que não teria havido prova de sua ocorrência, também não há como analisar se foram bem ou mal aplicados.

O acórdão hostilizado entendeu pelo acolhimento do pedido em razão de não ter sido ele impugnado na contestação e porque teria havido prova de efetiva má administração dos negócios do recorrido. Destarte, mesmo que se rechace a assertiva de inexistência de contestação do pedido, a esta Corte não cabe reavaliar as provas produzidas nos autos, para verificar a não-ocorrência das perdas e danos, uma vez que demandaria incursão no campo fático-probatório, defeso nos termos do Verbete n. 7 da Súmula/STJ.

3. A questão do litisconsórcio passivo igualmente não pode ser rediscutida nesta instância. O acórdão, interpretando os contratos anexados à inicial, qualificou-os como de edição e mandato e, não, cessão de direitos, afirmando ainda, pelos seus termos, que a empresa Saturno Ltda. seria mera procuradora da ré, que contratara seus serviços.

A averiguação de ser ela co-editora e, não, procuradora, dependeria de interpretar as avenças firmadas, esforço impróprio nesta oportunidade, por força da jurisprudência sumulada deste Tribunal, Verbete n. 5.

4. O único ponto que ainda persiste para análise, e sobre o qual houve o devido prequestionamento, diz respeito à formação ou não de litisconsórcio necessário no pólo ativo da causa, pelos co-compositores das músicas, assim consideradas como obras indivisíveis.

Conquanto seja sedutora a tese defendida pela recorrente, embora lembrando a premissa de que ninguém pode ser constrangido a demandar, conforme delineado por

Dinamarco (Litisconsórcio, 3ª ed., Malheiros, 1994, ns. 58.7 e seguintes, pág. 231), há na hipótese em exame uma particularidade que dispensa enfrentar diretamente o problema.

Com efeito, o § 3º do artigo 31 da Lei de Direitos Autorais permite a cada colaborador da obra, individualmente, sem aquiescência dos outros autores, defender seus direitos contra terceiros, **verbis**:

> "Cada colaborador pode, entretanto, individualmente, sem aquiescência dos outros, registrar a obra e defender os próprios direitos contra terceiros".

Assim, entendendo de forma ampla a "defesa" dos direitos, pode um dos autores da obra, como, no caso, um dos compositores das músicas, pleitear a quebra do vínculo contratual de edição, não sendo imprescindível a autorização de todos os outros co-partícipes, de modo que descabe cogitar de constituição obrigatória de litisconsórcio ativo.

Araken de Assis, ao tratar em sede doutrinária do litisconsórcio ativo na demanda resolutória, assinala:

> "(...) É caso de invocar as regras concernentes à demanda de cumprimento, especialmente o art. 892, **caput**, primeira parte, do Código Civil: se um dos credores, isoladamente, pode exigir a dívida por inteiro, não parece lógico nem razoável, impor ao desfazimento a presença de todos no pólo ativo da relação processual. Não há, contudo, *identidade* absoluta de fundamentos. Sempre se objetaria que resolver o contrato, atingindo a esfera jurídica do parceiro mais inclinado à tolerância quanto ao retardamento, se mostra bem diferente de obter, em proveito da comunidade, os benefícios econômicos da prestação. Embora séria a objeção, subsistem os motivos de conveniência, que, tudo somado, inspiraram a norma referida. À semelhança do que ocorre na demanda de cumprimento, cujo êxito concreto nada assegura, com inegáveis prejuízos ao figurante omisso, cabe a cada um dos parceiros solidários promover a ação resolutória, decaindo os demais, na hipótese de êxito, do *interesse* em propugnar a resolução ou buscar a prestação agora extinta.
>
> Portanto, conclui-se pela existência de litisconsórcio *facultativo* no pólo ativo da demanda" (Resolução do Contrato por Inadimplemento, RT, 1991, n. 4.7.2. pág. 116).

Em suma, à vista da particularidade específica da hipótese da defesa de obra indivisível por qualquer dos autores, inocorreu violação do direito federal e nem mesmo restou configurado o dissídio, haja vista a dessemelhança fática entre os acórdãos paradigmas e recorrido.

5. Em face do exposto, não conheço do recurso.

VOTO

O SR. MINISTRO BARROS MONTEIRO: Srs. Ministros, ponho-me de inteiro acordo com o voto do Eminente Relator, primeiramente, no tocante ao prequestionamento referido por S. Exa., restou claro que a decisão recorrida não cogitou dos temas alusivos aos preceitos legais discriminados.

As perdas e danos, além de não impugnados oportunamente, não seriam suscetíveis de reexame em sede de recurso especial, por aplicação da Súmula nº 07 desta Corte.

Também incide o mesmo enunciado sumular, na parte em que a recorrente invoca o litisconsorte passivo necessário, uma vez que, inclusive, a referência feita pelo acórdão hostilizado é no sentido de que a empresa Saturno seria mera procuradora dela, recorrente.

Quanto à parte central do recurso, que é a questão relativa ao litisconsórcio ativo necessário, o Eminente Relator ressaltou bem que incide, no caso, o art. 31, § 3º, da Lei nº 5.988, de 14.12.73, o qual não deixa dúvida de que o colaborador pode defender os próprios direitos contra terceiros, independentemente da aquiescência de outros.

Não conheço do recurso.

VOTO — VOGAL

O SR. MINISTRO RUY ROSADO DE AGUIAR: Sr. Presidente, a recorrente teria razão, a meu juízo, se as instâncias ordinárias tivessem afirmado que se tratava de uma obrigação indivisível. Se a obrigação fosse indivisível e muitos os credores, a rigor, penso eu, teria que haver a participação de todos os credores, seja para propor a resolução, seja para propor a resilição.

Isso extraio do **caput** do art. 31 da Lei do Direito Autoral: quando uma obra feita em colaboração não for divisível, nenhum dos colaboradores poderá, sem o consentimento dos demais, publicá-la, autorizar a publicação, etc., nem autorizar a revogação ou a resilição diante dos contratos firmados para esses fins. Como o art. 31, **caput**, não do objeto de prequestionamento, parece-me que a questão realmente ficou fora do julgamento. O Sr. Ministro-Relator dá ao art. 31, § 3º, uma interpretação abrangente com a qual estou, diante das circunstâncias do caso, também concordando.

Em resumo, Sr. Presidente, acompanho o Eminente Relator.

RECURSO ESPECIAL Nº 111.993 — MA

(Registro nº 96.0068411-1)

Relator: *O Sr. Ministro Fontes de Alencar*
Recorrente: *Banco do Brasil S/A*
Advogados: *Drs. Eliezer de Oliveira Felinto Melo e outros*
Recorrido: *Manoel de Jesus do Espírito Santo Oliveira*
Advogado: *Dr. Bernardino da Costa Netto*

EMENTA: ***Crédito rural. Correção monetária.***
— Súmula nº 16 do Superior Tribunal de Justiça.
— Recurso especial atendido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do recurso e lhe dar provimento. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Sálvio de Figueiredo Teixeira, Barros Monteiro e Cesar Asfor Rocha. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Ruy Rosado de Aguiar.

Brasília, 26 de maio de 1997 (data do julgamento).

Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, Presidente. Ministro FONTES DE ALENCAR, Relator.

Publicado no DJ de 06-04-98.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO FONTES DE ALENCAR: Tratam os autos de embargos do devedor à execução de título de crédito rural, opostos por Manoel de Jesus do Espírito Santo Oliveira.

A sentença de fls. 28/29 os acolhera

> "em parte, determinando que seja excluída a correção monetária da dívida a ser paga pelo embargante...".

O Tribunal de Justiça do Maranhão, por sua Primeira Câmara Cível, nos termos do acórdão de fls. 63/65, negou provimento ao apelo interposto pelo credor.

Embargos declaratórios, rejeitados (fl. 75).

Banco do Brasil S/A manifestou, então, recurso especial com fundamento no art. 105, III, **a** e **c**, da Constituição Federal, alegando negativa de vigência dos arts. 1º da Lei nº 6.423/77, 14 da Lei nº 4.829/65 e 4º da Lei nº 4.595/64; e também violação do art. 2º do Decreto-Lei nº

4.657/42 e dos arts. 946 e 125 do Código Civil; bem como divergência jurisprudencial (fl. 80).

VOTO

O SR. MINISTRO FONTES DE ALENCAR (Relator): Assiste razão ao recorrente.

É manifesta a discrepância com a Súmula nº 16 desta Corte:

"A legislação ordinária sobre crédito rural não veda a incidência da correção monetária".

Posto isso, conheço do recurso e lhe dou provimento para determinar a incidência da correção monetária, no caso.

RECURSO ESPECIAL Nº 116.372 — MG

(Registro nº 96.0078499-0)

Relator: *O Sr. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira*

Recorrente: *Instituto Geral de Assistência Social Evangélica — IGASE*

Recorrida: *Simone Estrela de Carvalho*

Representada por: *Manoel Teixeira de Carvalho*

Advogados: *Drs. José Aguinaldo Pinheiro e outros, e Elizeu Gomes Pereira e outro*

EMENTA: ***Responsabilidade civil. Indenização por danos sofridos em conseqüência de infecção hospitalar. Culpa contratual. Danos moral e estético. Cumulabilidade. Possibilidade. Precedentes. Recurso desprovido.***

I — Tratando-se da denominada infecção hospitalar, há responsabilidade contratual do hospital relativamente à incolumidade do paciente, no que respeita aos meios para seu adequado tratamento e recuperação, não havendo lugar para alegação da ocorrência de "caso fortuito", uma vez ser de curial conhecimento que tais moléstias se acham estreitamente ligadas à atividade da instituição, residindo somente no emprego de recursos ou rotinas próprias dessa atividade a possibilidade de prevenção.

II — Essa responsabilidade somente pode ser excluída quando a causa da moléstia possa ser atribuída a evento específico e determinado.

III — Nos termos em que veio a orientar-se a jurisprudência das Turmas que integram a Seção de Direito Privado deste Tribunal, as indenizações pelos danos moral e estético podem ser cumuladas, se inconfundíveis suas causas e passíveis de apuração em separado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do recurso, mas lhe negar provimento. Votaram com o Relator os Ministros Barros Monteiro, Cesar Asfor Rocha e Ruy Rosado de Aguiar. Ausente, justificadamente, o Ministro Bueno de Souza.

Brasília, 11 de novembro de 1997 (data do julgamento).

Ministro BARROS MONTEIRO, Presidente. Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, Relator.

Publicado no DJ de 02-02-98.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA: Ajuizou a recorrida contra o recorrente ação de indenização em razão de infecção hospitalar e suas seqüelas que teria ela sofrido após submeter-se a cirurgia para retirada de "joanete" nas dependências do "Hospital Belo Horizonte".

A sentença julgou improcedente o pedido assinalando que "as complicações pós-operatórias da autora, lamentavelmente, decorreram de infecção hospitalar por ela contraída" e, ainda, que, "não havendo prova de imperícia ou negligência por parte do médico responsável ou do Hospital-réu, resta caracterizado o caso fortuito", concluindo pela inexistência da obrigação de indenizar.

A apelação da autora foi provida pelo Tribunal de Alçada de Minas Gerais, em acórdão da relatoria do Juiz Kildare Carvalho, que recebeu esta ementa:

> "Infecção hospitalar. Responsabilidade do hospital.
>
> De meio ou de resultado o contrato para a cirurgia, cabe ao hospital a responsabilidade indenizatória em caso de infecção do paciente".

Do voto condutor desse aresto, colho:

> "Deste modo, demonstrado o dano e o nexo de causalidade pois imputável ao hospital que não cuidou de todas as necessárias preocupações para evitá-lo, de-

corre a obrigação de indenizar, na espécie, material e moralmente o lesado.

Com estas considerações, dou provimento à apelação para, reformando a sentença recorrida, julgar procedente o pedido e condenar o apelado a pagar à apelante a indenização pleiteada na inicial, cujo valor deverá ser apurado em liquidação de sentença, por arbitramento, respondendo, ainda, pelas custas processuais e honorários advocatícios, que fixo em 20% sobre o montante que vier a ser estipulado".

