Jurisprudência da Quarta Turma

RECURSO ESPECIAL N. 1.073.340-PB (2008/0150370-0)

Relator: Ministro Luis Felipe Salomão
Recorrente: Hélio Empreendimentos Imobiliários e Construção Ltda
Advogado: Danyel de Sousa Oliveira e outro(s)
Recorrido: José Carlos Bastos Sales
Advogado: Manoel Félix Neto e outro(s)

EMENTA

Civil e Processo Civil. Contrato de promessa de compra e venda de imóvel. Débitos de IPTU. Impossibilidade de transcrição dos bens.

1. O Tribunal *a quo* manifestou-se acerca de todas as questões relevantes para a solução da controvérsia, tal como lhe fora posta e submetida. Não cabe alegação de violação do artigo 535 do CPC, quando a Corte de origem aprecia a questão de maneira fundamentada, apenas não adotando a tese da recorrente. Precedentes.

2. A inconformidade dos ora recorrentes quanto à alegada impossibilidade de anulação do negócio jurídico, em face da existência de garantia das despesas por intermédio de nota promissória, depende do exame do conjunto fático-probatório dos autos. Incidência das Súmulas n. 5 e 7 do STJ.

3. O contrato foi firmado em 27.03.2002, por isso aplica-se, quanto à sua formação, o Código Civil de 1916 (art. 2.035 CC/2002). Todavia, como o Tribunal de origem afastou a aplicação do instituto da lesão, não houve violação à regra intertemporal do novo Código Civil.

Recurso especial não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Fernando Gonçalves, Aldir Passarinho Junior e João Otávio de Noronha votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Carlos Fernando Mathias (Juiz Federal convocado do TRF 1ª Região).

Brasília (DF), 24 de março de 2009 (data do julgamento).

Ministro Luis Felipe Salomão, Relator

DJe 30.03.2009

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Luis Felipe Salomão: 1. Trata-se, na origem, de ação objetivando rescisão contratual e indenização por danos patrimoniais e morais, ajuizada por José Carlos Bastos Sales em face de Hélio Empreendimentos Imobiliários e Construção Ltda.

Informa o autor que adquiriu da empresa ré, em 27.03.2002, mediante contrato particular de compra e venda, as salas n. 303 e 304, situadas no Edifício Lagoa Center, Parque Sólon de Lucena, n. 530, João Pessoa-PB. O preço ajustado pelas partes foi de R$ 115.000,00 (cento e quinze mil reais), sendo que autor pagou R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) e comprometeu-se transferir à ré três terrenos de sua propriedade, avaliados, conjuntamente, em 65.000,00 (sessenta e cinco mil reais).

Ocorreu que, segundo afirma o autor, embora tenha o réu se comprometido a lhe repassar os bens livres e desembaraçados, não o fez. Ao tentar realizar a transferência do imóvel mediante escritura, tendo inclusive adiantado o pagamento de 1.000,00 (um mil reais) à título de despesas de transcrição, o autor foi informado pelo Cartório de Registro de Imóveis que não poderia fazê-lo, pois existiam débitos de IPTU referentes aos imóveis.

A sentença julgou parcialmente procedente o pedido principal, sob o argumento de que houve vício de consentimento quando da formação do contrato. Declarou, por conseguinte, a anulação do contrato e determinou o retorno das partes ao *status quo ante,* devendo a ré devolver a quantia de R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), e as demais despesas materiais realizadas na tentativa de efetivar a transcrição dos imóveis, as quais deverão ser apuradas em liquidação de sentença, acrescidas de correção monetária e juros de mora, na base de 1% ao mês, a partir da citação (fls. 210/215). Condenou o réu, também, no pagamento das custas e despesas processuais, bem como honorários advocatícios, fixados em 10% sobre o valor da condenação.

As partes apelaram (fls. 219/224 e 227/236).

O Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba negou provimento a ambos os recursos, restando o acórdão assim ementado:

Contrato de compromisso de compra e venda. Salas comerciais. Impossibilidade de transcrição de bens. Débito decorrente de IPTU em atraso. Anulação do contrato, danos morais e materiais. Pedido parcialmente procedente. 01 apelo. Dano moral. Não ocorrência. Prejuízo de ordem material. Danos materiais. Pleito de ressarcimento do IPTU pago. Sentença que já determinou tal. Falta de interesse. Não conhecimento. Multa contratual pelo inadimplemento. Não cabimento. Hipótese de anulação do contrato. Honorários advocatícios. Redução. Impossibilidade. Fixação adequada. 02 apelo: falta de dolo. Argumentação desfundamentada. Omissão quanto a débitos de IPTU relativos aos bens objetos dos contratos. Lesão. Pleito de afastamento. Irrelevância. Contrato já viciado pelo dolo. Anulação já operante. Inadimplemento contratual que acarreta perdas e danos. Dolo de um dos contratantes. Hipótese de anulação do negócio. Desprovimento de ambos os recursos.

- A não consumação do negócio trouxe prejuízos apenas de natureza material ao recorrente, não chegando a atingir a sua esfera moral, pelo que não é devida indenização em danos morais.

- Falece interesse de recorrer aos apelante quando pleiteia o ressarcimento de danos materiais que já foi determinado pelo juízo *a quo*.

- A multa contratual de 5% do valor do contrato só seria devida na hipótese de resolução da avença por um dos contratantes e não na de anulação do contrato, pois, neste caso, não mais subsistem nenhuma das cláusulas contratuais, inclusive a que previa o pagamento de multa por desistência de uma das partes.

- Observando corretamente o magistrado, na fixação dos honorários advocatícios, o grau de zelo do profissional, o lugar da prestação de serviço, a natureza e importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço, não há que se modificar o *quantum* por ele fixado.

- O comportamento do apelante, em omitir do apelado, quando da realização do contrato, as dívidas de IPTU que recaíam sobre os imóveis objetos do contrato, configura o dolo, viciando este e comprometendo sua validade, posto que, caso a recorrida soubesse dos débitos em testilha, não teria realizado o negócio, ao menos do modo como foi celebrado.

- É irrelevante os argumentos do recorrente para desconstituir o instituto da lesão, reconhecido pelo juiz *a quo* no caso em comento, quando o negócio já padece de vício de dolo, capaz, por si só, de dar ensejo a sua anulação.

- Tendo havido dolo de um dos contratantes, a hipótese é de que anulação de contrato e não de inadimplemento. (fls. 281/285)

Opostos embargos de declaração por ambas as partes (fls. 287/290 e 293/297), foram rejeitados (fls. 301/303).

Inconformado, o réu interpôs recurso especial, com fundamento na alínea **a** do permissivo constitucional, alegando violação ao art. 535, II, do CPC, tendo em vista que o Tribunal de origem não apreciou as omissões arguidas: a) tendo sido informada das pendências fiscais das salas negociadas, a ré emitiu nota promissória em favor do recorrido no valor de R$ 40.000,00 (quarenta mil reais), como garantia de todas as despesas para regularização das salas, motivo pelo qual, tendo sido exigido o pagamento desta cártula por meio da ação de execução n. 200.2003.001.681-6, teria se constituído uma espécie de cláusula penal da avença; b) eventual inadimplemento do recorrente resultaria em cobrança do título e não anulação ou rescisão do contrato celebrado. Sustentou, ainda, violação ao art. 2.035 do CC/2002, pois inaplicáveis os dispositivos do Código Civil de 2002, tendo em vista que o contrato é regido pelo Código Civil de 1916.

Contra-razões às fls. 321/329.

Admitido o recurso especial pelo Tribunal *a quo* (fls. 335/336), subiram os autos a esta Corte.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Luis Felipe Salomão (Relator): 2. Primeiramente, cabe ressaltar que o acórdão recorrido não possui vício a ser sanado por meio de embargos de declaração, uma vez que o Tribunal de origem se manifestou acerca de todas as questões relevantes para a solução da controvérsia, tal como lhe foram postas e submetidas.

Ademais, não cabe alegação de violação ao artigo 535 do CPC, quando a Corte de origem aprecia a questão de maneira fundamentada, apenas não adotando a tese da recorrente (AgRg no Ag n. 685.087-RS, Rel. Min. Jorge Scartezzini, julgado em 25.10.2005; EDcl em REsp n. 561.372-MG, Rel. Min. Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 16.03.2004, DJ 28.06.2004, p.276).

3. No tocante à anulação do negócio jurídico, o Tribunal de origem assim se manifestou:

> Primeiramente, entendo presente o dolo por parte do ora recorrente no caso em disceptação.
>
> De fato, extrai-se dos autos que foi firmado contrato de compromisso de compra e venda entre José Carlos Bastos Sales e Hélio Empreendimentos Imobiliários e Construção Ltda, tendo como objeto duas salas comerciais, as quais foram narradas

por este, proprietário das mesmas, como livre e desembaraçadas de quaisquer ônus, impostos, taxas, condomínio e demais tributações.

Não obstante, após firmado o negócio não foi possível a transcrição dos referidos bens por parte do comprador, haja vista a existência de débitos decorrentes de IPTU em atraso para com a Fazenda Pública.

Infere-se, portanto, que o comportamento do ora apelante, em omitir do apelado, quando da realização do contrato, as dívidas de IPTU que recaíam sobre os imóveis, configura o dolo, viciando a avença em epígrafe e comprometendo sua validade, posto que, como bem salientado pelo juiz *a quo*, caso o recorrido soubesse dos débitos em testilha, não teria realizado o negócio, ao menos do modo como foi celebrado.

Assim, constatado o dolo, impunha realmente a anulação do contrato, com retorno das partes do *status quo ante*, como bem procedeu o magistrado de primeira instância.

(...).

Finalmente, quanto à alegação de que o inadimplemento contratual não acarreta a anulação do contrato, mas sim a condenação de perdas e danos, impõe-se dizer que a referida anulação não ser por inadimplemento do contrato como afirmou o apelante, mas por ter este agido com dolo quando da realização do negócio em tela, comprometendo sua validade. (fl. 284)

Assim, para examinar as assertivas do ora recorrente em relação à alegada garantia das despesas do recorrido com a regularização das salas por intermédio de nota promissória, objeto da Ação de Execução n. 200.2003.001.681-6, é necessário incursão no conjunto probatório dos autos. Incide, portanto, na espécie, as Súmulas n. 5 e n. 7-STJ.

De outra parte, bem é de ver que o recorrente não apontou nenhum dispositivo legal supostamente violado, o que atrai a incidência da Súmula n. 282 e n. 356, ambas do STF.

4. Por fim, tendo sido firmado o contrato em 27.03.2002, ou seja, no período de *vacatio legis* do novo Código Civil, aplica-se, quanto à sua formação, o Código Civil de 1916 (art. 2.035 do CC/2002).

Contudo, embora o Juízo de primeira instância tenha baseado a sentença na existência de dolo e de lesão, padecendo o negócio jurídico unicamente de vício de dolo, em conformidade com o art. 92 do CC/1916, anulável o contrato.

Nesses termos esclareceu o acórdão recorrido:

> Em relação aos argumentos do recorrente para desconstituir o instituto da lesão, reconhecido pelo juiz *a quo* no caso em comento, tenho-os por irrelevantes, pois o negócio já padece de vício do dolo, como visto acima, o qual é capaz, por si só, de dar ensejo à sua anulação, como de fato foi feito. (fl. 284)

Verifica-se, portanto, que o Tribunal de origem afastou a aplicação do instituto da lesão, não havendo, no caso, qualquer violação à regra intertemporal do novo Código Civil.

5. Ante o exposto, não conheço do recurso especial.

RECURSO ESPECIAL N. 1.078.057-MG (2008/0168389-1)

Relator: Ministro João Otávio de Noronha
Recorrente: Carlos Alberto de Sousa Costa
Advogado: Cimon Hendrigo Burmann de Souza e outro(s)
Recorrido: Adriana Martins Pinheiro e outro
Advogado: Alípio Fonseca e outro(s)
Interes. : Hospital São Bento
Advogado: Francisco Gaudereto e outro(s)

EMENTA

> Direito Civil. Responsabilidade civil. Erro médico. Princípio do livre convencimento motivado. Artigo 131 do Código Civil.
>
> 1. O sistema processual civil abraça o princípio do livre convencimento motivado, que, inclusive está positivado no artigo 131 do Código de Processo Civil, impondo ao julgador a indicação dos motivos de suas conclusões.
>
> Na hipótese em que a ação proposta tem sustentação na existência de erro médico, uma vez que realizada perícia, deve o julgador indicar os motivos pelos quais resolve concluir pela obrigação de indenizar, tomando posição oposta às conclusões do perito, mormente quando outras provas não existem nos autos.
>
> 2. A responsabilidade do médico pressupõe o estabelecimento do nexo causal entre causa e efeito da alegada falta médica, tendo em vista que, embora se trate de responsabilidade contratual - cuja

obrigação gerada é de meio -, é subjetiva, devendo ser comprovada ainda a culpa do profissional.

3. Recurso especial provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer do recurso especial e dar-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Luis Felipe Salomão, Carlos Fernando Mathias (Juiz Federal convocado do TRF 1ª Região), Fernando Gonçalves e Aldir Passarinho Junior votaram com o Sr. Ministro Relator.

Dr(a). Cimon Hendrigo Burmann de Souza, pela parte recorrente: Carlos Alberto de Sousa Costa.

Brasília (DF), 10 de fevereiro de 2009 (data do julgamento).

Ministro João Otávio de Noronha, Relator

DJe 26.02.2009

RELATÓRIO

O Sr. Ministro João Otávio de Noronha: Tratam os autos de ação indenizatória proposta por Adriana Martins Pinheiro em desfavor de Carlos Alberto de Souza Costa e Hospital São Bento.

Pediu a autora indenização a título de danos morais e materiais, afirmando o seguinte: estava no final de gravidez quando começou a sentir dores. Foi, então, em busca de auxílio no Hospital São Bento (2º requerido). Lá chegando, foi atendida pelo 1º requerido, médico que prestava atendimento naquele momento e que também era seu obstetra. Ele examinou a autora e concluiu que o trabalho de parto ainda não havia iniciado. Todavia, à noite, como as dores não passavam, a autora retornou ao hospital e foi internada. Por volta das 00:15 do dia seguinte, deu à luz um menino e, no parto, foi assistida apenas por uma enfermeira. Sustenta que, por traumatismos ocorridos no parto, a criança ficou com paralisia cerebral, levando vida vegetativa.

Feita perícia, o médico perito não pôde atestar que a patologia apresentada pelo filho da autora era conseqüência da negligência do médico requerido. Aliás, a perícia foi clara quanto à ausência de negligência. Nada obstante, o MM. Juiz julgou a ação procedente, condenando os requeridos ao pagamento das indenizações pleiteadas.

Os réus apelaram, e o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais manteve a decisão em acórdão assim ementado:

> Ementa: Indenização. Dano moral. Hospital. Atendimento inadequado. Período provável do parto. Gravidez normal parte sem a supervisão do médico. Recém nascido. Seqüelas celebrais. Imposição do dever indenizatório. *Quantum* indenizatório. Critérios de fixação.
>
> O hospital em que ocorreu o fato é parte legítima para figurar no pólo passivo da ação de indenização pelos danos causados ao recém nascido.
>
> O médico que não acompanha toda a evolução do trabalho de parto, sendo o mesmo executado somente como auxílio de uma enfermeira, sem sua supervisão, sob o argumento de carência de recursos humanos, responde pelos fatos em face da culpa presumida.
>
> O *quantum* indenizatório revela-se condizente com as circunstâncias fático-jurídicas, com os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, com a teoria do desestímulo.
>
> Preliminar rejeitada e apelação não provida.

Então, os dois réus, que, até então eram patrocinados pelo mesmo advogado, fazendo uso de peças processuais comuns, aviaram recursos especiais distintos, sendo que Carlos Alberto de Sousa Costa nomeou outro procurador.

Os recursos foram inadmitidos por decisão de fls. 427/429.

Ante o provimento do Agravo de Instrumento de n. 963.333-MG, interposto por Carlos Alberto de Sousa Costa, os autos vieram a esta Corte.

Quanto ao recurso especial aviado pelo Hospital São Bento, nada há nos autos que indique eventual interposição de agravo. A única certidão, que se encontra à fl. 453, afirma que foi interposto agravo de instrumento no STJ, mas não especifica de qual das partes. Tampouco há informações acerca de eventual trânsito em julgado do acórdão em relação ao hospital.

O recurso especial de Carlos Alberto está embasado na vulneração das disposições dos artigos 331, I e II, c.c. o art. 131, ambos do Código de Processo Civil; dos artigos 186 e 951 do Código Civil, além das disposições do artigo 14, incisos I e II, do Código de Defesa do Consumidor.

Afirma o recorrente que houve contrariedade a uma norma de natureza processual referente ao ônus probatório. Sustenta ainda a inexistência de obrigação de reparar eventual dano em razão de que o ato praticado não estava revestido de ilicitude, bem como que inexiste nexo de causalidade entre a conduta afirmada e o dano que a autora afirma ter sofrido. Por fim, indica divergência

de entendimento jurisprudencial entre o acórdão recorrido e julgados de outros Tribunais de Justiça.

O recurso foi devidamente contra-arrazoado.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro João Otávio de Noronha (Relator): Os autos encerram mais um caso de reparação civil por erro médico, assunto que tem sido palpitante nos Tribunais pátrios.

A recorrida, à época dos fatos, morava em Novo Cruzeiro-MG, cidade pequena do interior de Minas Gerais, que tinha apenas um hospital e que, no dia em que os fatos se sucederam, contava apenas com um médico de plantão, o recorrente. Narra que estava grávida, já com nove meses, e que começou a sentir dores no abdômen, razão pela qual procurou o recorrente no referido hospital (que também é parte requerida no presente feito).

Então, ele a examinou e, afirmando que ela ainda não estava em trabalho de parto, encaminhou-a de volta à sua casa para que lá aguardasse a evolução do seu quadro. Todavia, informa a recorrida, as dores não cessaram, pelo que retornou ao hospital, tendo sido internada por volta das 20:40 horas em virtude de apresentar dilatação do colo uterino.

Por volta das 00:15 do dia seguinte, deu à luz um menino, ocasião em que foi assistida apenas por uma enfermeira porque, nesse exato momento, o médico – ora recorrente – estava terminando uma cesariana – fato este incontroverso. A criança nasceu cianótica (coloração azul violácea da pele e das mucosas devida à oxigenação insuficiente do sangue e ligada a várias causas (distúrbio de hematose, insuficiência cardíaca etc. *in* Dicionário Eletrônico Houaiss) e sem reflexos.

Com base nisso, a presente ação teve como causa de pedir dois fundamentos: primeiro, o de que o recorrente não teria prestado a devida assistência à parturiente; e o segundo, de que ele agira com imperícia ao deixar de fazer o parto no momento oportuno, fato que ocasionou o envelhecimento da criança no útero materno, retardo esse que seria a causa da lesão cerebral por ele sofrida.

Nada obstante a realização de perícia, o Tribunal *a quo*, para o efeito de manter a sentença condenatória, não levou em conta a efetiva causa da lesão cerebral, nem sequer fez quaisquer abordagens sobre o assunto, de forma que a alegação de imperícia não foi considerada como fundamento da decisão.

Observo que o fundamento adotado no acórdão recorrido para imposição do dever de indenizar foi o de que a autora não foi assistida por profissional na hora do parto. Observe-se:

> Sabe-se que o monitoramento de todo o período de trabalho de parto é extremamente importante para a saúde do feto e da parturiente, como bem apontado pelo douto Perito Oficial às fls. 226, o que, entretanto, foi negligenciado no caso da autora, vez que ficou sem acompanhamento médico nos momentos cruciais do trabalho de parto, ou seja, entre as 22:00 e a hora do nascimento do autor, 0:15 do dia seguinte (fls. 230).
>
> Desse modo, só a circunstância acima demonstrada já enseja a indenização, pela negligência do Hospital e do médico que não prestaram a devida assistência à parturiente como se espera de um profissional e de uma Instituição Hospitalar, pois reitera-se, a autora, na hora do parto, não foi assistida por profissional competente, no caso o seu obstetra/réu, e no mesmo diapasão, o recém nascido não teve também, o adequado atendimento de um pediatra que poderia ter tomado de pronto as providências necessárias (fl. 334).

Abstraindo-se da citação acima a parte que toca à negligência do hospital, cujo recurso não é objeto de análise, com relação ao médico, *data máxima vênia*, o fundamento adotado a fim de responsabilizá-lo é insuficiente pelos seguintes motivos:

a) foi alegado motivo de força maior para a ausência do médico, fatos esses que o Tribunal *a quo* deveria ter analisado; e

b) o Tribunal considerou a ausência em si suficiente a perpetrar a obrigação de indenizar, não fazendo referência acerca do nexo de causalidade entre a negligência do médico e o eventual dano ocorrido com o nascido.

Entendo, portanto, que houve ofensa aos dispositivos apontados pelo recorrente, mormente aos artigos 331, I e II, c.c. o art. 131, ambos do Código de Processo Civil, e aos artigos 186 e 951 do Código Civil.

Melhor elucido:

O Tribunal entendeu que o médico não prestou a devida assistência à parturiente, pois esteve ausente nos momentos cruciais.

Todavia, é incontroverso nos autos (e recorrida nem sequer aimpugnou tal fato) que, na cidade de Bento Gonçalves, havia apenas um hospital e que, no dia dos acontecimentos, o nosocômio contava apenas com um médico, ora recorrente. No momento do parto, ele estava terminando uma cesariana e, tão logo a concluiu, foi socorrer a recorrida. Afirmou o perito (cujo laudo cito, porque não há controvérsias sobre os fatos nele contidos):

> 4. O médico não acompanhou a parturiente no fim do primeiro e durante o segundo período do Parto, por estar, comprovadamente, realizando uma cesariana na outra sala, isto é, concomitantemente (fl. 233).