O voto-vogal proferido pelo Juiz Ximenes Carneiro, na mesma linha, destacou:

"A cirurgia era corretiva, como ficou provado, daí porque se tratava de obrigação de meio e não de resultado.

Entretanto, se não tinha o hospital qualquer responsabilidade em relação ao resultado do ato cirúrgico, induvidosa sua responsabilidade quanto à incolumidade do paciente, pondo-o a salvo das infecções hospitalares, hoje um martírio para quem tem necessidade de receber tratamento médico-hospitalar".

Os embargos declaratórios oferecidos pelo réu restaram parcialmente acolhidos, guardando o acórdão a seguinte ementa:

"Embargos declaratórios. Provimento do recurso da autora. Questões não analisadas na primeira instância e nem no acórdão. Omissão.

Se a sentença de primeira instância inacolhera o pedido sem examinar todos os fundamentos da contestação, cabe ao Tribunal, ao dar provimento ao apelo, reexaminar toda a matéria, por força do disposto no art. 515, do CPC.

Embargos parcialmente providos".

O recebimento parcial foi assim fundamentado pelo Relator:

"Assim, recebo os embargos nesta parte, passando a aditar o meu voto.

Com efeito, a inicial pede indenização por danos morais e estéticos, alinhando diversos fundamentos tais como: dor, tristeza, desgosto, cicatriz cuja fealdade restringirá em relação à autora, por certo, o uso de trajes de banho — biquinis, tangas, etc... além do que lhe restringirá, por certo tempo, a elasticidade da pele, comprometendo uma possível futura gravidez em caso de casamento — fls. 3-TA. Ora, o dano moral é gênero do qual o dano estético é uma das espécies. Assim, se o dano é apenas estético, incide a não-cumulatividade; porém, se o dano moral é mais abrangente, como **in casu**, a indenização pode sofrer dicotomia. Em execução de sentença a ser feita por arbitramento, será quantificado cada bem lesado".

Insurgiu-se o réu, interpondo recurso especial estribado nas alíneas **a** e **c** do art. 105, III, da Constituição, apontando, além de divergência jurisprudencial, afronta ao art. 159 do Código Civil.

Contra-arrazoado, foi o recurso admitido na origem pela divergência.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA (Relator): Relativamente à indigitada ofensa ao art. 159 do Código Civil, não há como prosperar o apelo.

O acórdão impugnado, ao contrário do que diz o recorrente, assentou achar-se "demonstrado o dano e o nexo de causalidade pois imputável ao hospital que não cuidou de todas as necessárias preocupações para evitá-lo". E a ocorrência do caso fortuito, fato impeditivo do direito da autora, impondo-se ao réu o **onus probandi**, restou afastada expressamente. Daí não se poder argumentar, como faz o recorrente, com a adoção pelo julgado da sua responsabilidade objetiva.

Pertinentes, ademais, as observações lançadas no voto-vogal pelo Juiz Ximenes Carneiro, do qual extraio:

> "**Wanderby Lacerda Panasco**, em sua obra A Responsabilidade Civil, Penal e Ética dos Médicos, Forense, a respeito do tema, diz:
>
> "3 — Paciente internado que sofre lesões alheias à enfermidade, derivadas do instrumental hospitalar, abandono noturno, deficiência das instalações.

Trata-se de infração à cláusula tácita contratual de incolumidade nas relações paciente-hospital. Lembramos que a obrigação do hospital, como a do médico, é de meio e não de resultado. Em conseqüência, não sofre nenhuma sanção por não curar o doente, se seu atendimento foi prudente e diligente, mas terá que reparar o dano emergido da infração da cláusula de incolumidade, isto é, "a razão por que assim acontece é explicada com incomparável clareza por **Savatier**, ao mostrar que a prova, na responsabilidade civil contratual, recai sobre o devedor ou sobre o credor, conforme se trate de obrigação de meio ou de resultado. Assim aconteceu com o transporte, a cujo propósito antigamente se exigia, do viajante, prova da culpa do transportador. Se hoje, ao contrário, se exigisse do último a prova de que não pode ser responsabilizado, não é porque se negasse, até então, o caráter contratual das relações entre eles, mas porque, antigamente, o contrato de transporte não se encarava como obrigação de resultado. Assim, a responsabilidade contratual pode ou não ser presumida conforme se tenha o devedor comprometido a um resultado determinado ou a,

simplesmente, conduzir-se de certa forma. É o que sucede na responsabilidade do médico, que não se compromete a curar, mas a proceder de acordo com as regras e os métodos da profissão.

Contudo, a existência, no contrato de serviços médicos, de uma cláusula de incolumidade não poderia ser negada. Não alcança, de certo, domínio tão amplo quanto o da obrigação do transportador, que garante ao viajante levá-lo são e salvo ao lugar do destino, mas envolve a obrigação geral de prudência e diligência" (págs. 297/298).

Nesse caso, o ônus da prova de que a infecção hospitalar se instalou no organismo da autora por caso fortuito era do réu, que dela não se desincumbiu, motivo pelo qual a procedência do pedido se impõe".

Trago à colação, a fim de melhor ilustrar o tema, artigo do Senador **Josaphat Marinho** sob o título "O erro médico e a responsabilidade civil" (caderno "Direito e Justiça", "Correio Braziliense", 24.10.94), no qual S. Exa., dentre outras considerações, sublinha:

"5. Merece relevo a questão da responsabilidade médica em função dos estabelecimentos hospitalares. Há que distinguir as hipóteses suscetíveis de ocorrer, variando, com a prova que se fizer, a definição da responsabilidade. São inúmeros os casos distintos. Numa tentativa de generalizar soluções básicas, **Caio Mário** indaga se a culpa é do hospital, ou do médico ou de ambos, e mencionando **Aguiar Dias Savatier** e decisão judicial, assevera: "Se o médico não pertence ao hospital, e apenas se utiliza dele, a responsabilidade é pessoal. Em caso contrário, sendo o médico integrante da equipe hospitalar ou vinculado por uma relação de emprego, o hospital é civilmente responsável na forma do direito comum. Decidiu-se, contudo, que a ausência de médico de plantão importa em responsabilidade do hospital". Assinala, ainda, que a responsabilidade civil do hospital se agrava por ele exercer duas funções: a de "assistência médica" e a de "hospedeiro". "Nesta última qualidade, responde pelos danos causados ao doente que se interna".

Avançando juízo mais audacioso nesse campo, **Aguiar Dias** refere que o professor **Arthur Rios**, da Universidade de Goiás, preconiza a adoção do princípio do risco profissional para a responsabilidade civil hospitalar, sob o fundamento de que "a aplicação da doutrina da culpa deixa sem reparação danos causados a pacientes que confiaram suas vidas e sua incolumidade a esses estabelecimentos e aos profissionais que neles servem". Adere a tal orientação ao opinar que, "parecendo extrema, essa opinião reflete a tendência de que dá notícia interessante artigo de **Michel**

Voirin, do **Bureau** Internacional do Trabalho, na *Revue internationale* de Droit Comparé, julho-setembro de 1979, pág. 541". E da jurisprudência nacional e estrangeira, por ele citada, vale salientar acórdão em que o Tribunal Federal de Recursos decidiu "que não há" de distinguir, para efeito de responsabilidade, entre o médico propriamente dito e o profissional que se torna empresário-dirigente de estabelecimento profissional, pois, neste, o dever de prestar serviços médicos supera o intuito de lucro, da índole do negócio puramente comercial (Boletim do TFR, nº 35, 1982)".

Como se vê, os estabelecimentos hospitalares já instituem um sistema de trabalho, de que decorre responsabilidade, ora para a organização, ora para o médico, ou para ambos, conforme as circunstâncias verificadas".

Oportuno mencionar, outrossim, a doutrina de **Carlos Alberto Bittar** (Reparação Civil por Danos Morais, Revista dos Tribunais, 1993, nº 24, pág. 137) que, quanto ao sujeito passivo da obrigação de indenizar o dano moral, ensina:

"Responsáveis são as pessoas que, direta ou indiretamente, nos termos da lei, se relacionam com o fato gerador do dano. Com efeito, incluem-se, de início, as pessoas que praticam atos ilícitos, por si ou por elementos outros produtores de danos, ou exercem atividades perigosas, compreendidas, pois, as diferentes situações de responsabilidade por fato próprio, ou de terceiro, ou de animal, ou de coisa relacionada.

Inserem-se, então, nesse contexto, entidades ou pessoas das quais flui a energia danificadora, ou que estão relacionadas juridicamente com o causador da lesão. Em princípio, podem estar nesse pólo da relação jurídica quaisquer pessoas, físicas ou jurídicas, de direito público ou privado, nacionais ou estrangeiras, incluídos os próprios entes políticos, ou seja, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios; partidos políticos; sindicatos; corporações profissionais e outras.

Tem-se, pois, que por fatos próprios ou de outrem, ou de coisas sob sua guarda ou titularidade, pode a pessoa ser enredada nas malhas da responsabilidade civil. No âmbito dos fatos próprios, figuram a prática de ilícito, civil ou penal e este, quando se atinjam direitos de pessoas determinadas ou determináveis; a mora ou o descumprimento culposo de obrigação ou de contrato; e o exercício de atividades perigosas. Quanto aos demais fatos, inserem-se, em sua órbita, os de pessoas dependentes, civil ou economicamente, do agente; de animais sob sua guarda e de coisas de que seja titular, ou de que tenha posse, nas condições descritas na lei.

A nível de fatos próprios, pessoas físicas e jurídicas podem ser responsáveis por danos injustos, morais ou materiais produzidos

a outrem, em quaisquer circunstâncias em que se encontrem, relacionadas ou não, previamente, e desde que presentes os pressupostos enunciados. De um lado, através de inobservância de obrigações assumidas com outra pessoa (responsabilidade contratual), portanto, através da quebra de deveres voluntariamente contraídos, são as pessoas suscetíveis de responsabilização por danos. De outro lado, por meio de situações em que se rompem deveres gerais impostos pelo ordenamento jurídico, estabelece-se também o liame obrigacional de reparação de danos, tanto para pessoas físicas como para jurídicas, e desde que, quanto a estas últimas, a ação ofensiva emane de quem as representa. Assim, por exemplo, através de ruptura injustificada de relação negocial ou profissional, ou com ações insultuosas, ou por agressões seguidas a acidente de trânsito, podem as pessoas cometer danos morais, tornando-se civilmente responsáveis".

Por outro lado, não se pode negar a existência de vínculo contratual entre o doente e o hospital, cuja obrigação envolve, além de qualquer dúvida razoável, o dever de incolumidade do paciente no que respeita aos meios para seu adequado atendimento e recuperação, não havendo lugar, em linha de princípio, para a alegação de "caso fortuito" no que tange à chamada "infecção hospitalar", cuja ocorrência, como de curial conhecimento, se acha estreitamente ligada à atividade da própria instituição hospitalar, quando não se cuida de hipótese em que possa ser atribuída sua causa a qualquer evento específico e determinado, que exclua expressamente tal responsabilidade.

Trata-se, portanto, a meu juízo, de reparação de dano moral fundada em culpa contratual, e não em responsabilidade objetiva.

Com relação à possibilidade de indenização do dano moral em razão do descumprimento de dever contratual, oportuno trazer a lume a lição de **Wilson Melo da Silva** (O Dano Moral e sua Reparação, ed. Forense, 1969, 2ª edição, nº 221, pág. 492), da qual se lê:

> "O descumprimento de obrigações contratuais pode, perfeitamente, em certas e determinadas circunstâncias, ao mesmo tempo em que causar prejuízos materiais, econômicos, motivar, também, danos morais, indenizáveis por via da lógica, se é que se admite a reparação de tais danos.