Ora, a existência de força maior não poderia ter sido simplesmente desconsiderada pelo julgador sem que ele indicasse os motivos que o levaram à desconsideração.

Nosso sistema processual abraça o princípio do livre convencimento motivado, que inclusive está positivado no artigo 131 do Código de Processo Civil, cujos termos são os seguintes:

> Art. 131. O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que Ihe formaram o convencimento.

Tão importante a motivação dos atos decisórios que a Constituição Federal abraçou tal princípio, conforme se vê do art. 93, IX, da norma maior. Assim, a falta de motivação da sentença acarreta sua nulidade.

Mas, no presente feito, a nulidade não se faz imperiosa, visto haver outro fundamento que também dá sustentação ao acórdão e diz respeito à responsabilidade civil do médico.

Como afirmei anteriormente, o Tribunal considerou a ausência do médico da sala de parto *per si* suficiente a perpetrar a obrigação de indenizar. Não fez quaisquer referências acerca do nexo de causalidade entre a negligência do médico e o eventual dano sofrido pela criança que havia nascido; ou seja: *aplicou a teoria da responsabilidade civil objetiva*.

Na hipótese de prestação de serviços médicos, o ajuste contratual – vínculo estabelecido entre médico e paciente – refere-se ao emprego da melhor técnica e diligência, entre as possibilidades de que dispõe o profissional no seu meio de atuação, em auxílio do paciente. Não se pode olvidar que, mesmo que os profissionais envolvidos empreguem toda sua diligência no ato, ainda assim podem advir reações imprevisíveis e situações inesperadas.

Não podendo o médico assumir o compromisso com um resultado específico (exceto quando se tratar de cirurgia estética), *outra não pode ser a teoria da responsabilidade que não a subjetiva, devendo-se averiguar se houve culpa do profissional.*

A respeito do assunto, esclarece José de Aguiar Dias:

> *A prova da culpa*.

> Do fato de ser o contrato de tratamento médico uma obrigação de meio e não de resultado, decorre, como vimos, que ao prejudicado incumbe a prova de que o profissional agiu com culpa. Na apuração da responsabilidade há que atender a estas normas: a) a prova pode ser feita por testemunhas, quando não haja questão técnica a elucidar; caso contrário, será incivil admiti-la, dada ignorância da testemunha legal com relação aos assuntos médicos. Por outro lado, sendo a perícia o caminho naturalmente indicado ao julgador, é necessário que se encare esse meio de prova prudentemente, atenta à possibilidade de opinar o perito, por espírito de classe, favoravelmente ao colega em falta; b) é indispensável estabelecer a relação de causa e efeito entre o dano e a falta do médico, que acarreta responsabilidade ainda quando o nexo de causalidade seja mediato (*in* Da Responsabilidade Civil, 11ª edição, p. 334).

Portanto, a responsabilização do médico pressupõe o estabelecimento do nexo causal entre causa e efeito da falta médica. Como afirmei, o acórdão recorrido passou ao largo dessa questão, considerando a responsabilidade em questão como sendo objetiva.

A isso acrescente-se que a alegação de erro médico deve ter suporte em prova técnica, pois, sendo o julgador leigo no assunto, tem de trazer a si elementos especializados que dêem embasamento ao julgado. Todavia, verifica-se que o acórdão recorrido considerou os fatos de forma diametralmente oposta às conclusões da prova pericial e não embasou a condenação em quaisquer outros tipos de provas.

Todos esses fatos indicam a necessidade de reforma do julgado, porquanto, se não apurada exatamente em que consiste a culpa do recorrente quanto ao dano apontado - lesão cerebral -, as normas contidas nos artigos 186 e 951 do Código Civil desservem ao fim de sustentar uma condenação.

Ante o exposto, *conheço do recurso especial e dou-lhe provimento para reformar o acórdão recorrido, julgando a ação improcedente em relação ao ora recorrente.*

Inverto o ônus de sucumbência, devendo a autora arcar com metade das custas processuais, e reduzo a verba honorária para 10% sobre o valor da causa.

É como voto.

VOTO

O Sr. Ministro Aldir Passarinho Junior: Sr. Presidente, acompanho o voto do Sr. Ministro Relator, louvando a excelência da sustentação oral do ilustre advogado.

Conheço do recurso especial e dou-lhe provimento.

RECURSO ESPECIAL N. 1.093.617-PE (2008/0213366-1)

Relator: Ministro João Otávio de Noronha
Recorrente: Banco Citibank S/A
Advogado: Antônio Roberto Cruz de Farias e outro(s)
Recorrido: Gérson César Brasil e outros
Advogados: Marcos Cabral da Silva e outro(s)
Marcia Maria Ribeiro de Azevedo Ramos

EMENTA

Direito Civil. Responsabilidade civil. Bancos. Assalto. Cofres de aluguel. Responsabilidade objetiva. Dever de indenizar os danos materiais. Legitimidade ativa. Princípio da identidade física do juiz.

1. Afasta-se a alegada violação do art. 535, II, do CPC na hipótese em que o não-acatamento das argumentações deduzidas no recurso tenha como conseqüência apenas decisão desfavorável aos interesses do recorrente.

2. O princípio da identidade física do juiz não é absoluto, sendo ultrapassado quando o Juiz responsável pela instrução do feito for afastado por qualquer motivo. Em tal hipótese cabe a seu sucessor decidir sobre a repetição das provas colhidas em audiência caso não se sinta apto a julgar.

3. É de responsabilidade do banco a subtração fraudulenta dos conteúdos dos cofres que mantém sob sua guarda. Trata-se do risco profissional, segundo a qual deve o banco arcar com os ônus de seu exercício profissional, de modo a responder pelos danos causados a clientes e a terceiros, pois são decorrentes da sua prática comercial lucrativa. Assim, se a instituição financeira obtém lucros com a atividade que desenvolve, deve, de outra parte, assumir os riscos a ela inerentes.

4. Está pacificado na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça o entendimento de que roubos em agências bancárias são eventos previsíveis, não caracterizando hipótese de força maior, capaz de elidir o nexo de causalidade, requisito indispensável ao dever de indenizar.

5. Recurso especial não-conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do recurso especial nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Luis Felipe Salomão, Carlos Fernando Mathias (Juiz Federal convocado do TRF 1ª Região), Fernando Gonçalves e Aldir Passarinho Junior votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 17 de março de 2009 (data do julgamento).

Ministro João Otávio de Noronha, Relator

DJe 23.03.2009

RELATÓRIO

O Sr. Ministro João Otávio de Noronha: Trata-se de recurso especial interposto com fulcro nas alíneas **a** e **c** do permissivo constitucional, contra acórdão do Tribunal de Justiça de Pernambuco assim ementado:

> Direito Civil e Processual Civil. Apelação cível. Ação de indenização por danos materiais e morais. Preliminar de nulidade da sentença por violação ao princípio da identidade física do juiz. Desacolhimento. Preliminar de julgamento do agravo retido quanto à ilegitimidade de uma das partes apeladas. Não acolhimento. Improvimento do agravo retido nos autos. Assalto em agência bancária. Cofre de aluguel. Roubo dos objetos depositados. Ausência de cláusula proibitiva quanto ao depósito de bens pertencentes a terceiro. Falha na vigilância. Defeito na prestação do serviço. Requerentes casados sob o regime da comunhão universal de bens. Legitimidade configurada. Preliminar de nulidade da sentença por descabimento da inversão do ônus da prova. Questão prévia que se confunde com o objeto meritório, devendo nesse domínio ser apreciada. Responsabilidade civil. Indenização. Danos materiais configurados e os morais afastados. Contrato de aluguel de cofre. Natureza mista. Locação e prestação de serviço. Assalto em agência bancária. Ausência de caso fortuito ou força maior. Prova do prejuízo. Inversão do ônus da prova. Sucumbência recíproca. Verba honorária igualmente compensada entre as partes. 1. O Princípio da Identidade Física do Juiz não tem caráter absoluto, podendo ceder frente ao Princípio da Instrumentalidade. O afastamento do juiz que colheu a prova oral não impede que a sentença seja proferida pelo seu sucessor, o qual, se entender necessário, poderá mandar repetir as provas já produzidas. Sendo neste sentido o entendimento jurisprudencial, visto que há a necessidade de relativização daquele princípio, sob pena de ofensa, também, aos da celeridade e efetividade da prestação

jurisdicional. 2. Na lição de Nelson Nery Júnior: 'Normalmente é o direito material que determina a existência de comunhão de direitos ou obrigações (...). Outros casos de comunhão são, por exemplo, os derivados do condomínio tradicional do direito civil (co-propriedade), da composse, do casamento, da sociedade civil etc'. (Comentário ao art. 46, inc. I, Código de Processo Civil Comentado, 6.ª edição, p. 347 - hipótese de litisconsórcio facultativo). Na opinião de Arruda Alvim, 'Trata-se do interesse processual, condição da ação, e não do interesse de direito material, que respeita ao mérito (Arruda Alvim, Trat., I, 323). O interesse processual se consubstancia na necessidade de o autor vir a juízo e na utilidade que o provimento jurisdicional poderá lhe proporcionar'. (Comentário ao art. 3º, Código de Processo Civil Comentado, 6ª edição). 3. O negócio jurídico se reveste de natureza mista, compreendendo locação e prestação de serviço, pois o locatário não almeja, com a celebração do contrato, mera guarda dos bens depositados (de maior valia, material ou sentimental para o depositante), mas também obter, indubitavelmente, um serviço adequado e permanente de vigilância no local, principalmente por não dispor o locatário de meios eficazes em sua moradia. 4. Incontroversas a existência do contrato e a ocorrência do roubo na agência bancária. Portanto, para fins da exclusão da responsabilidade do banco pelos danos materiais e morais decorrentes de furto ou roubo dos bens colocados sob sua custódia em cofres de segurança, não há que se falar em caso fortuito ou força maior pelo simples fato de que não estão presentes os elementos autorizadores da excludente: imprevisão e inevitabilidade. Assaltos a bancos são freqüentes em todo o país, não sendo possível invocar essas teorias para eximir-se da sua obrigação, uma vez que' (...) não cabe invocar o fato exclusivo de terceiro como excludente da responsabilidade - por exemplo, o assalto -, porque esse risco é assumido pelo banco como elemento essencial do contrato. A observação de Camargo Mancuso é correta e precisa neste ponto: 'Ao conceder o cofre em locação, o banco assume, quer queira ou não, o risco profissional; como todo profissional, ele responde pela falha, omissão ou mau funcionamento do serviço a que se propôs; caso contrário, o próprio negócio em si ficaria juridicamente desfigurado e sem sentido (...) é justamente essa álea que o cliente intenta afastar quando loca o cofre' (RT 616/29)'. 6. Em se tratando de responsabilidade contratual e, portanto, objetiva, a instituição financeira, agindo como prestadora de serviço, submete-se à legislação consumerista. O inadimplemento da obrigação de guarda e segurança implica evidente responsabilidade desta, posto que ocorreu falha na prestação do serviço de vigilância e proteção devida à coisa sob a sua guarda. 7. Quanto ao dano material, diviso que a impossibilidade da comprovação dos bens depositados no cofre locado recai sobre a parte apelada. A ausência de conferência de tais bens, à época da celebração do pacto, pelo réu, ou a estimativa de seus valores, é um risco assumido pelo mesmo em face de sua atividade, e que não pode