Pires de Lima, a respeito, nos aponta um exemplo bem elucidativo e não menos expressivo, e não menos tendente a corroborar as nossas assertivas é, também, a hipótese suscitada por **Colmo** nas suas Obligaciones.

E **Carpenter**, com muito senso jurídico, com muita lógica e muita segurança, pondo-se no mesmo ponto de vista que **Planiol**, entende que, em última análise, a obrigação de indenizar um dano qualquer redunda sem-

pre de um fato ilícito, quer na culpa contratual quer na extracontratual.

Os danos morais, oriundos da inadimplência contratual, só não se indenizariam, ao nosso ver, no caso da existência, nos ajustes, da cláusula penal. E isto porque, consoante o ensinamento dos doutos, a cláusula penal, nos contratos, assume comumente um caráter de prefixação, pelos contratantes, de todas as perdas e danos pelo descumprimento do ajuste. E quem assim age, aceita, de antemão, todas as conseqüências daí decorrentes. No **quantum** reparador da cláusula penal estão compendiados, *à forfait* e **a priori**, todos os prejuízos a serem experimentados pelo lesado, inclusive os de natureza não-patrimonial. O que pactua, no ajuste, a cláusula penal ressarcitória corre todos os riscos.

M. I. Carvalho de Mendonça admite, igualmente, a reparação dos danos morais, se resultantes da inadimplência contratual, e outro doutrinador da questão, **Jaime Bayley**, também não via nenhuma razão lógica para essa exclusão da reparação dos danos morais nos ajustes, e isso, como o acentua, se se considerasse o problema sob o ponto de vista dos superiores princípios da Justiça".

2. Destarte, além de inviável o recurso no que tange à alínea **a** do permissor constitucional, por inocorrente a alegada ofensa ao art. 159, em vista da assertiva constante do acórdão, de restar evidenciado o nexo de causalidade entre a moléstia que causou à autora danos moral e estético, insuscetível de desconstituição na via do recurso especial, por demandar reexame de matéria fática, vedado pelo Enunciado nº 7 da Súmula/STJ, convém deixar assentado que a responsabilidade contratual da instituição hospitalar envolve o dever de incolumidade da paciente no que tange aos meios para o seu tratamento e recuperação, principalmente no que diz com a "infecção hospitalar".

Nesse último caso, a responsabilidade da instituição pelos danos experimentados pelos pacientes, sejam eles de natureza patrimonial, moral ou estética, somente pode ser afastada quando reste comprovada a ocorrência de evento determinado, cuja culpa possa ser atribuída a agente específico, sem descurar-se, no particular, da responsabilidade da instituição decorrente de atos de seus prepostos, nos moldes do direito obrigacional em vigor.

3. O dissídio jurisprudencial, de sua parte, restou configurado em relação ao REsp 56.101-RJ, relatado pelo Ministro Fontes de Alencar, propiciando o conhecimento do recurso. Todavia, não logra ser provido o inconformismo, que se volta contra a cumulação das indenizações pelo dano moral e pelo dano estético.

Com efeito, embora em princípio se tenha adotado o entendimento expresso no paradigma no sentido de serem inacumuláveis as verbas

indenizatórias, a jurisprudência de ambas as Turmas que integram a Seção de Direito Privado deste Tribunal evoluiu na direção oposta a essa conclusão, de sorte que, em precedentes mais recentes, se fixou:

"Civil — Ação de indenização — Acidente de trânsito — Dano moral — Dano estético — Cumulabilidade.

I — Admissível a indenização, por dano moral e dano estético, cumulativamente, ainda que derivados do mesmo fato, quando este, embora de regra subsumindo-se naquele, comporte reparação material.

II — Incidência da Súmula n. 37, do STJ.

III — Recurso conhecido e provido". (REsp 68.491-RJ, DJ 27.5.96, relator: Ministro Waldemar Zveiter).

"Responsabilidade civil. Dano à pessoa. Dano estético. Dano moral. Cumulação.

A amputação traumática das duas pernas causa dano estético que deve ser indenizado cumulativamente com o dano moral, neste considerados os demais danos à pessoa, resultantes do mesmo fato ilícito.

Art. 21 do Dec. 2.681/1912.

Recurso conhecido e provido em parte". (REsp 65.393-RJ, DJ 18.12.95, relator: Ministro Ruy Rosado).

"Civil. Ação de indenização. Acidente de trânsito. Dano moral. Dano estético. Cumulabilidade.

I — Admissível a indenização, por dano moral e dano estético, cumulativamente, ainda que derivados do mesmo fato.

II — Incidência da Súmula nº 37, do STJ.

III — Recurso conhecido e parcialmente provido". (REsp 40.259-RJ, DJ 25.4.94, relator: Ministro Waldemar Zveiter).

4. Pelo exposto, conheço do recurso pela divergência mas o desprovejo.

RECURSO ESPECIAL Nº 120.119 — RS

(Registro nº 97.0011267-5)

Relator: *O Sr. Ministro Fontes de Alencar*

Recorrente: *Banco Itaú S/A*

Advogados: *Drs. Itamara Duarte Stockinger e outros*

Recorridos: *Distribuidor Pedritense de Automóveis Ltda. e outros*

EMENTA: ***Recurso especial.***

— Falta de prévio questionamento.

— Dissensão jurisprudencial não demonstrada.

— Recurso não conhecido.

ACÓRDÃO

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

Brasília, 26 de agosto de 1997 (data do julgamento).

Ministro BARROS MONTEIRO, Presidente. Ministro FONTES DE ALENCAR, Relator.

Publicado no DJ de 06-04-98.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO FONTES DE ALENCAR: Banco Itaú S/A impetrou mandado de segurança contra ato do Juiz de Direito da Comarca de Dom Pedrito-RS, atinente à medida liminar em ação cautelar inominada que lhe moveram Distribuidora Pedritense de Automóveis Ltda. e outros. Pretendia o impetrante lhe fosse concedida

"*Liminar* de efeito suspensivo do ato judicial, até o julgamento do agravo de instrumento interposto" (fl. 24).

O Desembargador Ramon G. von Berg, plantonista em Câmara de Férias, indeferiu a inicial decretando a extinção do feito com fundamento no art. 8º, da Lei nº 1.533/51.

O impetrante, ora recorrente, manifestou agravo regimental de que a Quinta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul não conheceu. Do voto norteador da decisão da Corte Sul-Rio-Grandense reproduzo a fundamentação que se segue:

"Como fixou o Pretório Excelso, "É firme a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, no sentido do descabimento de agravo regimental contra decisão de Relator, que, em processo de mandado de segurança, de competência originária da Corte, defere ou indefere medida liminar" (RTJ, 149/803).

Tem prevalecido, nos Tribunais Superiores, o entendimento do descabimento de agravo regimental contra ato do Relator, que concede ou não, a ordem, posição que vem sendo majoritária nesta Corte (Agravos Regimentais nºs 594.170.946, 595.133.760 e 595.143.033, dentre outros), já que dispõe de recurso próprio.

Dessarte, não é conhecido do agravo regimental" (fl. 32).

O recurso especial do Banco Itaú S.A. tem fulcro no art. 105, III, **a** e **c**, da Constituição Federal, com alegação de contrariedade ao art. 33, da Lei nº 8.038/90, além de dissídio jurisprudencial.

Às fls. 46/48 está decisão que, em sua conclusão, negou seguimento ao recurso especial. À fl. 57 seu prolator assim resolveu:

> "Mantenho a decisão agravada por seus próprios fundamentos, retificando-a, de ofício, para consignar que o recurso especial foi admitido quanto à alínea **c**."

Todavia, o feito aqui teve distribuição como se agravo fora (fls. 59/60). Determinei sua autuação como recurso especial (fls. 61).

VOTO

O SR. MINISTRO FONTES DE ALENCAR (Relator): Impende observar, de pronto, que o caso não é de recurso ordinário, mas de apelo especial em mandado de segurança.

Do art. 33 da Lei nº 8.038/90 não se ocupou o acórdão recorrido. Ausente, pois, a propósito, o imprescindível questionar antecipado.

A respeito da argüição de dissídio de jurisprudência, digo que êxito não alcança. Primeiro, porque mera transcrição de ementa de um precedente não basta para demonstrá-lo. Segundo, a simples transladação da suma de um precedente, não eximiria o recorrente de efetuar a demonstração analítica do choque de julgados pretendido. Tércio, — suposto que infirmes os fundamentos a montante — porque dissímeis as circunstâncias do acórdão recorrido e do paradigma.

De mais a mais, quando ajuizado o mandado de segurança (fl. 10) já estava em vigor a Lei nº 9.139/95.

Posto isso, não conheço do recurso.

RECURSO ESPECIAL Nº 124.565 — MG

(Registro nº 97.0019712-3)

Relator: *O Sr. Ministro Ruy Rosado de Aguiar*

Recorrentes: *Santa Barbara Armazéns Gerais Ltda. e outro*

Recorrido: *Basilio Monteiro da Silva*

Advogados: *Aristoteles Dutra de Araujo Atheniense e outros, e Naim Alves Ferreira*

EMENTA: ***Responsabilidade civil.*** **Morte de filho menor. 10 anos.**

— A morte de filho menor de tenra idade, que não colabora ainda para o sustento dos pais, pode ser indenizada a título de dano extrapatrimonial.

— A morte de filho que já colabora para as despesas da casa pode ser indenizada cumulativamente tanto pelo dano moral como pelo dano patrimonial, esse calculado sobre a sua contribuição até quando completaria 65 anos de idade, diminuída a pensão a partir dos 25 anos, quando presumidamente constituiria nova família.

— No caso dos autos, tendo sido deferida indenização pelo dano moral (300 salários mínimos) e mais indenização pelo dano patrimonial, o que é imodificável nessa instância, embora a vítima não trabalhasse, a fixação da pensão mensal, nessa situação, não deve ultrapassar a data em que a vítima completaria 25 anos de idade. Recurso conhecido e provido.

ACÓRDÃO

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

Brasília, 11 de novembro de 1997 (data do julgamento).

Ministro BARROS MONTEIRO, Presidente. Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR, Relator.

Publicado no DJ de 09-02-98.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO RUY ROSADO DE AGUIAR: Em ação de indenização por ato ilícito promovida por Basílio Monteiro da Silva contra Santa Bárbara Armazéns Gerais Ltda. e Ricardo Gonçalves Campos, para reparação pela morte da filha menor do autor (10 anos de idade), decorrente de acidente de trânsito, a sentença julgou parcialmente procedente o pedido, condenando os réus:

> "... ao pagamento, de uma indenização, a título de danos morais, arbitrada por este Juízo em trezentos (300) salários mínimos, pagos numa única parcela, de uma só vez, e ainda, a título de danos materiais, a uma indenização equivalente a dois terços (2/3) do salário mínimo vigente à

época do respectivo pagamento, contados desde a data do evento — 16 de janeiro de 1994 até 24 de agosto de 2048, quando a vítima completaria seus sessenta e cinco (65) anos de idade.

Ambas as indenizações deverão ser pagas solidariamente pelos réus, na forma já estabelecida nesta decisão, devendo, para garantir esse pagamento, ser constituído um capital que renda valor equivalente aos 2/3 do salário mínimo vigente, a cada mês, na forma do artigo 602, do Código de Processo Civil.

Condeno, também, os Réus, ainda solidariamente, ao pagamento da quantia de Cr$ 5.983.642,43 (cinco milhões, novecentos e oitenta e três mil, seiscentos e quarenta e dois cruzeiros reais, e quarenta e três centavos), referente aos danos sofridos pelo veículo do Autor, em conseqüência da colisão, devendo sobre esse valor incidir os índices de correção monetária e juros de mora, contados da data do acidente, a teor da Súmula 562, do Excelso Supremo Tribunal Federal.

Condeno, finalmente, os Réus, ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, que fixo em 15% (quinze por cento) sobre o valor total apurado ao final, sendo que sobre as prestações vencidas, incidirá o referido percentual, para pronto pagamento, e sobre os vincendos, deverá incidir referido percentual sobre doze (12) delas, na forma preceituada pelo artigo 20, § 5º, do Código de Processo Civil e vasto entendimento jurisprudencial dominante.

Este percentual decorre da compensação do valor que decaiu do pedido inicial, exorbitante em relação aos valores fixados por este Juízo nesta decisão." (fls. 227/228)

Os réus apelaram e a eg. 6ª Câmara Civil do Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais rejeitou a preliminar e deu parcial provimento ao recurso, vencido parcialmente o em. Dr. Pedro Henriques, Relator. A maioria deferiu a indenização pelo dano patrimonial (pensão mensal de 2/3 do salário mínimo) até o dia em que a vítima alcançaria a idade de 65 anos, diminuindo a partir dos 25 anos para 1/3 do salário mínimo. O d. voto vencido concedia a pensão até a data em que a vítima completaria 25 anos, e não mais.

Os embargos de declaração foram rejeitados.

Os réus opuseram embargos infringentes, objetivando fazer prevalecer o voto minoritário, mas o recurso ficou desacolhido.

Os réus ingressaram com dois recursos especiais. O primeiro, por ambas as alíneas, contra o acórdão proferido na apelação, alegando afronta aos artigos 165, 458, inciso II, 535, incisos I e II, do CPC e 1.523 do CC, além de dissídio jurisprudencial (fls. 383/394). Este recurso foi inadmitido na origem (fls. 451/452), daí o Agravo de Instrumento nº 141.520, improvido.

No segundo, contra o julgamento dos embargos infringentes, os réus sustentam dissídio jurisprudencial com os REsp's 55.209-5, 2.583-ES e 23.579-4/MG; RE's 104.217 e 87.650-SP. Alegam que os precedentes não admitiram pensionamento além dos 25 anos, quando a vítima é de tenra idade.

Nas contra-razões diz o autor que a tese ora recorrida é minoritária em todos os tribunais do País. E neste STJ, "após inicial divergência, veio a consolidar o entendimento no sentido de considerar a presumida sobrevida da vítima como termo final do pagamento da pensão, tomando-se por base a idade provável de sessenta e cinco (65) anos de idade, conforme demonstram os acórdãos citados.

Admitido o recurso especial na origem, subiram os autos a este eg. STJ.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO RUY ROSADO DE AGUIAR (Relator): 1. Discute-se sobre o tempo a considerar para o pensionamento dos pais de vítima fatal, como indenização pelo dano patrimonial: se até os 25 anos, quando presumidamente a vítima constituiria nova família e se dedicaria à sua assistência, e não mais aos pais; se até os 65 anos, considerando que os filhos continuam a prestar auxílio aos pais durante o tempo de sua sobrevida; se até os 65 anos, mas com redução da pensão a partir de 25 anos.

A divergência ficou bem evidenciada, razão pela qual conheço do recurso.

2. Nesta eg. 4ª Turma, o tema tem sido recorrentemente enfrentado, com diversidade de soluções, explicável pela peculiaridade da questão, que lida com hipóteses e presunções.

Atualmente, estão consolidadas as seguintes posições:

2.1. tratando-se de perda de filho menor, de tenra idade, ainda não trabalhando nem colaborando para o sustento da família, defere-se indenização a título de *dano moral*, em quantia fixa, preferentemente, ou na forma de pensão mensal, mas nesse caso até quando a vítima completaria 25 anos de idade (REsp's nºs 85.205/RJ, 4ª Turma, rel. em. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ 26/05/97; 49.542-RJ, 4ª Turma, rel. em. Min. Cesar Asfor Rocha, DJ 27/10/97; 57.539-MG, 3ª Turma, rel. em. Min. Nilson Naves, DJ 22/04/97; 106.326/PR, 4ª Turma, de minha relatoria, DJ 1/05/97 e 68.512/RJ, 4ª Turma, rel. em. Min. Sálvio de Figueiredo).

2.2. sendo o filho maior, que já trabalhava e auxiliava a família nas despesas domésticas, concede-se:

a) indenização por *dano moral,* fixada em quantia única, sobre um valor equivalente a salários mínimos, 100, 200, 300, conforme as circunstâncias: (REsp's 58.538-SP; 49.542-RJ; 85.205-RJ e 106.326-PR), e mais

b) indenização pelo *dano patrimonial*, em forma de pensão

mensal calculada sobre a contribuição média da vítima aos pais, e isso pelo período que vai desde a data do acidente até quando a vítima completaria 65 anos de idade:

"1. Para o efeito de cálculo da pensão, a esperança de vida da vítima há de ser fixada em 65 anos. (REsp nº 97.667-SP, 3ª Turma, rel. em. Min. Waldemar Zveiter, DJ 14/04/97)

2. O limite temporal do pensionamento, para reparação do dano material, deve se estender até a data em que a vítima completaria 65 anos.

Recurso conhecido e provido." (REsp nº 58.538-SP, 4ª Turma, de minha relatoria, DJ 07/08/95)

"3. Responsabilidade civil. Indenização. Morte de filho. Pensão aos pais. Tempo de duração.

O tempo de duração do pensionamento da mãe, que era dependente de filho com 23 anos, vítima de acidente de trânsito, se estende até quando ele completaria 65 anos de idade. Essa é a data que tem sido escolhida, quando não deferido o pensionamento pelo tempo médio de sobrevida, calculado pelas tabelas previdenciárias.

Recurso conhecido em parte e provido." (REsp nº 111.928-PB, 4ª Turma, de minha relatoria, DJ 28/04/97)

"4. Civil. Indenização. Morte de filho. Dependência econômica dos pais. Pensionamento até a data em que a vítima completaria 65 anos. Precendentes. Recurso desprovido.

Comprovada a culpa do preposto da ré e a dependência econômica dos pais em relação ao filho falecido no acidente, que contava 27 (vinte e sete) anos de idade, a indenização, sob a forma de pensão, deve ter como limite temporal a data em que a vítima completaria 65 anos de idade." (REsp nº 76.238/PR, 4ª Turma, rel. em. Min. Sálvio de Figueiredo, DJ 16/12/96)

c) porém, para a indenização pelo dano patrimonial, de acordo com o mais recente posicionamento da Turma, a partir do voto proferido pelo em. Min. Cesar Asfor Rocha no REsp 68.512/RJ, julgado em 7.10.97, da relatoria do em. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, continua-se levando em conta o limite provável de sobrevida de 65 anos de idade da vítima, mas a pensão aos pais deve ser reduzida a partir de quando o filho atingiria a idade de 25 anos:

"Sendo assim, não tenho, **data venia**, como correto presumir-se que a vítima continuaria por toda a sua existência com a mesma disponibilidade para ajudar materialmente a seus pais, por mais dedicada e

zelosa que ela fosse para com eles, pois que, pela ordem natural dos fatos da vida, é lícito inferir que ela se casaria, como é razoável supor que tal ocorreria ao completar 25 (vinte e cinco) anos, a partir de quando teria que suportar novos encargos, que da constituição de uma nova família são indiscutivelmente decorrentes.

Por isso mesmo é que tenho por sensata a compreensão que, a partir da data em que a vítima viesse a completar 25 (vinte e cinco) anos de idade, a pensão já arbitrada deve ser reduzida em 50% (cinqüenta por cento) do valor daquela que já foi fixada até aquele dia.

Diante de tais pressupostos, conheço do recurso e lhe dou parcial provimento, para o fim de fixar, pelas peculiaridades da espécie, a pensão mensal em 50% (cinqüenta por cento) do valor do salário mínimo até a data em que a vítima viesse a completar 25 (vinte e cinco) anos de idade, percentual esse, aliás, que já foi consignado pelo v. aresto recorrido, e, a partir de então, em 25% (vinte e cinco por cento) do salário mínimo, até quando a vítima viesse completar 65 (sessenta e cinco) anos de idade, ou, se antes, os pais falecerem." (Voto-Vista do em. Min. Cesar Asfor Rocha)

Naquela ocasião, assim votei:

"Sr. Presidente, quando esse tema era examinado no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, entendia-se que o limite da indenização deveria ir até a data em que a vítima alcançaria os 25 anos, na presunção de que, a partir dali, casando-se, constituindo nova família e assumindo novos encargos, o filho deixaria normalmente de prestar contínua assistência aos pais.

Neste Tribunal, deparei-me com orientação em sentido diferente, onde vingava a idéia de que o período de pensionamento deveria estender-se até os 65 anos, ou até a data estabelecida de acordo com as tabelas de sobrevida da Previdência Social, presumindo-se que a colaboração do filho à família persistiria até o término da sua vida.

Tenho para mim que a primeira orientação está mais de acordo com os fatos. O normal é que os filhos, uma vez criados e estabelecidos com família, passem a dedicar a sua atenção para o sustento dessa família, colaborando, eventualmente, para o auxílio dos pais.

Sendo assim, mais razoável a posição intermédia agora proposta pelo Eminente Ministro Cesar Asfor Rocha que, mantendo em parte a orientação do Tribunal, sem quebrar os precedentes até aqui prevalentes, propõe uma redução não do tempo, mas do quantitativo da pensão, o que — se não é o ideal — está mais de acordo com a realidade dos fatos.

Por isso, estou revendo a posição para, pedindo vênia aos Emi-

nentes Colegas, acompanhar S. Exa., com a sensação de que, nesse campo, jamais chegaremos a critérios plenamente satisfatórios, pois estamos julgando sobre hipóteses variáveis e formulando juízos fundados em presunções." (Voto-Vogal, REsp 68.512-RJ)

O em. Min. Sálvio de Figueiredo, relator daquele recurso, aderiu a essa orientação:

"Em face do posicionamento predominante nesta Turma e na 2ª Seção, que veio a formar-se neste Tribunal quanto ao limite temporal da indenização em casos como o presente, acabei por ajustar-me à maioria, até porque insatisfatória igualmente a outra solução. A propósito, assinalo que os integrantes da Seção desde então têm se preocupado com o tema, sem encontrar a solução ideal, tanto assim que uma comissão foi indicada para formular sugestões e a tentativa de simulação se frustrou, em face dos muitos aspectos a considerar.

Nesta oportunidade, o Ministro Cesar Asfor Rocha, com o aval do Ministro Ruy Rosado de Aguiar, propõe um critério intermediário, que, à míngua de um melhor, se me afigura também mais razoável.

Destarte, considerando tal circunstância e os objetivos por ela procurados, também a acolho, na busca de uma solução que melhor atenda à boa prestação jurisdicional, reformulo meu voto para, conhecendo do recurso e dando-lhe parcial provimento, para que a pensão arbitrada (no caso, 50% dos ganhos da vítima) tenha por limite a idade de 25 (vinte e cinco) anos, data do presumido casamento, sendo reduzida, após, pela metade desse valor, até a data em que, por presunção, a vítima atingiria os 65 (sessenta e cinco) anos de idade, mantendo-se o acórdão quanto ao mais."

3. No caso dos autos, trata-se de vítima fatal que contava 10 anos de idade na data do fato. Além da indenização pelo dano moral, a eg. Câmara concedeu indenização pelo dano patrimonial. O julgamento dos embargos infringentes estava limitado apenas à questão do quantitativo do dano patrimonial, sendo incontroversa a cumulação das duas parcelas.

Nessa hipótese, tendo sido deferido o valor de 300 salários mínimos para reparação do dano moral, a indenização pelo dano patrimonial pela morte de menor que não trabalhava deve ficar restrita aos 25 anos. É inadequado deferir indenização calculada até os 65 anos, quando falta o pressuposto da contribuição que a vítima prestava para o sustento da casa dos pais, situação em que a orientação hoje predominante concede apenas a indenização a título de dano moral, o que já foi deferido em parcela autônoma. Sendo indisputável, porém, nesta altura do feito, a cumulação das duas verbas, tenho que a reparação pelo dano material deve ficar

restrita ao limite dos 25 anos, como constou do r. voto vencido.