ser manejado contra aquele que se utilizou de sua estrutura operacional. Não há se falar, igualmente, em inversão do ônus da prova (argumento da sentença que ora se elide), porquanto ínsita à locação a responsabilidade objetiva do locador pela manutenção do estado de uso da coisa - o cofre - (art. 566 do N.C.C.), fato impeditivo do direito do autor que o réu não logrou demonstrar. Muito pelo contrário, restou patente o descumprimento dessa obrigação. Também não há que se renovar a fase instrutória, uma vez que, se já inviável para a parte apelada a demonstração dos bens contidos no cofre, de todo improvável pelo Banco, cujo acesso ao mesmo era ainda mais restrito. Nesse passo, mantidas as conseqüências da sentença vergastada, sob novos fundamentos. 8. Os eventuais dissabores experimentados pelos apelados não se relacionam com uma ação perpetrada diretamente pelo recorrente (e sim, indiretamente), reputando-se, outrossim, mera conseqüência da prática delituosa (assalto) de terceiro, da qual ambas as partes foram vítimas. 9. Recurso de apelação parcialmente provido. Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, em que figuram as partes acima relacionadas, acordam os Excelentíssimos Senhores Desembargadores da Terceira Câmara Cível do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco, na forma do relatório e votos constantes das notas taquigráficas a seguir, à unanimidade, em rejeitar a preliminar de nulidade da sentença por violação ao princípio da identidade física do Juiz. Unanimemente, em negar provimento ao agravo retido quanto à ilegitimidade da apelada Suzete Melo Brasil. À unanimidade, em não se conhecer da preliminar de nulidade da sentença por descabimento do ônus da prova, visto que constitui objeto de mérito, devendo nesse domínio ser apreciado. No mérito, unanimemente, em dar parcial provimento ao apelo, nos termos exatos do voto proferido pelo Desembargador Relator, ficando estabelecido que os ônus sucumbenciais sejam recíproca e igualmente compensados pelas partes.

No recurso especial, alega-se ofensa aos seguintes dispositivos legais:

I. art. 535 do CPC, visto não terem sido acolhidos os embargos de declaração opostos pelo recorrente;

II. art. 132 do CPC, pois não foi reconhecido que a sentença não poderia ter sido proferida por juiz diferente daquele que acompanhou a audiência de instrução e julgamento;

III. arts. 3º e 6º do CPC, uma vez que não foi acolhida a preliminar de ilegitimidade ativa da segunda recorrida, a qual não mantinha relação jurídica alguma com o banco recorrente e, em conseqüência disso, ao art. 267, VI do CPC, em razão de o processo não ter sido extinto ante a falta de uma das condições da ação;

IV. art. 14, § 3º, II, do Código de Defesa do Consumidor, visto que a excludente de responsabilidade por ato de terceiro não seria aplicável ao caso, já que a responsabilidade por roubo é inerente à natureza do contrato de locação de cofre;

V. art. 166, II, do CC, uma vez que não foi reconhecido que é inevitável a ocorrência de roubo em suas agências bancárias, tratando-se, portanto, de objeto impossível a segurança exigida; e

VI. art. 393 do CC, pois não foi reconhecido que roubo de cofre decorre de força maior, de modo que o banco não deve ser responsável por nenhuma indenização.

Devidamente contra-arrazoado, o trânsito do recurso foi obstado no Tribunal de origem. Todavia, em razão do provimento do Agravo de Instrumento n. 1.026.978, os autos subiram a esta Corte.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro João Otávio de Noronha (Relator): Tratam os autos de ação indenizatória sustentada nos seguintes fatos: os autores locaram um dos cofres mantidos em agência do banco recorrente para guarda de objetos e valores. Ocorreu que tal agência foi assaltada por meliantes, que, após arrombarem grande parte dos cofres de aluguel, entre eles o dos autores, levaram o que neles estava depositado.

Com base nisso, foi pedida indenização por danos morais e materiais.

O Tribunal de Justiça de Pernambuco afastou a indenização por danos morais ao entendimento de que a ocorrência que perpetrou o abalo moral não poderia ser atribuída a fato ocasionado pelo banco, mas por terceiros.

Quanto aos danos materiais, a sentença foi reformada para reduzir a indenização ao que efetivamente os autores lograram comprovar que tinham depositado no cofre em questão.

Inconformado, o banco recorreu, aduzindo uma série de questões, cuja análise segue na mesma ordem em que suscitadas.

a) Violação das disposições do artigo 535 do Código de Processo Civil

A irresignação não merece prosperar quanto à alegada violação do art. 535, II, do Código de Processo Civil, pois o Tribunal de origem examinou e decidiu, fundamentadamente, todas as questões suscitadas pela parte, não havendo, assim, por que cogitar de negativa de prestação jurisdicional.

Nesse contexto, oportuno transcrever as palavras do insigne Ministro Carlos Velloso, para quem "os EDcl. tem pressupostos certos no CPC 535, não se prestando para corrigir *error in judicando*. Só se admite a oposição do recurso de EDcl quando o erro cometido pela decisão embargada for no procedimento, quer dizer, erro na aplicação de norma de processo ou procedimento. Quando o erro for de julgamento, ou seja, de aplicação incorreta do direito à espécie, não cabem os EDcl" (STF, Segunda Turma, EDclROMS n. 22.835-4, DJ de 23.10.1998).

b) Violação do artigo 132 do Código de Processo Civil

O recorrente debate a tese de que a sentença é nula, porquanto não observado o princípio da identidade física do juiz, uma vez que a sentença teria sido proferida por juiz que não instruiu o processo.

O fundamento adotado no acórdão foi de que o princípio do juiz natural cede ao princípio da instrumentalidade, pois o afastamento do juiz que colhe as provas não impede outro de sentenciar o feito, até porque a lei processual faculta a este repetir as provas caso não se sinta apto a julgar.

Nada há para ser modificado no acórdão recorrido, visto que o princípio da identidade física do juiz não é absoluto, sendo ultrapassado quando o Juiz responsável pela instrução do feito for afastado por qualquer motivo. Ademais, o acórdão não discrepa do entendimento deste Tribunal na parte em que foi afirmado que a decisão acerca da necessidade ou não da repetição das provas é do Juiz que profere a sentença.

Observe-se:

> Agravo regimental. Agravo de instrumento. Processual Civil. Contradição e obscuridade. Inexistência. Responsabilidade. Indenização. Danos morais. Valor. Reexame de provas. Impossibilidade. Dissídio não demonstrado.
>
> 1. *omissis*.
>
> 2. O princípio da identidade física do juiz não é absoluto, podendo ser atenuado quando, por qualquer motivo, for afastado o responsável pela colheita da prova oral em audiência. Nesta hipótese, a sentença poderá ser proferida pelo seu sucessor que decidirá acerca da necessidade ou não da repetição do ato.
>
> 3. *omissis*.
>
> 5. *omissis*.
>
> 6. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no Ag n. 765.892-SP, Ministro Fernando Gonçalves, DJ de 17.12.2007).



Processual Civil. Agravo regimental. Inexistência de omissão, obscuridade, contradição ou falta de fundamentação no acórdão recorrido. Princípio da identidade física do juiz (art. 132 do CPC). Reexame de prova. Súmula n. 7-STJ. Impossibilidade.

1. *omissis.*

2. *omissis*.

3. *omissis*.

4. Não basta invocar nulidade do ato processual, tornando-se imperioso ventilar qual o prejuízo efetivamente havido, inexistente, *in casu*. Em face do princípio da finalidade e ausência de prejuízo, resta descaracterizada a ofensa ao art. 132 do CPC. A simples alegação de afronta ao texto legal não tem o condão de acarretar a nulidade da sentença, uma vez que o Princípio da Identidade Física do Juiz não tem caráter absoluto, podendo ceder frente ao Princípio da Instrumentalidade.

5. 'Nos termos da nova redação dada ao art. 132, CPC, que veio ratificar anterior inclinação da jurisprudência, o afastamento do juiz que concluiu a audiência de instrução, colhendo a prova oral, não impede que seja a sentença proferida pelo seu sucessor, o qual, se entender necessário, poderá mandar repetir as provas já produzidas. Não se reveste de caráter absoluto o princípio da identidade física do juiz. As substituições do titular por substituto designado pela Corregedoria em regime de cooperação tem por intuito a agilização da prestação jurisdicional' (REsp n. 149.366-SC, 4ª Turma, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ de 09.08.1999).

6. Demonstrado, de modo evidente, que a procedência do pedido está rigorosamente vinculada ao exame das provas depositadas nos autos.

Na via Especial não há campo para se revisar entendimento de 2º grau assentado em prova. A função de tal recurso é, apenas, unificar a aplicação do direito federal (Súmula n. 7-STJ).

7. Agravo regimental não provido. (Ag no Ag n. 654.298-RS, relator Ministro José Delgado, DJ de 27.06.2005.)

c) Ilegitimidade ativa – vulneração dos artigos 3º e 6º do Código de Processo Civil

O banco afirma que os dispositivos indicados foram vulnerados porquanto um dos autores, Suzete Melo Brasil, não firmou contrato com ele.

É incontroverso que a referida autora não assinou contrato algum com o banco recorrente que diga respeito ao aluguel do cofre arrombado. Esse fato teria

o condão de, em princípio, afastá-la da polaridade ativa da ação, já que não teria legitimidade para reclamar de ilícito de ordem contratual sem efetivamente ter contratado com o banco.

Todavia, a presença da Sra. Suzete no pólo ativo não tem o condão de alterar o resultado prático da demanda.

Melhor esclareço.

O contrato de locação realizado entre as partes era restrito à utilização do cofre, pois somente o locatário tinha acesso a ele. Contudo, sobre que tipo de bens e acerca da propriedade deles nada foi firmado (conforme esclarecido no acórdão, fl. 376). Ademais, é da natureza desse tipo de contrato o locatário utilizar-se do cofre para guarda do que lhe convier. Da procedência e propriedade dos bens ali depositados não tem de prestar contas ao locador.

In casu, um dos locadores havia depositado bens próprios e de sua esposa, não havendo nenhum impedimento de fazê-lo, uma vez que, na hipótese de assalto, o banco tem responsabilidade objetiva, devendo indenizar, mormente quando devidamente comprovado o depósito dos bens reclamados por meio da apresentação das declarações de imposto de renda de ambos os cônjuges.

Portanto, a ausência da Sra. Suzete no pólo passivo da ação não aproveitaria ao banco, pois demonstrado pelo autor Gerson que os bens depositados, que pertenciam à sua esposa, na verdade, eram bens comuns, porque casados sob o regime de comunhão universal de bens. Assim, certo que tais bens compõem o asservo daqueles que serão indenizados.

d) Da culpa exclusiva de terceiro; da inexpugnabilidade impossível; e da força maior

Sustenta o banco que não concorreu para o evento danoso, pois também sofreu com a investida criminosa que culminou com o arrobamento dos cofres que mantinha em sua agência sob a segurança possível. Sustenta também que não há lugar que possa ser reputado como absolutamente inexpugnável.

Por fim, afirma que, nos termos do artigo 393 do Código Civil, na ocorrência de força maior, não há obrigação de indenizar.

A tese acerca da culpa exclusiva de terceiro não tem espaço no presente caso, até porque essa tese foi desenvolvida pelo banco no seguinte sentido: se a culpa não é minha, então é de outrem. Mas, *in casu*, a questão vai para além da mera culpa, detendo-se no princípio do risco empresarial.

Aguiar Dias, em sua obra "Da Responsabilidade Civil", 11ª ed, pág. 488, assevera que a responsabilidade dos bancos tanto pode ser aferida subjetivamente,

como com base no princípio do risco empresarial, aproximando-se do que estabelece o parágrafo único do artigo 927 do Código Civil. Confira-se:

> No caso de dano causado ao correntista do serviço bancário, a responsabilidade civil pode ser cobrada aos bancos tanto sob a invocação dos princípios subjetivos da culpa provada, como com base no princípio do risco profissional empresarial.

Após examinar acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo proferido num julgamento acerca da responsabilidade civil dos bancos, o doutrinador assevera:

> O problema é este: o banco celebrou com o correntista um contrato de depósito irregular. O depósito bancário é, com efeito, considerado depósito irregular ou de coisas fungíveis. Neste, os riscos da coisa depositada correm por conta de depositário, porque lhe são aplicáveis os dispositivos acerca do mútuo (Código Civil de 2002, art. 645). Na ausência de culpa de qualquer das partes, ao banco toca suportar os prejuízos. Assumir o risco é, na hipótese, o mesmo que assumir a obrigação de vigilância, garantia ou segurança sobre o objeto do contrato.
>
> Em outras palavras: comprometeu-se a guardar a coisa e restituí-la sã e salva (é sempre útil o símile do contrato de transporte, por se tratar de convenção em que a obrigação referida aparece com mais clareza) no momento em que o exigisse o depositante sem poder recorrer a nenhuma escusa (fls. 492/493).

A doutrina acima aplica-se perfeitamente à hipótese contemplada nos autos, em que houve locação de um cofre cuja guarda é de responsabilidade exclusiva do banco. Isso independe da natureza jurídica do contrato ajustado - se de mero depósito ou de locação, ou de contrato misto, formado pelos dois anteriores -, pois, seja como for, há um fator inerente a todos eles: a garantia de sigilo e segurança prestada pelo banco.

Assim, é de responsabilidade do banco a subtração fraudulenta dos conteúdos dos cofres que mantém sob sua guarda.

Entra aí a tão propalada teoria do risco criado, segundo a qual deve o banco arcar com os ônus do exercício profissional de modo a responder pelos danos causados a clientes e a terceiros, pois são decorrentes da sua prática comercial lucrativa. Assim, se a instituição financeira obtém lucros com a atividade que desenvolve, deve, de outra parte, assumir os riscos a ela inerentes.

Esse fato derroga a tese sustenta pelo recorrente de que houve força maior. Sérgio Cavalieri Filho, falando a respeito da inevitabilidade que caracteriza a "força maior", afirmou que deve ela ser considerada dentro de certa relatividade, *"tendo-se o acontecimento como inevitável em função do que seria razoável exigir-se"*. Completa o eminente doutrinador:

> Assim, por exemplo, tratando-se de roubo de cofres mantidos por um banco, é de presumir-se sejam tomadas especiais providências visando à segurança, pois a garanti-la se destinam seus serviços. O mesmo não sucede se o assalto foi praticado em um simples estacionamento. (Programa de Responsabilidade Civil, 5ª edição, p. 85).

Ademais, já resta assentado na jurisprudência desta Corte que roubos em agências bancárias são eventos previsíveis, não caracterizando, portanto, a hipótese de força maior, capaz de elidir o nexo de causalidade.

Confira-se o seguinte precedente:

> Processo Civil e responsabilidade civil. Roubo em agência bancária. Responsabilidade do banco. Caso fortuito ou força maior. Inocorrência. Princípio da identidade física do juiz. CPC, art. 132. Exegese. Precedentes. Doutrina. Apelo especial. Enunciado n. 7 da Súmula-STJ. Recurso desacolhido.
>
> (...).
>
> II - Esta Corte tem entendimento firme no sentido da responsabilidade do banco por roubo ocorrido no interior de agência bancária, por ser a instituição financeira obrigada por lei (Lei n. 7.102/1983) a tomar todas as cautelas necessárias a assegurar a incolumidade dos cidadãos, não podendo alegar força maior, por ser o roubo fato previsível na atividade bancária.
>
> *III - A teor do enunciado n. 7 da Súmula-STJ, o recurso especial não é a via adequada para o reexame de provas*. (REsp n. 227.364-AL, rel. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ de 11.06.2001).

Por outro lado, se tomadas por base as disposições do Código de Defesa do Consumidor, como pretende o recorrente, com mais firmeza verifica-se o acerto imposto pelo acórdão recorrido quanto à obrigação de indenizar.

Com efeito, a ocorrência de falha na prestação do serviço impõe ao Banco Citibank S/A o inafastável dever de indenizar, pois, na forma das disposições do artigo 14 do CDC, a responsabilidade do recorrente é objetiva. Veja-se:

> Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

A norma inserta no § 1º do artigo 14 do CDC, por sua vez, explicita os casos em que há defeito na prestação de serviços, cabendo, aqui, transcrevê-la:

> § 1º O serviço é defeituoso quando não fornece a segurança que o consumidor dele pode esperar, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais:

I - o modo de seu fornecimento;

II - o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam;

III - a época em que foi fornecido.

Em vista disso, despicienda a discussão acerca de eventual conduta culposa por parte da instituição financeira, visto ser objetiva a sua responsabilidade.

e) Divergência de entendimento jurisprudencial

O recurso não pode ser conhecido no que tange à alínea **c** do permissivo constitucional ante o óbice da Súmula n. 83-STJ. Tratando-se de questão relativa à responsabilidade do banco na hipótese de roubo no qual foram levados objetos contidos em cofres alugados, verifico que o entendimento exposto no acórdão recorrido encontra-se em consonância com o entendimento jurisprudencial já consolidado nesta Corte, de que são exemplo os seguintes julgados:

Civil e Processual Civil. Roubo de cofre alugado. Responsabilidade do banco depositário. Danos material e moral. Reexame de prova. Impossibilidade.

- Os bancos depositários são, em tese, responsáveis pelo ressarcimento dos danos materiais e morais causados em decorrência do furto ou roubo dos bens colocados sob sua custódia em cofres de segurança alugados aos seus clientes, independentemente da prévia discriminação dos objetos guardados nos mesmos.

- A comprovação do efetivo depósito dos bens alegadamente roubados, bem como da ocorrência de dano moral ao lesado deverão, em todas as hipóteses específicas, ser objeto de apreciação nas instâncias ordinárias, em conformidade com as peculiaridades fáticas de cada caso.

- Danos material e moral tidos por comprovados pelo Tribunal de origem. "A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial" (Súmula n. 7-STJ).

- Recurso não conhecido. (REsp n. 333.211-RJ, Quarta Turma, rel. Min. Cesar Rocha, DJ de 18.03.2002)

Banco. Assalto. Cofre. Responsabilidade.

Ao alugar cofres, o banco se compromete a propiciar segurança, mesmo em relação a roubo.

Hipótese em que entretanto, teve-se como não demonstrado que a cliente tivesse guardado os objetos que mencionou.

Impossibilidade de, no especial, rever a base fática do julgado. (REsp n. 151.060-RS, Terceira Turma, Min. Eduardo Ribeiro, DJ de 12.06.2000).

f) Conclusão

Ante o exposto, e verificando inexistir violação de dispositivo de lei federal, não conheço do recurso especial.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 173.029-MG (1998/0031208-0)

Relator: Ministro Aldir Passarinho Junior
Recorrente: União
Recorrido: Soldesp Ltda
Advogada: Maria Romanina Velloso Martins Botelho

EMENTA

Civil e Processual. Plano cruzado. Contrato em cruzeiros, celebrado sem correção monetária anteriormente à vigência do Decreto-Lei n. 2.284/1986. Atraso na entrega dos serviços. Pagamento posterior ao advento do plano. Circunstância que não descaracteriza a incidência do art. 8º. Aplicação da tabela de deflação.

I. Achando-se o contrato de serviços de reparo de equipamento ferroviário enquadrado na hipótese do art. 8º do Decreto-Lei n. 2.284/1986, aplica-se aos valores correspondentes a tabela de conversão, com deflação, prevista no diploma legal, sendo desinfluente a circunstância de os prazos de entrega terem sido dilatados, inclusive porque nenhuma responsabilidade teve a empresa concessionária, que ainda ficou com as peças indisponíveis por um ano a mais do que o prazo original previsto.

II. Recurso especial conhecido e provido. Embargos do devedor julgados procedentes, com o restabelecimento do acórdão da apelação.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas, decide a Quarta Turma, por unanimidade, conhecer do recurso especial e dar-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros João

Otávio de Noronha, Luis Felipe Salomão, Carlos Fernando Mathias (Juiz Federal convocado do TRF 1ª Região) e Fernando Gonçalves votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 05 de março de 2009 (data do julgamento).

Ministro Aldir Passarinho Junior, Relator

DJe 23.03.2009

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Aldir Passarinho Junior: Rede Ferroviária Federal S/A, sucedida pela União (fls. 189/191), interpõe, pela letra **a** do art. 105, III, da Constituição, recurso especial contra acórdão do Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais, que julgou improcedentes os embargos à execução promovida em seu desfavor por Soldesp Ltda.

Alega a recorrente que celebrou com a recorrida contrato para recuperação de dois eixos de compressores marcas GM e GE em 31.05.1985, celebrado, portanto, antes do Decreto-Lei n. 2.284/1986, que implantou o chamado "Plano Cruzado"; que ela, RFFSA, liquidou os títulos a tempo e modo, de acordo com a nova ordem econômica vigente no país, nos termos do art. 8º do aludido Decreto-Lei, que determinava a incidência de tabela de conversão com deflação, exatamente para mitigar custos que, por previstos antes, em período de elevada inflação, embutiam-na no preço dos serviços; que o contrato em comento foi ajustado sem cláusula de reajustamento, isto é, com preço fixo, exatamente dentro da hipótese do *caput* do art. 8º, que restou violado pelo aresto estadual.