4. Posto isso, conheço do recurso, pela divergência, e lhe dou provimento, para determinar que a indenização pelo dano patrimonial seja calculada com base em 2/3 do salário mínimo, até a data em que a vítima alcançaria 25 anos de idade.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL Nº 134.736 — MG

(Registro nº 97.0038680-5)

Relator: *O Sr. Ministro Ruy Rosado de Aguiar*

Recorrente: *Ministério Público do Estado de Minas Gerais*

Recorrida: *Fricon Frigorífico Industrial de Contagem S/A*

Advogado: *Evandro França Magalhães*

EMENTA: *Ministério Público.* Ação *ex delicto*. Legitimidade *ad causam*. Substituto processual.

O Ministério Público tem legitimidade para promover, como substituto processual do necessitado, a ação de indenização ex delicto **presumindo-se que sua intervenção decorra da insuficiência dos serviços de Defensoria Pública.**

Precedentes do STF e do STJ. Art. 68 do CPP.

Recurso conhecido e provido.

ACÓRDÃO

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

Brasília, 08 de outubro de 1997 (data do julgamento).

Ministro BARROS MONTEIRO, Presidente. Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR, Relator.

Publicado no DJ de 09-12-97.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO RUY ROSADO DE AGUIAR: O Ministério Público

do Estado de Minas Gerais, na qualidade de substituto processual de Jovercino Rodrigues, ingressou com ação de reparação de danos **ex delicto** contra Fricon-Frigorífico Industrial de Contagem-MG, para indenização de incapacidade resultante de acidente provocado por culpa da ré ao determinar a execução de serviço perigoso.

A sentença julgou extinto o processo, sem julgamento do mérito, nos termos do art. 267, VI, do Código de Processo Civil, sob o fundamento de que o Ministério Público é parte ilegítima para ação indenizatória com base no art. 159 do Código de Processo Civil.

O MP apelou, pretendendo a reforma da sentença, alegando legítima a sua qualidade de substituto processual para promover ação civil em prol do necessitado, vítima de delito.

A eg. Terceira Câmara Civil do Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais, vencido o Juiz Relator, deu provimento ao recurso, em acórdão assim ementado:

"Ministério Público — Ação de indenização por ato ilícito — Substituição processual — Beneficiário pobre — Legitimidade de parte — Voto vencido.

— O Ministério Público é parte legítima para ajuizar ação de indenização para ressarcimento de dano decorrente de delito quando a parte beneficiária é desprovida de recursos.

V.v.: — Não há de se considerar o Ministério Público como parte legítima para interpor ação indenizatória decorrente de acidente de trabalho na qualidade de substituto processual, com fulcro nos arts. 64 e 68 CPP, por serlhe defeso pleitear, em Juízo, direito privado e disponível.

— Recurso a que se nega provimento." (fl. 343)

Não se conformando, interpôs a Fricon embargos infringentes, sustentando que os Promotores de Justiça não têm competência legal para se valerem da ação indenizatória para pleitearem o ressarcimento de danos que não foram provocados por condutas tipificadas como crimes, por ausência de expressa previsão legal, e o eg. Tribunal de Alçada de Minas Gerais acolheu os embargos:

"Ministério Público — Ação de reparação de dano — Ilegitimidade ativa — Voto vencido.

— O Ministério Público é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, tendo legitimidade para propositura da ação civil pública, para a defesa de interesses sociais, coletivos e interesses individuais indisponíveis e homogêneos, sendo-lhes defeso pleitear, na qualidade de substituto processual anômalo, direito privado e disponível, consubstanciado em ação de reparação de dano por ato ilícito.

V.v.: — É possível o Ministério Público figurar como substituto processual da vítima nas ações **ex delicto**, não estando revogado o

artigo 68 do CPP, que dispõe sobre a matéria." (fl. 402)

Irresignado com a reforma, o MP manifestou recurso especial, com arrimo em ambas as alíneas do permissivo constitucional, alegando afronta ao art. 68 do Código de Processo Civil, além de divergência jurisprudencial com os REsp's nºs 25.956-SP, 70.770-SP, 78.621-MG e Agravo de Instrumento 128.375-1. Sustenta que o Ministério Público tem legitimidade para ajuizar ação civil **ex delicto**, por ser um imperativo de ordem pública, revestido de induvidoso caráter social.

Com as contra-razões, o recurso foi admitido no Tribunal de origem, subindo os autos.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO RUY ROSADO DE AGUIAR (Relator): 1. A regra do art. 68 do Código de Processo Penal, diante do disposto no art. 129, IX da Constituição da República, já foi assim apreciada pelo eg. Supremo Tribunal Federal:

> "Legitimidade — Ação **ex delicto** — Ministério Público — Defensoria Pública — Artigo 68 do Código de Processo Penal — Carta da República de 1988. A teor do disposto no artigo 134 da Constituição Federal, cabe à Defensoria Pública, instituição essencial à função jurisdicional do Estado, a orientação e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do artigo 5º, LXXIV, da Carta, estando restrita a atuação do Ministério Público, no campo dos interesses sociais e individuais, àqueles indisponíveis (parte final do artigo 127 da Constituição Federal).
>
> Inconstitucionalidade progressiva — Viabilização do exercício de direito assegurado constitucionalmente — Assistência jurídica e judiciária dos necessitados — Subsistência temporária da legitimação do Ministério Público. Ao Estado, no que assegurado constitucionalmente certo direito, cumpre viabilizar o respectivo exercício. Enquanto não criada por lei, organizada — e, portanto, preenchidos os cargos próprios, na unidade da Federação — a Defensoria Pública, permanece em vigor o artigo 68 do Código de Processo Penal, estando o Ministério Público legitimado para a ação de ressarcimento nele prevista. Irrelevância de a assistência vir sendo prestada por órgão da Procuradoria Geral do Estado, em face de não lhe competir, constitucionalmente, a defesa daqueles que não possam demandar, contratando diretamente profissional da advocacia, sem prejuízo do próprio sustento" (RE nº 135.328-7/SP, julgamento em 29-06-94)

2. Nesta eg. 4ª Turma, a matéria foi enfrentada em três julgados, dando-se cumprimento à norma traçada pelo eg. STF:

"Reparação de danos. Ação indenizatória **ex delicto**. Legitimidade do Ministério Público para intentá-la na qualidade de substituto processual. Art. 68 do CPP. Inconstitucionalidade progressiva reconhecida pelo c. STF.

Não implementada ainda a Defensoria Pública no Estado de origem, admite-se a legitimidade do Ministério Público para propor a ação civil **ex delicto**, nos termos do art. 68 do CPP, precedentes da eg. Quarta Turma.

Recurso especial conhecido e provido." (REsp 94.070-SP, 4ª Turma, Rel. em. Min. Barros Monteiro, DJ 09/06/97)"

"Reparação de danos. Ação indenizatória **ex delicto**. Legitimidade do Ministério Público para intentá-la na qualidade de substituto processual. Art. 68, CPP. Inconstitucionalidade progressiva reconhecida pelo c. Supremo Tribunal Federal.

O art. 68, CPP, consoante assentou a suprema corte, não foi recepcionada pela vigente carta política. Estando organizada no estado a Defensoria Pública, com pleno funcionamento, falece legitimidade ao Ministério Público para propor a ação de indenização **ex delicto**.

Votos que, acompanhando o relator na conclusão, consideraram inadmissível o REsp no caso.

Recurso especial não conhecido." (REsp 58.658-MG, 4ª Turma, Rel. em. Min. Barros Monteiro, DJ 11/11/96)

"Direito processual-constitucional. Ação civil **ex delicto**.

Legitimidade do Ministério Público enquanto não instituída a Defensoria Pública. Art. 68, CPP. Inconstitucionalidade progressiva (arts. 127, 129, IX, e 134 da Constituição) assentada pela suprema corte. Recurso provido.

I — Com o advento da Constituição de 1988, a defesa judicial dos necessitados passou a ser atribuição da Defensoria Pública. Mas, segundo entendeu o STF, interpretando o texto constitucional e acolhendo a tese da inconstitucionalidade progressiva, subsistiria excepcionalmente a legitimidade do Ministério Público onde ainda não instituída a Defensoria Pública para propor ação civil **ex delicto**, nos termos do art. 68 do CPP.

II — Acolhendo tal orientação, precedente da Turma teve por legitimado o *Parquet*, a exemplo do caso em pauta." (REsp 66.982-SP, 4ª Turma, Rel. em. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ 24/03/96)

3. Portanto, sempre que os serviços da Defensoria Pública não se apresentam como suficientes para a efetiva defesa do necessitado em Juízo, permanece a legitimidade do Ministério Público para a propositura da ação de indenização **ex delicto**, na condição de substituto processual. A questão deve ser resolvida tendo em vista o interesse público prevalente, que é o de garantir ao cidadão o acesso à Justiça, que se sobrepõe à defesa mera-

mente formal de um conflito sequer existente nos autos, quanto ao âmbito de atuação dos serviços públicos.

No caso dos autos, o em. Dr. Ximenes Carneiro, com voto vencedor no julgamento da apelação, afirmou a insuficiência dos recursos da Defensoria Pública para atender ao interesse do necessitado, vítima do fato, e isso compõe o suporte necessário para permitir ao Ministério Público a propositura da ação:

> "Entendo que o Ministério Público tem legitimidade para agir, como substituto processual, de pessoa carente de recursos. Não só está autorizado por lei, de forma implícita e explícita, como sua atuação minora as dificuldades dos desafortunados, eis que na maioria dos lugares do interior inexiste defensoria pública para prestar a assistência judiciária, e, por isso, o Estado, através de órgão componente de profissionais qualificados, pode suprir a falta." (fl. 352)

A circunstância de o acidentado ter recorrido ao Ministério Público a fim de promover o inquérito civil e reunir dados para instruir o pedido judicial já faz presumir a necessidade de sua atuação na defesa do interesse da vítima. Reconhecida a dificuldade de o pobre fazer valer em Juízo seus direitos, sem recursos para constituir advogado, de produzir prova, de aguardar por longos anos a solução da lide (aqui o fato é de 1988 e ainda não se resolveu sobre a legitimidade do autor), tenho que a extinção do processo, pelo motivo aceito nas instâncias ordinárias, somente poderia decorrer do comprovado exercício abusivo do Ministério Público, usurpando atribuição que poderia ter sido facilmente cumprida pela Defensoria Pública, sem qualquer prejuízo para a parte. Se não for assim, a presunção é de que a atuação seria necessária, pela insuficiência dos outros serviços, o que a legitimava.

Posto isso, conheço do recurso, pela divergência, e lhe dou provimento, para cassar os julgamentos proferidos nas instâncias ordinárias, inclusive a sentença de fl. 274, retornando os autos à Vara de origem, prosseguindo como de direito, reconhecida a legitimidade do Ministério Público.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL Nº 135.543 — ES
(Registro nº 97.0040015-8)

Relator: *O Sr. Ministro Ruy Rosado de Aguiar*

Recorrentes: *Gilberto Carreta Bastos e outro*

Recorrido: *Joventino Corcini*

Advogados: *Felipe Osorio dos Santos, e Pedro Mota Dutra e outros*

EMENTA: *Prova.* Boletim de ocorrência. Acidente de trânsito. Prova.

O documento público faz prova dos fatos que o funcionário declarar que ocorreram na sua presença (art. 364 do CPC). Três são as hipóteses mais ocorrentes: (I) o escrivão recebe declarações e as registra, quando então "tem-se como certo, em princípio, que foram efetivamente prestadas. Não, entretanto, que seu conteúdo corresponda à verdade" (REsp 55.088/SP, 3ª Turma, rel. em. Min. Eduardo Ribeiro); (II) o policial comparece ao local do fato, e registra o que observa, quando então há presunção de veracidade ("O boletim de ocorrência goza de presunção iuris tantum **de veracidade, prevalecendo até que se prove o contrário" — REsp 4.365/RS, 3ª Turma, rel. em. Min. Waldemar Zveiter), e tal se dá quando consigna os vestígios encontrados, a posição dos veículos, a localização dos danos, etc.; (III) o policial comparece ao local e consigna no boletim o que lhe foi referido pelos envolvidos ou testemunhas, quando então a presunção de veracidade é de que tais declarações foram prestadas, mas não se estende ao conteúdo delas ("O documento público não faz prova dos fatos simplesmente referidos pelo funcionário" — REsp 42.031/RJ, 4ª Turma, rel. em. Min. Fontes de Alencar). Em todos os casos, a presunção é apenas relativa.**

Hipótese em que o boletim da ocorrência foi confirmado pelo testemunho do policial e por outras provas, fundamentando o julgado.