Contra-razões às fls. 128/134, com preliminar de ausência de prequestionamento. No mérito, diz a recorrida que os prazos previstos para a entrega dos serviços findavam, respectivamente, em 30.08.1985 e 25.11.1985, com pagamento em 30 dias a partir da entrega; que os serviços, no entanto, foram concluídos e entregues apenas em 12.08.1986 e 31.12.1986, época em que já vigorava o Plano Cruzado, que substituíra o Cruzeiro como moeda em curso no país, de sorte que inaplicável a deflação à espécie, posto que o pagamento foi ulterior também.

O recurso especial foi admitido na instância de origem pelo despacho presidencial de fls. 136/137.

Incidente sobre a legitimidade e representação da parte recorrente às fls. 171/174 e fls. 189/191.

Parecer da douta Subprocuradoria-Geral da República às fls. 183/187, pelo Dr. Henrique Fagundes Filho, no sentido do conhecimento e provimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Aldir Passarinho Junior (Relator): Trata-se de recurso especial aviado pela letra **a** do autorizador constitucional, em que se discute sobre a aplicação do art. 8º do Decreto-Lei n. 2.284/1986, sobre contrato celebrado entre a extinta Rede Ferroviária Federal S/A, sucedida pela União, e Soldesp Ltda, que objetivava o reparo de eixos compressores de propriedade da executada, cujos embargos do devedor foram rejeitados por acórdão do Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais.

O recurso não padece de óbice de admissibilidade, seja porque atendido o pressuposto do prequestionamento, inclusive explícito, seja por não versar sobre matéria de fato, mas de direito, alusiva à regra do "Plano Cruzado" sobre contratos celebrados anteriormente à sua implantação.

No caso dos autos, o contrato foi celebrado em cruzeiros, sem previsão de reajustamento, e, como já se disse, antes do advento do Decreto-Lei n. 2.284/1986, cujo art. 8º, dita:

> Art. 8º As obrigações de pagamento, expressas em cruzeiros, sem cláusula de correção monetária ou com cláusula de correção monetária prefixada, constituídas antes de 28 de fevereiro de 1986, deverão ser convertidas em cruzados na data dos seus vencimentos dividindo-se o montante em cruzeiros pelo fator de conversão fixado no § 1º.
>
> § 1º O fator de conversão será diário e calculado pela multiplicação da paridade inicial (1.000 cruzeiros/1 cruzado), cumulativamente por 1,0045 para cada dia decorrido a partir de 3 de março de 1986.
>
> [...].

O voto condutor do acórdão objurgado, em sede de embargos infringentes, é do seguinte teor (fls. 112/113):

> Tanto a correção da moeda a maior como a menor são contingências decorrentes do fenômeno inflacionário, objetivando estabelecer o valor real do dinheiro em um determinado momento.
>
> A correção a maior, em razão da corrosão da moeda, objetiva fixá-la sempre a maior, mas a deflação, como situação inversa, objetiva trazer a moeda a seu real valor, expungindo dele a previsão corretiva fixada para o futuro.

Estou concordando com o douto Revisor, quando afirma que as normas de direito econômico e financeiro se aplicam desde logo, sendo perfeitamente justo que, se não mais houver inflação, se retire da dívida futura o que se calculou como correção pré-fixada. No caso dos autos, porém, há uma particularidade contratual que deve ser observada. O pagamento que deveria ser realizado em determinada época não sofreu qualquer variação de valor, quando se transferiu para data futura. Neste caso não há de se falar em correção monetária pré-fixada, e, em conseqüência, necessidade de aplicação de tabela de deflação, pelo que, pedindo vênia aos respeitáveis votos vencedores, acompanho o voto vencido, restabelecendo, integralmente, a sentença de primeiro grau, com a condenação da embargada nas custas processuais.

Também reproduzo o voto do revisor, Juiz Júlio Bueno, *verbis* (fls. 113/116):

Soldesp Ltda. ajuizou execução contra a Rede Ferroviária Federal S/A., visando o recebimento da importância de CZ$ 26.447,00 referente ao saldo de duas duplicatas de prestação de serviços. A executada ofereceu embargos alegando que o compromisso foi celebrado antes do advento do Decreto-Lei n. 2.284/1986, que instituiu o denominado 'Plano Cruzado', e que os títulos cobrados foram pagos, em razão da aplicação do fator de deflação estabelecido no referido diploma legal. A sentença de fls. 46/47-TA julgou improcedentes os embargos, impondo à embargante o ônus da sucumbência.

Apreciando o recurso interposto pela executada, esta Câmara, em Turma, deu provimento ao mesmo, entendendo, por maioria de votos, ser aplicável o índice de deflação, razão pela qual foram julgados procedentes os embargos e extinta a execução. O voto vencido sustentou que as duplicatas originaram-se de notas fiscais emitidas já na vigência do Plano Cruzado, posteriormente, portanto, a 28.02.1986, não tendo a apelante feito qualquer ressalva.

Com a devida vênia dos Juízes prolatores dos votos majoritários, dou minha adesão ao voto minoritário do Juiz Brandão Teixeira, ao qual também aderiu o ilustre Relator destes embargos.

Ora, no caso do autos, os prazos previstos para a execução dos serviços era de 45 dias, conforme orçamentos de fls. 9 e 10-TA, razão pela qual o término dos mesmos deveria ocorrer em 30.08.1985 e 25.11.1985, conforme autorizações de fls. 11 e 13-TA.

Não obstante, alegando a existência de anomalias nas peças, que eram imperceptíveis por ocasião dos orçamentos, houve atraso na entrega dos serviços, que teria sido transferida para 12.08.1986 e 30.12.1986. A embargante não contrariou

tal assertiva. Assim, foram emitidas as notas fiscais de fls. 6 e 10-TA dos autos da execução, com vencimento em 12.09.1986 e 30.01.1987, respectivamente.

O voto do ilustre relator bem resumiu a questão:

> A apelante anuiu tacitamente à dilatação do prazo de entrega dos serviços ao recebê-los sem qualquer ressalva, acompanhado (a) das respectivas notas fiscais, onde os valores iniciais do contrato foram convertidos para o novo padrão monetário mediante simples divisão por mil.
>
> Admitir-se a aplicação de tabela de deflação a tais valores seria coonestar enriquecimento sem causa da apelante e subverter os objetivos do art. 8º do DL n. 2.284/1986, porque o prazo para pagamento dos valores vencia, inicialmente, antes de 28.02.1986 e, valores fixos que eram, se continham correção monetária embutida, ela incidiria até a data limite para o pagamento conforme o contrato, ou seja, 30 dias após a entrega dos serviços, cujo prazo era de 45 dias, conforme o contratado entre as partes e constante das autorizações de execução, fls. 11 e 13-TA.
>
> Além disso, as duplicatas exeqüendas originaram-se de notas fiscais emitidas já na vigência do Plano Cruzado, posteriormente a 28.02.1986, não notificando a apelante que tenha feito qualquer ressalva por ocasião (da entrega) dos serviços acompanhado (a) da respectiva nota fiscal (fls. 79/80-TA).
>
> Ora, embora transferida a entrega do serviço para data posterior, não houve qualquer reajuste no preço contratado, mesmo sendo fato inconteste a existência de inflação no período.
>
> Assim, se não se aplicou qualquer índice de correção no preço do serviço, não há que se aplicar o fator de deflação previsto no Decreto-Lei n. 2.284/1986.
>
> Em face do exposto, acolho os embargos e mantenho a sentença proferida.

Todavia, inobstante as judiciosas razões acima expendidas, tenho que o recurso merece prosperar, filiando-me, com a devida vênia, aos fundamentos da douta minoria naquela Corte *a quo*, representada pelo ilustres Juízes Lopes de Albuquerque e Eduardo Andrade.

Em primeiro, a regra do art. 8º é cogente e peremptória. Ela prevê, expressamente, como se viu do texto acima, que a denominada "tablita" incide sobre os contratos anteriores ao Plano, celebrados sem cláusula de correção monetária.

Em segundo, conforme consta do acórdão estadual "*alegando* (a Soldesp) *anomalias nas peças, que eram imperceptíveis por ocasião dos orçamentos, houve*

atraso na entrega dos serviços" (fl. 114). Ora, ao que se vê, isso é incontroverso, o atraso não pode ser imputado à Rede Ferroviária. A Soldesp é que não logrou identificar as ditas anomalias e daí não pôde cumprir o prazo contratado. Portanto, não há como se transmudar uma data contratual para se privilegiar outra, em benefício de quem, ainda que involuntariamente, foi a responsável pelo atraso. E as cártulas expedidas para cobrança pelo serviço não têm como ser dissociadas, absolutamente, do contrato original. Elas dele são dependentes e vale, a toda evidência, a data do contrato, que é anterior ao Decreto-Lei n. 2.284/1986.

De outro lado, não houve vantagem alguma para a Rede. Ela pagou pelos serviços, é certo, só depois de prontos. Mas, por outro lado, ficou sem os equipamentos ferroviários durante um ano a mais, prejudicando sua atividade que era de relevo social, de transporte público de passageiros e carga.

O enquadramento da situação é legal. E, nos termos da lei (art. 8º e seu parágrafo 1º) incide a regra de conversão com deflação, aliás chancelada em precedentes desta Corte, a saber:

> Tributário. Plano cruzado (DL n. 2.284/1986 - art. 8º). Alteração da base de cálculo CTN - art. 97, parágrafo 1º)
>
> Aplicação da 'tablita' no plano cruzado compensou a inflação antecipadamente inserida nas prestações relativas aos negócios a prazo, celebrados anteriormente. Dela não resultou prejuízo de ordem econômica ou tributária. Tampouco se ofendeu qualquer dispositivo do CTN.
>
> (1ª Turma, REsp n. 5.781-SP, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJU de 17.05.1993)
>
> (...).
>
> Plano cruzado. Decreto-Lei n. 2.284/1986. Tabela de deflação, prevista no artigo 8º. Do aludido diploma legal.
>
> Constitucionalidade dos Decretos-Leis, que dispuseram sobre 'finanças publicas', no editarem normas com a intenção de obter a estabilização econômica no país. Normas de ordem pública, que implicam na derrogação de cláusulas de contratos em curso.
>
> Legitimidade na incidência da tablita, expurgando correção monetária prefixada e preservando a comutatividade contratual.
>
> Improcedência da pretensão de cobrança, manifestada pelo investidor.
>
> Recurso especial conhecido e provido.

Sumula n. 281 do STF, aplicável ao recurso especial.

Não conhecimento do recurso.

(4ª Turma, REsp n. 5.015-SP, Rel. Min. Athos Carneiro, DJU de 03.12.1990)

Pertinentes, pois, as bem lançadas razões do parecer ministerial, de lavra do Dr. Henrique Fagundes Filho, quando diz (fl. 185):

> Pela análise dos autos, verifica-se que é exatamente essa a situação sub examine, malgrado tenha a Colenda Corte mineira entendido de forma diversa. Trata-se de contrato celebrado entre recorrente e recorrida antes da implementação do chamado plano cruzado, sem previsão de correção monetária, mas que só fora cumprido posteriormente, quando este último já estava em vigor.
>
> Ora, se o valor acordado para a execução do serviço fora estipulado em cruzeiros, unidade monetária da época, mas o cumprimento da obrigação só ocorreu posteriormente, quando já era o cruzado a moeda em curso, impende se aplicar o dispositivo supramencionado, independentemente de ter a recorrente recebido os produtos e as notas fiscais correspondentes sem ter feito qualquer ressalva.
>
> É, aliás, assente a jurisprudência desse Egrégio Tribunal Superior de Justiça o entendimento de que o preceito normativo ora em discussão, por possuir natureza de direito econômico, pois editado em função de transformações na conjuntura político-econômica do país, deve ser aplicado imediatamente, a todos os contratos, sem que se cogite de violação ao direito adquirido.