Recurso não conhecido.

ACÓRDÃO

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

Brasília, 08 de outubro de 1997 (data do julgamento).

Ministro BARROS MONTEIRO, Presidente. Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR, Relator.

Publicado no DJ de 09-12-97.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO RUY ROSADO DE AGUIAR: Joventino Corcini propôs ação de indenização por ato ilí-

cito contra Gilberto Carreta Bastos e José Roque Broseguini alegando que teve seu automóvel Volkswagen danificado por colisão ocorrida na BR-101, por culpa do primeiro réu, condutor de veículo Fiat Uno, pertencente ao segundo demandado.

Julgada improcedente a ação, o autor apelou e a eg. 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Espírito Santo deu provimento ao recurso, em acórdão assim ementado:

> "Boletim de ocorrência. Valor. 1. Cediço que os Boletins de Ocorrência de Trânsito ou similares guardam a presunção **juris tantum** de veracidade, prevalecendo até que se prove em contrário. 2. Dispõe o artigo 364 do Código de Processo Civil que o documento público faz prova não só de sua formação, mas também dos fatos que, e restrito ao caso em exame, o funcionário declarar que ocorrera em sua presença. 3. Tal fato, porém, não implica em sua aceitação absoluta, podendo o Réu, com os meios próprios, desfazê-la se ou quando contiver elementos inverídicos. 4. Recurso a que se dá provimento." (fl. 170).

Rejeitados os embargos de declaração, os réus ingressaram com recurso especial pela alínea **a**, alegando negativa de vigência ao art. 333 do CPC. Sustentam a completa falta de prova quanto aos fatos alegados pelo autor e a imprestabilidade do Boletim de Ocorrência, lavrado horas depois do acidente.

O autor, nas contra-razões, afirma que o BO está em harmonia com o depoimento prestado em Juízo pelo policial rodoviário (fl. 46), quando declarou que o "acidente se deu na contramão de direção do veículo 1, marca UNO, em razão dos vestígios encontrados na pista, tais como cacos de farol de vidro, marca de barro e outros sinais que evidenciaram e indicavam o local da batida".

Inadmitido o recurso especial na origem, manifestou-se o Agravo de Instrumento nº 132.927/ES (autos apensos), provido para melhor exame.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO RUY ROSADO DE AGUIAR (Relator): 1. O documento público faz prova dos fatos que o funcionário declarar que ocorreram na sua presença (art. 364 do CPC). Três são as hipóteses mais ocorrentes: (I) o escrivão recebe declarações e as registra, quando então "tem-se como certo, em princípio, que foram efetivamente prestadas. Não, entretanto, que seu conteúdo corresponda à verdade" (REsp 55.088/SP, 3ª Turma, rel. em. Min. Eduardo Ribeiro); (II) o policial comparece ao local do fato, e registra o que observa, quando então há presunção de veracidade ("O boletim de ocorrência goza de presunção **iuris tantum** de veracidade, prevalecendo até que se prove o contrário" — REsp 4.365/RS, 3ª Turma, rel. em. Min. Waldemar Zveiter), e tal se dá

quando consigna os vestígios encontrados, a posição dos veículos, a localização dos danos, etc.; (III) o policial comparece ao local e consigna no boletim o que lhe foi referido pelos envolvidos ou testemunhas, quando então a presunção de veracidade é de que tais declarações foram prestadas, mas não se estende ao conteúdo delas ("O documento público não faz prova dos fatos simplesmente referidos pelo funcionário" — REsp 42.031/RJ, 4ª Turma, rel. em. Min. Fontes de Alencar). Em todos os casos, a presunção é apenas relativa.

2. No nosso caso, o boletim de ocorrência de fl. 7 contém o *croquis* que o agente da Polícia Rodoviária Federal desenhou do lugar do fato, indicando vestígios, sinais nos veículos envolvidos, localização final, etc. Essa prova, não obstante passível de contestação e afastável pela demonstração de fatos contrários, prevalece até lá. A eg. Câmara, ao admiti-la, não contrariou regra legal sobre prova, nem divergiu da orientação deste Tribunal. Para aceitá-la, examinou o conjunto probatório e concluiu pela inexistência de elementos capazes de eliminar a força de convicção dos documentos e testemunhos favoráveis ao autor.

3. Os recorrentes apontam para violação ao art. 333 do CPC, mas esse dispositivo legal não foi objeto de exame no r. julgamento da apelação, nem quando dos embargos declaratórios.

A divergência ficou sem demonstração, pois os precedentes, reproduzidos apenas por ementas, referem-se a situações diferentes, quando o boletim da ocorrência foi impreciso, contraditório ou lavrado muitas horas depois do fato.

4. Posto isso, não conheço do recurso.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL Nº 147.346 — PR

(Registro nº 97.0062999-6)

Relator: *O Sr. Ministro Cesar Asfor Rocha*

Recorrente: *Irmãos Sacomori Ltda.*

Recorrido: *Banco do Brasil S/A*

Advogados: *Drs. Francisco de Paula Xavier Neto e outros, e Leônidas Cabral de Albuquerque e outros*

Sustentação Oral: *Dr. Leônidas Cabral de Albuquerque, pelo recorrido*

EMENTA: ***Processo Civil. Honorários. Embargos à execução procedentes. Art. 20, § 4º/CPC, redação da Lei nº 8.952/94.***

A verba honorária fixada "consoante apreciação eqüitativa do juiz" (art. 20, § 4º/CPC), por decorrer de ato discricinário 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 eqüidade não se pode baratear a sucumbência, nem elevá-la a patamares pinaculares.

Recurso conhecido e parcialmente provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do recurso e dar-lhe provimento parcial, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Votaram com o relator os Srs. Ministros Ruy Rosado de Aguiar, Sálvio de Figueiredo Teixeira e Barros Monteiro. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Bueno de Souza.

Brasília, 24 de novembro de 1997 (data do julgamento).

Ministro BARROS MONTEIRO, Presidente. Ministro CESAR ASFOR ROCHA, Relator.

Publicado no DJ de 16-03-98.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO CESAR ASFOR ROCHA: Do bem lançado despacho de admissibilidade do recurso especial em apreciação, extraio os seguintes excertos:

"A questão trazida a exame, neste recurso especial, diz respeito à verba honorária arbitrada nos embargos do devedor, extintos sem julgamento do mérito, porque reconhecida a litispendência.

O MM. Juiz **a quo**, para a fixação dos honorários, dizendo considerar as normas das alíneas do § 3º do art. 20 do Código de Processo Civil, e sem ater-se aos percentuais estipulados no parágrafo, determinou a incidência ao caso dos autos do § 4º do mesmo artigo. O alto valor da causa (numerário em torno de dois milhões de reais) e o tempo mínimo gasto com o serviço, aliados ao fato de o advogado, residente da comarca, ter tido o seu trabalho facilitado pelo acolhimento da preliminar de litispendência, bem como pela desistência da execução pelo credor, não justificariam no entender do juiz sua sujeição aos limites percentuais estabelecidos no **caput** do § 3º. É que a fixação mínima resultaria em honorários de duzentos mil reais. E acrescentou:

'Nem se justificaria, por questão de ética, a aplicação de tão elevada verba honorária em feito que foi totalmente facilitado por causa de uma distração do colega advogado da parte contrária, ao distribuir feito em litispendência' (cf. fls. 53).

Daí a fixação dos honorários em quantia certa: hum mil e quinhentos reais.

A modicidade do **quantum** fixado, considerado o valor da causa, levou a então embargante a apelar para este Tribunal, sem êxito, todavia.

Para a Câmara julgadora, além de ser imperativa a fixação da verba honorária, nos embargos do devedor, em observância ao § 4º e não ao § 3º do art. 20, o magistrado de primeira instância atentou para as peculiaridades da demanda, colocando em prática a chamada apreciação eqüitativa na determinação dos honorários. Ou seja: o acórdão recorrido qualifica de justo o valor arbitrado na sentença apelada, que, por isso, não sofreu qualquer reparo.

O inconformismo, agora com supedâneo nas alíneas **a** e **c** do permissivo constitucional, coloca em relevo a interpretação do art. 20, § 3º, letra **c**, c/c o seu § 4º do CPC. Sustenta, com amparo em doutrina e jurisprudência, que o valor irrisório dos honorários mostra não ter havido a necessária apreciação eqüitativa por parte do juiz, o que significa negativa de vigência à lei federal aqui mencionada.

Em face do art. 125, I, do CPC, também tido por violado, a recorrente reclama do tratamento desigual dispensado a ambas as partes. Enquanto no despacho da inicial de execução a verba honorária foi fixada em percentual sobre o valor executado (10%), por ocasião do julgamento dos embargos foi conferido ao embargante a módica quantia de mil e quinhentos reais, menos de 1% do que receberia o banco-exeqüente no caso de pronto pagamento." (fls. 189/190).

Admitido apenas pela sugerida vulneração ao § 4º, do art. 20 do Código de Processo Civil, o recurso foi respondido, tendo o processo chegado ao meu Gabinete no dia 24 de setembro do corrente ano de 1997 e remetido para pauta em 11 de novembro.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO CESAR ASFOR ROCHA (Relator): 1. O recurso não pode ser conhecido pela pretendida dissensão.

É que não foi observado o disposto no § 2º do art. 255 do RISTJ, apresentando-se falha a comprovação da desinteligência dos julgados, sendo deficiente para evidenciá-la a simples citação de ementa, quando não se trata, como no caso, de notória divergência.

Ademais, a recorrente não procedeu à demonstração analítica das circunstâncias que identifiquem ou assemelhem os casos confrontados, impossibilitando a evidência da moldura fática norteadora das decisões que afirmou discrepantes, pois é imprescindível para a caracterização do dissídio jurisprudencial, por lógico, que os acórdãos ostentadores de díspares conclusões hajam sido proferidos em idênticas hipóteses.

Por fim, cumpre destacar que todos os paradigmas colacionados são anteriores à Lei nº 8.952, de 13/12/94, que deu nova redação ao § 4º do artigo 20, do Código de Processo Civil, fundamento normativo do r. aresto hostilizado.

2. Igualmente não conheço do recurso pela alegada violação ao art. 125, I, do Código de Processo Civil, pois a norma nele inserta não mereceu a mais mínima interpretação por parte do acórdão recorrido, não tendo tido a parte o cuidado de opor, contra eventual omissão, os necessários embargos declaratórios.

Aplicação, pois, dos Verbetes nºs 282 e 356 das Súmulas do Pretório Excelso.

Para que a matéria objeto do apelo nobre reste prequestionada há necessidade tanto que seja levantada pela parte quando da impetração do recurso comum na Corte ordinária, quanto que seja por esta efetivamente debatida ao decidir a apelação.

Ausente o debate, inexistente o prequestionamento, por isso que obstaculizada a via de acesso ao apelo excepcional.

3. Aprecio agora a sugerida vulneração ao § 4º do art. 20 do Código de Processo Civil.

O douto juiz monocrático, ao fixar os honorários em exame, assim pronunciou-se:

> "Apenas no que tange à fixação dos honorários advocatícios, entendo não caber razão à embargada, vez que mesmo se atendendo aos princípios elencados nas alíneas **a**, **b** e **c** do § 3º do art. 20 do CPC, nada há que justifique imposição de tal verba em percentual ao valor da causa.
>
> Exatamente por ser elevado este valor (R$ 2.002.000,00), a fixação mínima pretendida pela embargante resultaria em honorários de R$ 200.000,00, muito acima das circunstâncias exigidas para tanto, ou seja, o grau de zelo do profissional, o lugar da prestação do serviço, a natureza e importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o serviço.
>
> Tendo o serviço sido realizado no local em que atua o advogado, sendo relativamente fácil o trabalho do mesmo (vez que a preliminar foi acolhida), contando com o reconhecimento do pedido do credor, que desistiu da execução, e não demandando muito tempo para a realização dos embargos, se afigura justa a fixação dos honorários nos termos do art. 20, § 4º do CPC.

Nem se justificaria, por questão de ética, a aplicação de tão elevada verba honorária em feito que foi totalmente facilitado por causa de uma distração do colega advogado da parte contrária, ao distribuir feito em litispendência.

Nestas condições, procedentes os Embargos opostos por Irmãos Sacomori Ltda. à execução movida pelo Banco do Brasil S/A, declarando extinto o processo de execução (nº 964/95), devendo ser liberado o bem constritado.

Em face da sucumbência condeno o Embargado no pagamento das custas processuais e em honorários advocatícios fixados em R$ 1.500,00 (mil e quinhentos reais), valendo esta verba para ambos os feitos." (fls. 53).

Verifica-se, assim, que foi pela análise circunstanciada dos aspectos fáticos em que inserida a questão que os honorários foram fixados na quantia certa consignada.

Poder-se-ia por isso dizer que a aferição do acerto ou do equívoco da verba estabelecida importaria em reapreciação dos fatos da causa que levaria ao não conhecimento do recurso especial, em vista do empeço contido no Enunciado nº 7 da Súmula do STJ.

Mas não é bem assim, pois com fincas nessas mesmas premissas factuais, delineadas soberanamente pelas instâncias ordinárias, sem modificá-las em nada, pode-se muito bem aferir se o valor estipulado merece ou não correção, tendo em conta os critérios objetivos contidos nas letras **a**, **b** e **c** do § 3º do art. 20, do Código de Processo Civil, e o dever de ser resultante de uma apreciação eqüitativa, a que o juiz está vinculado, como indicado no § 4º, do referido dispositivo.

Mas isso só pode ser aceito se essa estimativa lançada pelas instâncias ordinárias adstringir-se aos limites do campo da discricionariedade do juiz, isto é, se se traduzir 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, para evitar-se os tantos desvios detectados na prática do dia-a-dia, como anota **Cândido Dinamarco** (**in** "A Reforma do CPC", 1ª ed., Malheiros, nº 38), pois em nome da eqüidade não se pode baratear a sucumbência, nem elevá-la a patamares pinaculares.

Ora, como consabido, pela regra contida no prefalado § 4º, o juiz não estará vinculado, para estipular os honorários, a percentual nenhum (embora não se possa negar que, na prática, o valor da causa sirva pelo menos como um parâmetro para tanto).

Sendo assim, mesmo tendo por imodificáveis as conclusões das instâncias ordinárias, pela soberania com que elas retratam o quadro fático, no que sejam atinentes ao "grau de zelo profissional" ao "lugar da prestação do serviço", e à "natureza e importância da causa, ao trabalho realizado pelo advogado e ao tempo exigido para o seu serviço",

não estou impedido de lançar juízo sobre o acerto ou desacerto da "apreciação eqüitativa do juiz" como aqui requerido pelo recorrente.

E ao fazê-lo, percebo que o valor fixado é aviltante, relativamente a tudo quanto foi considerado, pois correspondente a um percentual inferior a 0,1% do valor em litígio.

Com efeito, e atento a que o § 4º do art. 20 do Código de Processo Civil, aplicável à hipótese, impõe que os honorários sejam fixados consoante apreciação eqüitativa do juiz, tenho por razoável elevá-los para R$ 20.000,00 (vinte mil reais).

Diante de tais pressupostos, dou parcial provimento ao recurso apenas para fixar os honorários advocatícios no valor acima indicado de R$ 20.000,00 (vinte mil reais).

VOTO — VOGAL

O SR. MINISTRO RUY ROSADO DE AGUIAR: Sr. Presidente, aceitos os fatos, assim como postos na instância ordinária, pode ser na via especial examinada a concordância daqueles pressupostos com a conclusão, com vistas a estabelecer se há ou não um juízo eqüitativo. Poderá ser somente discricionário.

Acompanho o Eminente Relator.

VOTO

O SR. MINISTRO SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA: Por diversas vezes esta Turma e este Tribunal têm enfatizado que, em se tratando de **quantum** da verba honorária, não se deve adentrar ao seu exame no âmbito do recurso especial, porque seria apreciar aspectos fáticos da causa, o que é inviável na via do especial.

O Sr. Ministro-Relator, no entanto, arrimando-se na sua experiência adquirida no exercício da advocacia, e também na sua sensibilidade de juiz, traz ao caso, ora em julgamento, fundamentação que me parece significativamente relevante.

Acompanho a solução encontrada por S. Exa., a demonstrar ser possível, no âmbito do recurso especial modificar o **quantum** dos honorários fixados nas instâncias ordinárias, desde que tal julgamento se faça baseando-se nos parâmetros da lei e nos pontos fixados por aquelas instâncias em relação a tais parâmetros.

Não bastasse tal colocação de caráter científico, que o em. Relator traz à consideração, vejo também que S. Exa. foi igualmente feliz ao encontrar valor compatível com as circunstâncias da causa. Em demanda ajuizada por evidente infelicidade, deu-se, como valor de honorários, um **quantum** aviltante.

Por outro lado não seria razoável que, em face das circunstâncias já apontadas, fossem fixados honorários em quantia elevada, por mais respeitáveis e admirados que sejam os profissionais a atuar.

S. Exa. ao fixar o valor em R$ 20.000,00 (vinte mil reais), em uma

execução que se fazia pelo valor de R$ 2.002.000,00 (dois milhões e dois mil reais), encontrou, a meu juízo, solução que se ajusta à doutrina da "lógica razoável", aliás, citada por S. Exa.

Acompanho.

VOTO

O SR. MINISTRO BARROS MONTEIRO: Srs. Ministros, também acompanho o Sr. Ministro-Relator, considerando que, no caso, não se trata de apreciação de matéria de fato, circunstância que inclusive esbarraria no enunciado da Súmula 389 do Supremo Tribunal Federal. Trata-se, sim, de questão de direito, envolvendo a exata aplicação do art. 20, § 4º, do CPC. Acrescente-se que a fixação dos honorários, nesta instância excepcional se atém, necessariamente aos parâmetros, à situação fática exposta nas instâncias ordinárias. Tem-se decidido nesta Corte que nos casos de fixação de honorários de maneira aviltante ou ínfima, a controvérsia envolve matéria de direito, na forma referida. Daí porque, estando de acordo com o montante proposto pelo Eminente Ministro-Relator, meu voto acompanha o seu pronunciamento.

Conheço do recurso e lhe dou provimento parcial.

RECURSO ESPECIAL Nº 147.944 — SP

(Registro nº 97.0064406-5)

Relator: *O Sr. Ministro Cesar Asfor Rocha*

Recorrentes: *Cory Porto Fernandes e cônjuge*

Recorridos: *Juliano Lorenzetti e outros*

Advogados: *Drs. Cândido da Silva Dinamarco e outros, e Luiz Carlos Bettiol e outros*

EMENTA: ***Processual Civil. Possessória. Ação dúplice. Perdas e danos.*** *Tantum devolutum quantum apellatum.*

O pedido de perdas e danos reclamados pelo réu de ação possessória dispensa a reconvenção, conforme o disposto no art. 922 do Código de Processo Civil.

Todavia, essa ampliação subjetiva só pode ocorrer — em tese, e ainda assim dependendo das peculiaridades de cada caso — ou quando o integrante novo trazido na contra-ação formar um litisconsórcio com o autor da demanda inicial, ou quando os direitos

ou as obrigações em causa derivarem do mesmo fundamento de fato ou de direito.

Hipótese em que se pretendeu incluir na contra-ação terceiros que nem foram autores nem figuravam no contrato de arrendamento na base do qual foi proposto o interdito proibitório, envolvendo posse de área não cogitada na ação inicial, pois decorrente de um outro contrato, firmado por arrendatários diferentes.

O princípio tantum devolutum quantum apellatum **não pode ser aceito a ponto de que se permita a supressão de instância.**

Recurso não conhecido.

ACÓRDÃO

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

Brasília, 18 de dezembro de 1997 (data do julgamento).

Ministro BARROS MONTEIRO, Presidente. Ministro CESAR ASFOR ROCHA, Relator.

Publicado no DJ de 16-03-98.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO CESAR ASFOR ROCHA: Em 23 de outubro de 1962, Terezinha Guerra Melão Fernandes, ora recorrente juntamente com seu marido Cory Porto Fernandes, então ainda solteira, firmou pessoalmente, juntamente com o seu irmão José Álvaro Melão e sua mulher, um contrato de arrendamento com Luiz Zillo e outras oito pessoas, ora alguns dos recorridos, tendo sido arrendados 122 alqueires aqui cogitados.

Vencido o contrato em 10 de dezembro de 1967, foi pactuado um novo contrato de arrendamento com os referidos arrendantes, já aí figurando José Álvaro Melão, que assinou por si e por sua irmã Terezinha, como arrendatários, pois ele seria o administrador do condomínio existente entre ele e sua irmã.

Em 11 de julho de 1969, os arrendatários, com receio de serem esbulhados em sua posse, por Cory e Terezinha, ora recorrentes, promoveram contra eles uma ação de interdito proibitório.

Em face da duplicidade dessa ação possessória, os réus, ora recorrentes Cory e Terezinha, ao contestarem, argüiram de ilegítima a posse dos autores, e dado a duplicidade da ação, nos termos do art. 922 do Código de Processo Civil, postularam a sua reintegração na posse

além das perdas e danos correspondentes à colheita da última safra subseqüente ao vencimento do contrato.

Pleitearam, ademais, perdas e danos relativamente a uma outra gleba de 205 alqueires, também situada dentro da "Fazenda Jurema", acerca da qual fora celebrado um outro contrato de arrendamento em que foram arrendatários os autores e mais Pedro Natálio Lorenzetti e Antônio Avelino Lorenzetti.

Ao serem citados sobre esse pleito, os autores, ora recorridos, pediram a sua exclusão da lide, pretensão essa deferida pelo despacho saneador de fls. 603/606, do que o casal recorrente ingressou com agravo no auto do processo (fls. 618/625).

O juiz processante os afastou "por evidente serem ambos partes ilegítimas, não podendo ser inseridos em uma lide que não lhes diz respeito". E mais:

> "É que a presente lide está assente tão-somente na relação de direito material emanada do contrato de arrendamento de fls. 13/16, pelo qual os autores arrendaram 122 alqueires de terras da Fazenda Jurema, sendo inadmissível ampliá-la, pela vontade unilateral de dois réus, para também alcançar a relação de direito material emanada do contrato de fls. 124 a 128, pertinente ao arrendamento de 205 alqueires de terras da mesma Fazenda, mas feito com outro grupo econômico.
>
> Com efeito, basta um cotejo dos nomes figurantes em ambos os contratos para se concluir que se trata de grupos econômicos diferentes, havendo nomes que não são comuns a ambos os contratos, o que, aliás, está bem explicitado à fl. 172.
>
> E se assim é, se duas são as relações de direito material, se as partes num e noutro contrato são diferentes, não se compreende como se possa forçar um dos grupos a integrar a lide, como 'litisconsortes necessários' (**sic** — fl. 332), numa ação de interdito proibitório, em que não alegaram eles a situação mencionada no art. 377, do C.P.C." (fls. 603/604).