Ante o exposto, conheço do recurso especial e lhe dou provimento, para julgar procedentes os embargos à execução, restabelecendo, portanto, o acórdão da apelação, de fls. 75/83.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 237.704-PR (1999/0101701-7)

Relator: Ministro Carlos Fernando Mathias (Juiz Federal Convocado do TRF 1ª Região)
Recorrente: D D
Advogado: Walter Borges Carneiro e outro(s)
Recorrido: M S
Advogado: Renato Fernandes Silva Junior e outro(s)

EMENTA

Processual Civil. Ação anulatória de partilha. Inexistência de vício de vontade. Acolhimento de pedido sucessivo de sobrepartilha dos bens sonegados. Possibilidade. Reexame do conjunto fático-probatório carreado aos autos. Impossibilidade. Súmula n. 7-STJ.

1. Os bens sonegados na separação judicial sujeitam-se à sobrepartilha, ainda que seja esta realizada a partir do acolhimento de pedido sucessivo formulado pela parte autora em ação anulatória da partilha. Precedente, q.v. *verbi gratia*, REsp n. 770.709-SC, Rel. Min. Ari Pargendler, Terceira Turma, julgado em 20.05.2008, DJe de 20.06.2008.

2. Para efeitos da sobrepartilha dos bens sonegados é irrelevante perquirir-se acerca da existência ou inexistência de vício de vontade das partes, mesmo porque, no que se refere a estes bens, a Corte *a quo* entendeu que a recorrida desconhecia a existência do patrimônio sonegado, não ocorrendo qualquer pactuação entre as partes sobre os mesmos, não havendo falar-se, portanto, em consentimento.

3. Inexiste óbice à utilização do referido expediente, máxime por revelar-se, o mesmo, instrumento processual apropriado à correção da situação em tela, cuja manutenção representaria evidente hipótese de enriquecimento sem causa de um cônjuge em detrimento ao outro.

4. A revisão da conclusão do acórdão recorrido pela existência, *in casu*, de bens sonegados a serem objetos de sobrepartilha demanda o reexame do conjunto fático-probatório, labor proscrito à esta Corte Superior, na via especial.

5. Recurso especial não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Senhores Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Fernando Gonçalves, Aldir Passarinho Junior, João Otávio de Noronha e Luis Felipe Salomão votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 25 de novembro de 2008 (data do julgamento).

Ministro Carlos Fernando Mathias (Juiz Federal Convocado do TRF 1ª Região), Relator

DJe 02.02.2009

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Carlos Fernando Mathias (Juiz Federal Convocado do Trf 1ª Região): Trata-se de recurso especial interposto por Dilmar Daleffe, com fulcro no art. 105, inciso III, alíneas **a** e **c**, da Carta Maior, no intuito de ver reformado acórdão prolatado pelo egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, sob o fundamento de ter o mesmo malferido os arts. 86, 92 e 147, II, do Código Civil de 1916, bem como por estar configurado dissídio pretoriano acerca da questão versada nos autos.

Noticiam os autos que Maura Soriano, ora recorrida, ajuizou ação ordinária de anulação de partilha de separação amigável em desfavor do ora recorrente, ao argumento de terem sido omitidos pelo recorrido haveres que detinha nas várias empresas das quais seria sócio-cotista, no valor aproximado de Cr$ 10.000.000.000,00 (dez bilhões de cruzeiros). Asseverou, assim, em sua exordial, que ao omitir a existência destes, deixando de relacioná-los entre os bens do casal para serem partilhados em igualdade - vez que de comunhão universal o regime de bens -, agiu dolosamente o demandado, induzindo-a a erro, com o escopo de ficar indevidamente com essa parte do patrimônio do casal.

Formulou, ainda, a autora, pedido sucessivo, com esteio no art. 289 do CPC, no sentido de que, acaso não deferida a pretensão anulatória da partilha, fosse sobrepartilhado o referido patrimônio sonegado.

O juízo de primeiro grau julgou improcedentes os pedidos formulados pela autora da demanda (fls. 943/965), o que ensejou o manejo, por parte da mesma, de recurso de apelação.

A Terceira Câmara Cível do egrégio TJ-PR, por unanimidade de votos dos seus integrantes, deu provimento ao apelo interposto pela autora, julgando prejudicado apelo intentado pelo réu, para, julgando procedente seu pedido sucessivo, "determinar seja feita a sobrepartilha dos haveres do réu existentes, por ocasião da homologação da separação consensual, nas empresas de que era sócio, consistentes na diferença entre o valor nominal das cotas sociais, conforme consta na relação de bens, e o seu valor patrimonial, consoante apurado pela prova pericial, e que deverá ser atualizado até a data em que for efetivamente

entregue à autora a parte que lhe couber na sobrepartilha" (fl. 1.055). O aresto na ocasião exarado recebeu a seguinte ementa:

> Separação consensual. Partilha de bens. Cotas sociais atribuídas ao separando. Haveres deste, nas empresas das quais é sócio, omitidos e por isso não partilhados. Direito da separanda à sobrepartilha. Recurso provido. (fl. 1.046)

Opôs o ora recorrente embargos de declaração (1.066/1.070), que foram rejeitados, em aresto assim ementado:

> Embargos de declaração. Alegada omissão sobre questão que diz respeito à liberdade dos cônjuges de partilhar os bens segundo suas conveniências. Ausência. Pretendida. Contradição. Inexistência. Embargos rejeitados.
>
> - Quando as questões suscitadas são enfrentadas no acórdão, inexistem omissões a serem supridas. O dizer-se que não houve vício de consentimento porque se partilhou o que se queria partilhar, nos termos da partilha, não está em contradição com a assertiva de que os haveres sociais, não descritos e não partilhados, sujeitam-se à sobrepartilha.

Ainda irresignado com o teor do v. Acórdão prolatado, interpôs o demandado o recurso especial que ora se apresenta, por ofensa aos arts. 86, 92 e 147, II, do Código Civil de 1916, bem como existência de dissídio pretoriano sobre a questão versada nos autos. Em suas razões recursais (fls. 1.085/1.098), aduz, em síntese, que "se os autos tratam de caso de anulação de partilha amigável e não houve qualquer vício de consentimento, não poderia o acórdão, em hipótese alguma, concluir pela sobrepartilha de bens" (fl. 1.089). Deixa evidenciado que "a questão que o Tribunal Superior deverá analisar consiste em definir se as partes têm ou não liberdade para dispor na partilha da separação judicial consensual e, por igual, se é possível determinar sobrepartilha uma vez declarada pela via ordinária a inexistência de vício de consentimento" (fl. 1.093).

A recorrida apresentou suas contra-razões ao apelo nobre, pugnando pela inadmissão ou desprovimento do mesmo (fls. 1.119/1.125).

Na origem, em exame de prelibação, o recurso recebeu crivo positivo de admissibilidade (fls. 1.129/1.131), ascendendo, assim, à esta Corte Superior.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Carlos Fernando Mathias (Juiz Federal Convocado do TRF 1ª Região) (Relator): Não merecem guarida as pretensões do recorrente.

Cinge-se a controvérsia a saber se possível, em ação anulatória de partilha de bens em separação consensual, o acolhimento de pedido sucessivo de sobrepartilha dos bens sonegados, quando não verificada a existência de vício de vontade autora.

A ausência de procedimento específico para o processamento da partilha de bens conseqüente à dissolução das sociedades familiares é matriz de algumas dificuldades de interpretação e de condução dos feitos dessa natureza, não raro suscitando discussões, retardamento das ações e até anulação do processo ante a violação ao princípio constitucional de obediência ao devido processo legal.

Como de sabença, não escapa ao procedimento da partilha aquela vazada na separação consensual, que para a finalidade da divisão deve ser entendida como o acordo de que trata o art. 1.031 do CPC, ressalvadas, por óbvio, as particularidades da separação conjugal.

Deveras, é entendimento sumulado do Pretório Excelso ser irretratável o ajuste de desquite em especial após a ratificação judicial que obedece todas as cautelas observadas pela lei (Súmula n. 305-STF: "Acordo de desquite ratificado por ambos os cônjuges não é retratável unilateralmente").

Na partilha consensual, de fato, como sustentado pelo recorrente, não se obedece necessariamente a igualdade das meações, haja vista a natureza disponível do patrimônio em questão, tanto que havendo disparidade entre os valores que couberem a um e outro cônjuge, considera-se doação aquela parcela que o beneficiado receber a maior em relação ao valor percebido pela outra parte, sobre ela incidindo, inclusive, o imposto de transmissão, a que o STF denominou outrora imposto de reposição (Súmula n. 116-STF: "Em desquite ou inventário, é legítima a cobrança do chamado imposto de reposição, quando houver desigualdade nos valores partilhados").

Assim é que, uma vez ultimada a partilha consensual dos bens comuns, prolatada a sentença homologatória e passada esta em julgado, a divisão, em tese, somente poderá ser impugnada através da ação de anulação, presente o vício de consentimento.

In casu, a partir da análise do conjunto fático-probatório carreado aos autos, concluiu a Corte de origem pela inexistência de qualquer vício de consentimento capaz de infirmar a partilha homologada, tanto que manteve o julgamento de improcedência do pedido principal formulado pela autora da demanda anulatória da partilha.

Ocorre, porém, que a partir do exame deste mesmo conjunto probatório, vislumbrou a Corte *a quo* não terem sido objeto da partilha os haveres sociais

decorrentes das ações nas empresas das quais o réu era sócio, vez que sonegada essa parte do patrimônio do casal. Assim é que foi julgado procedente o pedido sucessivo de sobrepartilha, para o qual é despiciendo ter ou não havido vício de consentimento da autora, mesmo porque, desconhecendo esta a existência do patrimônio sonegado, sequer há de se falar em consentimento.

Oportuno ressaltar que não assiste razão ao recorrente quando afirma ser inadequada a sobrepartilha dos bens sonegados em separação consensual. Em verdade, inexiste óbice à utilização do referido expediente, máxime por revelar-se, o mesmo, instrumento processual apropriado à correção da situação em tela, cuja manutenção representaria evidente hipótese de enriquecimento sem causa de um cônjuge em detrimento ao outro.