Assim excluída a gleba de 205 alqueires, a sentença (fls. 1.730/1.753) julgou extinta, com relação à área de 122 alqueires, a ação de interdito proibitório e o pedido de reintegração de posse formulado pelo casal proprietário, ora recorrente, uma vez que o imóvel já lhes havia sido devolvido.

Já o pedido de perdas e danos foi desacolhido "sob o fundamento de que os apelantes não teriam demonstrado, durante a instrução, a existência de qualquer prejuízo, circunstância que, no seu entender, o dispensaria de examinar as questões atinentes à existência de eventual ato ilícito e da correspondente responsabilidade civil" (fls. 1.902/1.903).

Em apelação, o casal proprietário reiterou o agravo retido de fls. 618/625, tirado contra a decisão de

fls. 603/606, que afastara o pedido de perdas e danos concernentes à gleba de 205 alqueires, aduzindo que as duas glebas, conquanto distintas e objeto de contratos diversos, envolviam praticamente as mesmas pessoas, e haveria evidente conexidade entre o interdito proibitório, relativo ao imóvel de 122 alqueires, e os fatos referentes ao outro imóvel, sobretudo porque teriam sido utilizados os mesmos expedientes fraudulentos para a obtenção do que entendeu como indevida prorrogação contratual. Assim, em face da natureza dúplice das ações possessórias, nada obstaria que os réus reclamassem perdas e danos referentes à outra gleba da Fazenda Jurema, pois que a ampliação da lide seria perfeitamente admissível nos casos de reconvenção e, via de conseqüência, também cabível nas possessórias. Além disso, a decisão hostilizada estaria a contrariar o princípio da economia processual, já que se deve extrair do processo o máximo proveito útil.

Ademais, postulou-se na apelação o julgamento completo da área referente aos 122 alqueires, em razão do consagrado princípio **tantum devolutum quantum apellatum**.

O agravo retido foi desprovido, "à consideração de que o interdito proibitório disse respeito apenas à gleba de 122 alqueires, objeto de contrato distinto, pelo que não se revelaria possível a discussão sobre perdas e danos referentes a contratos e áreas diversas, sequer tratados na prefacial da ação possessória em tela" (fls. 1.907).

Quanto ao mérito, a apelação foi parcialmente provida para o fim de determinar o retorno dos autos ao juízo de origem, "a fim de que todas as questões concernentes à responsabilidade sejam integralmente apreciadas em novo julgamento" (fls. 1.913), pois não seria possível apreciá-las naquele instante, sob pena de se suprimir uma instância.

Os aclaratórios foram rejeitados, daí o recurso especial em exame lançado com base na alínea **a** do permissor constitucional por alegada violação aos arts. 46, II, e 315 do Código de Processo Civil, porque possível seria a ampliação subjetiva e objetiva do processo por meio de contestação em ação dúplice; e ao art. 515, também do Código de Processo Civil, porque o eg. Tribunal **a quo** deveria ter julgado logo toda a causa com relação aos 122 alqueires.

Devidamente respondido, o recurso foi inadmitido na origem, tendo o seu seguimento sido desobstruído em face do provimento que dei ao agravo de instrumento, para melhor exame.

Exponho, por fim, que enquanto foi processado o agravo de instrumento, o feito foi remetido ao juízo de origem, oportunidade em que, antes de o processo ser remetido a esta Corte, foi julgado extinto o interdito proibitório e improcedente o pedido indenizatório (fls. 1.965/1.970), tendo sido interposta apelação que já foi respondida.

Ao aqui chegar, após pedido de vista, o processo retornou ao meu Gabinete no dia 27 de novembro do

corrente ano de 1997, sendo indicado para pauta no dia 1º do mês seguinte.

Era o de relevante a relatar.

VOTO

O SR. MINISTRO CESAR ASFOR ROCHA (Relator): 1. Conforme destacam os recorrentes, "duas são as questões objeto deste recurso especial: (a) ampliação subjetiva e objetiva do processo por meio de contestação em ação dúplice (analisada em sede de agravo retido) e (b) devolução do mérito no julgamento da apelação" (fls. 1.926).

2. Começo a analisar a primeira delas, em que os recorrentes dão por violados os arts. 46, II, e 315 do Código de Processo Civil.

Como se viu, a ação de interdito proibitório foi proposta por Luiz Zilo, Antônio Zilo, Paulo Zilo, João Zilo, Mário Zilo, Nardy Zilo, Antônio Lorenzetti Filho, José Antônio Lorenzetti e Juliano Lorenzetti, tendo por objeto uma área de 122 alqueires a que se reporta o contrato de arrendamento de fls. 13/16.

Em face da duplicidade da ação possessória, os réus/recorrentes, além de contestarem, pediram a sua reintegração em referida gleba, além das perdas e danos correspondentes à colheita da última safra subseqüente ao vencimento do contrato.

Pleitearam, ademais, perdas e danos relativamente a uma outra gleba de 205 alqueires, também situada dentro da "Fazenda Jurema", acerca da qual fora celebrado um outro contrato de arrendamento (fls. 124/128), desta vez figurando como arrendatários os autores e mais Pedro Natálio Lorenzetti e Antônio Avelino Lorenzetti.

O despacho saneador, confirmado pelo v. aresto hostilizado, excluiu do objeto do processo a gleba de 205 alqueires, ocupada pelos autores e mais os referidos Pedro Natálio Lorenzetti e Antônio Avelino Lorenzetti, tendo sido estes, por decorrência, afastados do feito.

Isso se deu, tanto por não se admitir, na ação dúplice, a extensão subjetiva da lide a quem não é parte no processo, quanto também por não se aceitar a extensão objetiva, visto que seriam duas as relações de direito material, decorrentes de dois distintos contratos, uma referente à gleba de 122 alqueires (contrato de fls. 13/16), e outra atinente à gleba de 205 alqueires (fls. 124/128).

Alegam os recorrentes que, tanto quanto nos casos em que se admite reconvenção, as denominadas ações dúplices são o meio processual pelo qual o réu traz para o processo uma nova demanda, em função da conexidade existente com aquela movida pelos autores, e que, no caso, a conexidade seria evidente, pelo que seria possível a ampliação subjetiva da relação processual.

Não tenho nenhuma dúvida de que é possível e até recomendável "a ampliação subjetiva da relação processual, mediante reconvenção que lhe traga sujeitos antes estra-

nhos a ela", uma vez que tudo quanto for "possível deve ser feito para extrair do processo o máximo proveito útil", como destacam os recorrentes.

Todavia, essa ampliação subjetiva, em tese, e dependendo das peculiaridades de cada caso, só pode ocorrer ou quando o integrante novo trazido na contra-ação formar, com o autor da demanda inicial, um litisconsórcio necessário, ou quando os direitos ou as obrigações em causa derivarem do mesmo fundamento de fato ou de direito.

Assim, por exemplo, se a ação tivesse sido proposta por apenas quatro dos nove arrendatários da gleba de 122 alqueires, lícito seria aos réus/recorrentes ampliar subjetivamente essa relação processual, para incluir os cinco arrendatários faltantes, na contra-ação por eles proposta em que veiculados pedidos de reintegração e de perdas e danos.

Igualmente não tenho nenhuma dúvida quanto à possibilidade e de ser também até recomendável a ampliação objetiva da relação processual, mediante reconvenção que alargue o objeto da ação inicial, o que ocorreria, por exemplo, se os autores tivessem promovido a ação, com base no contrato de arrendamento, mas apenas no atinente a 100 alqueires, pelo que seria lícito aos réus/recorrentes ampliar objetivamente essa relação processual, para incluir os 22 alqueires faltantes, na contra-ação por eles proposta de reintegração e de perdas e danos.

Todavia, impossível é incluir na reconvenção terceiros que nem foram autores nem figuravam no contrato na base do qual foi proposto o interdito proibitório, sobretudo quando essa pretensão, como no caso, envolve posse de área não cogitada na mesma possessória e decorrente de um outro contrato, e, ademais, firmado por arrendatários diferentes.

Observo que não é porque essas áreas sejam vizinhas nem porque sobre os dois contratos de arrendamento seja lançada dúvida de falsificação, que se deve chegar, necessariamente, sobre essas duas realidades, à mesma conclusão.

Vale dizer: em tese, pode-se concluir que o contrato de arrendamento de 122 alqueires seja nulo, e o de 205 não o seja; que a posse referente àquela área seja injusta, e a atinente à essa não o seja; que haja prejuízo, com relação àquela área, a ser reparado, e não haja quanto à essa outra. Nem por isso as decisões seriam conflitantes, pois são realidades diversificadas e independentes que podem, assim, levar a conclusões distintas.

Assim, não conheço do recurso, pelo primeiro ponto nele veiculado.

3. Examino o segundo tópico do recurso em que se alega violação ao art. 515 do Código de Processo Civil, porque o eg. Tribunal **a quo** deveria ter julgado logo toda a causa com relação aos 122 alqueires.

A douta sentença monocrática julgou improcedente o pedido de perdas e danos por não haver prova cabal de que os réus/recorrentes tivessem sofrido prejuízo. E por assim entender, achou despiciente apreciar se ocorreu ou não a alega-

da falsificação do contrato de arrendamento, bem como se a posse dos recorridos era ou não justa.

O r. aresto guerreado, contudo, reformou a sentença, nesse ponto, devolvendo o processo à origem para apreciar se houve ou não conduta ilícita, falsidade material, posse ilegítima, nexo causal, etc., pois somente depois do exame desses fatos é que se poderia saber se houve ou não prejuízo.

Os recorrentes entendem que pela regra inserta no art. 515 do Código de Processo Civil (**tantum devolutum quantum apellatum**) o eg. Tribunal **a quo** não deveria ter devolvido o processo à origem, mas já julgado definitivamente todo o mérito com relação aos 122 alqueires.

Data venia, sem razão os recorrentes também nesse ponto.

Para tanto, nada mais precisa ser acrescentado aos judiciosos fundamentos expostos no v. acórdão hostilizado, nesse tópico, que se ajustam à jurisprudência desta Corte, a saber:

> "Entendo, em suma que teria se operado verdadeira inversão na estrutura lógica da sentença, na medida em que seu prolator considerou a aferição do prejuízo como questão subordinante, quando este elemento, segundo tenho, seria apenas o corolário da responsabilidade civil. Se inexistentes os fatos geradores da responsabilidade (conduta ilícita, falsidade material, posse ilegítima, nexo causal, etc.), não se cogitaria, então, da apreciação da questão atinente aos prejuízos. Tais fatos, considerados preliminares, dependeriam de obrigatório exame na sentença, inclusive para ensejar às partes o direito à revisão, em face do princípio do duplo grau de jurisdição.
>
> Prosseguindo nessa linha de argumentação, afigura-se-me inaceitável a tese de que o juízo **ad quem** estaria legitimado a exercer a cognição daquelas questões, uma vez que essa interpretação extensiva não estaria albergada na dicção do parágrafo primeiro do art. 515. Não se pode olvidar, a propósito, que 'A norma contida no art. 515, § 1º, do CPC não autoriza o tribunal a inobservar o princípio do duplo grau de jurisdição', como já decidiu o E. Superior Tribunal de Justiça, em acórdão relatado pelo eminente Ministro Sálvio de Figueiredo, consoante anotado pelo insigne **Theotonio Negrão** ('C.P.C.L.P.V.', Saraiva, 26ª ed., pág. 408, nota 7a, ao art. 515)." (fls. 1.912/1.913).

Nesse mesmo sentido o decidido pela eg. Primeira Turma, sob a minha condução, no REsp nº 32.258-7/RJ.

4. Cumpre-me anotar, apenas para conforto, que, pelo aspecto prático, o recurso, neste ponto, já perdeu um pouco de relevo uma vez que, no que seja atinente aos 122 alqueires, a questão já foi julgada em primeira instância, tal como or-

denado pela v. decisão ora atacada, durante o período em que teve processamento o agravo de instrumento lançado contra o **decisum** que negara seguimento a este recurso especial.

5. Diante de tais pressupostos, não conheço do recurso.