Não é outro o entendimento desta Corte Superior, consoante se infere dos seguintes precedentes:

> Civil. Separação judicial. Bens sonegados. Sobrepartilha. Os bens sonegados na separação judicial sujeitam-se à sobrepartilha; se a finalidade visada é a de integrar no patrimônio comum bens que nela deixaram de ser arrolados, não há necessidade de anular a partilha.
>
> Recurso especial não conhecido. (REsp n. 770.709-SC, Rel. Min. Ari Pargendler, Terceira Turma, julgado em 20.05.2008, DJe de 20.06.2008)

> *Separação. Partilha. Bens não arrolados. Hipótese que não justifica a rescisória, devendo-se proceder a sobrepartilha.* (REsp n. 95.452-BA, Rel. Ministro Eduardo Ribeiro, Terceira Turma, julgado em 26.06.1996, DJ 26.08.1996, p. 29.684).

Desta feita, resulta evidente tanto a inexistência de ofensa ou equivocada interpretação dos dispositivos legais apontados pelo recorrente nas razões de seu recurso especial, quanto a impossibilidade de êxito de suas pretensões ante o óbice do verbete Sumular n. 7 desta Corte Superior.

Isto porque, *in casu*, depende o pleito do recorrente que seja infirmada a conclusão da Corte *a quo*, no sentido de que foram sonegados os haveres das ações das sociedades das quais figura como cotista, solução esta que demanda, inarredavelmente, o reexame do conjunto fático-probatório carreados aos autos, labor que, como de sabença, é proscrito à esta Corte Superior, na via especial.

Ex positis, *não conheço* do presente recurso especial.

É como voto.

VOTO

O Sr. Ministro Aldir Passarinho Junior: Sr. Presidente, também estou de acordo. No caso, ela requereu a ação anulatória e condicionou o pedido à sobrepartilha.

É interessante observar que pode haver uma situação peculiar em que aquele que sonega, exatamente por estar sonegando numa determinada parte substancial do patrimônio, que não é do conhecimento do outro cônjuge, abre mão de certos bens em que, por exemplo, nessa partilha oficial, até então feita amigavelmente, o outro cônjuge leve mais bens e ele, menos, até para mascarar a situação em que sonega os bens. Numa situação peculiar dessa, sim, a anulação seria interessante, porque a idéia é dar o equilíbrio às duas partes. Mas como se considera que no litígio consensual, quando um leva mais do que o outro, a idéia é de que houve um caráter de doação, não há problema. E menos ainda no presente caso, que o próprio pedido dela foi anulatório, quer dizer, ela mesma se sentiu também prejudicada na partilha oficial. Mas pode haver essa peculiaridade, principalmente se a primeira partilha tiver sido litigiosa e, depois, se descobrir novos bens e então se parte para uma sobrepartilha. Nesse caso, evidentemente que o equilíbrio da primeira partilha poderia não refletir um patrimônio equalizado na divisão original.

Isso foi somente uma observação, e não é o caso que aqui ocorre e, sim, o que poderia acontecer.

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

RECURSO ESPECIAL N. 493.527-SP (2002/0154170-0)

Relator: Ministro Carlos Fernando Mathias (Juiz Federal Convocado do TRF 1ª Região)
Recorrente: José Carlos da Silva e outro
Advogado: Marcos Antônio Martins e outro
Recorrido: Gigo e Companhia Ltda - Massa Falida
Advogado: Rolff Milani de Carvalho - Síndico e outros

EMENTA

Comercial. Recurso especial. Falência. Arrecadação dos bens. Bloqueio do veículo alienado antes da decretação da falência. Embargos de terceiro contra a massa falida. Sentença de improcedência com reconhecimento de ineficácia do ato de alienação. Inadmissibilidade. Necessidade de propositura de ação revocatória. Arts. 52 e 149 do Decreto-Lei n. 7.661/1945 (antiga Lei de Falências). Precedentes.

1. Nos termos da jurisprudência desta Corte Superior, é indispensável a propositura de ação revocatória para que a massa obtenha a declaração de ineficácia da alienação, sem autorização judicial, levada a efeito durante a concordata, *ipso facto* "Não pode o Juiz simplesmente declarar ineficaz a alienação do bem ocorrida antes da decretação da falência, incidentalmente na sentença que julga os embargos de terceiro" (REsp n. 594.609-SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, DJU de 24.10.2005).

2. Recurso especial provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Senhores Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, dar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Aldir Passarinho Junior, João Otávio de Noronha e Luis Felipe Salomão votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Fernando Gonçalves.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro João Otávio de Noronha.

Brasília (DF), 10 de fevereiro de 2009 (data do julgamento).

Ministro Carlos Fernando Mathias (Juiz Federal Convocado do TRF 1ª Região), Relator

---

DJe 26.02.2009

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Carlos Fernando Mathias (Juiz Federal Convocado do TRF 1ª Região): Trata-se de recurso especial interposto por José Carlos a Silva e outro, com fulcro no art. 105, inciso III, alíneas **a** e **c**, da Constituição, no intuito de ver

reformado acórdão prolatado pelo egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que recebeu a seguinte ementa:

> Concordata preventiva convolada em falência. Venda de bem móvel pertencente ao ativo. Necessidade de autorização judicial. Arrecadação do bem na falência. Pretensão do terceiro adquirente à exclusão do mesmo. Sentença julgando improcedentes os embargos de terceiros. Inocorrência de cerceamento de defesa. Recurso desprovido.

Alegam que foi negada vigência aos artigos 53, 55 e 149, do Decreto-Lei n. 7.661/1945, aos arts. 332 e 333 do Código de Processo Civil, bem como sustentam estar configurado dissídio jurisprudencial com o REsp n. 6881-SP, bem como com a Apelação Cível n. 7.147-1 do TJSP.

Noticiam os autos que os ora recorrentes opuseram embargos de terceiro em face da massa falida de Gigo & Cia Ltda, postulando pelo reconhecimento do direito de propriedade sobre veículo automotor adquirido da falida quando esta se encontrava sob os benefícios da concordata preventiva, bem como pela exclusão da restrição que fora imposta ao referido bem nos autos da falência.

Na inicial alegam os recorrentes terem adquirido o veículo sem conhecimento da situação da recorrida, sendo, assim, adquirentes de boa-fé.

O juízo de primeiro grau, valendo-se do art. 149 do Decreto-Lei n. 7.661/1945, entendendo que a ineficácia do ato de alienação de bem imóvel sujeito à cláusula de concordata sem autorização judicial pode ser invocada como matéria de defesa na presente ação, julgou improcedente o pedido formulado pelos embargantes, condenando-os, ainda, ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, estes últimos fixados em R$ 900,00 (novecentos reais).

Inconformados, os terceiros-embargantes interpuseram recurso de apelação (fls. 350/368).

A Quinta Câmara de Direito Privado do egrégio TJ-SP, por unanimidade de votos dos seus integrantes, negou provimento ao recurso, em aresto assim ementado:

> Concordata preventiva convolada em falência. Venda de bem imóvel pertencente ao ativo. Necessidade de autorização judicial. Arrecadação do bem na falência. Pretensão do terceiro adquirente à exclusão do mesmo. Sentença julgando improcedentes os embargos de terceiros. Inocorrência de cerceamento de defesa. Recurso desprovido.

Ainda irresignados com o teor do v. acórdão prolatado, os embargantes interpuseram o recurso especial que ora se apresenta.

Em suas razões (fls. 398/417), alegam os recorrentes ofensa aos arts. 53 e 56 do Decreto-Lei n. 7.661/1945 pelo inadvertido uso do processo falimentar para arrecadação do bem que só seria possível, ao entender dos mesmos, por meio da ação revocatória que sequer foi intentada pela massa.

Afirmam que, de igual modo, apresenta-se inaplicável o art. 149 do Decreto-Lei n. 7.661/1945 à hipótese vertente, "uma vez que a melhor doutrina e jurisprudência preleciona ser indispensável a propositura da ação revocatória para que a massa obtenha declaração de ineficácia dessa transação, sob pena de enriquecimento ilícito" (fl. 404).

Por fim, apontam como malferidos os arts. 332 e 333 do CPC, vez que contrariado o princípio do devido processo legal na medida em que buscaram provar que a aquisição do bem se deu em boa-fé, concluindo com a colação de precedente desta Corte Superior, no qual consignado que "a ação revocatória é necessária para a obtenção do ato declarativo de ineficácia daquele desatentado no art. 52 da Lei de Falência" (REsp n. 6.881-SP).

A massa falida, ora recorrida, apresentou suas contra-razões ao apelo nobre (fls. 432/437), pugnando pela inadmissão ou desprovimento dele.

Na origem, em exame de prelibação, recebeu o presente recurso crivo positivo de admissibilidade, ascendendo, assim, à esta Corte Superior (fls. 444/445).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Carlos Fernando Mathias (Juiz Federal Convocado do TRF 1ª Região) (Relator): Prequestionados, ainda que implicitamente, os dispositivos legais suscitados e preenchidos os demais pressupostos de admissibilidade recursal, impõe-se o conhecimento do presente apelo nobre.

No mérito, tenho que assiste razão aos recorrentes, pelo que merecedor de reparos o aresto ora hostilizado.

Cinge-se a controvérsia em saber se necessária a propositura da ação revocatória prevista na antiga Lei de Falências (do Decreto-Lei n. 7.661/1945) para a declaração de ineficácia de alienação de bem pela concordatária, sem autorização judicial, independentemente da alegada boa-fé ou não do terceiro adquirente.

Asseverou a Corte de origem que "o reconhecimento da ineficácia da alienação não enseja a propositura da ação revocatória." (fl. 395), conclusão esta que, à luz da doutrina e do entendimento jurisprudencial desta Corte Superior, merece reforma.

Com efeito, do acórdão trazido pela recorrente como paradigma, qual seja, o REsp n. 6.881-SP, de relatoria do e. Min. Fontes de Alencar (DJ 17.03.1997), extrai-se ser necessária a ação revocatória para a obtenção do ato declarativo de ineficácia da alienação de bem do devedor, uma vez rescindida a concordata. Neste particular, oportuna a colação da ementa do referido julgado:

> Concordata. Alienação de bem do devedor.
>
> - Rescindida a concordata, a ação revocatória e necessária para obtenção do ato declarativo de ineficácia daquele desatentado no art. 52 da Lei de Falência.
>
> - Recurso conhecido em parte, e provido. Unânime. (REsp n. 6.881-SP, rel. Min. Fontes de Alencar, Quarta Turma, julgado em 27.08.1996, DJU de 17.03.1997).

Na ocasião, o i. Relator do feito foi claro em afirmar:

> A ineficácia ou revocabilidade de um ato há de ser declarada por sentença, proferida em ação revocatória. Não pode o Juiz simplesmente arrecadar, ignorando o ato, como se não existisse, o bem alienado. O ato é eficaz até que por sentença se declare o contrário, em obediência à lei. Tanto que o art. 149, parágrafo único, condiciona esta ineficácia, o que equivale a dizê-la relativa, à rescisão da concordata. Cumprida a concordata, resta intangível o ato, sem que se possa afirmar que convalesceu, pois já era perfeito; apenas continuou sendo.

Nesse esteira, é também a lição de Sampaio Lacerda:

> É por intermédio da ação revocatória que a massa falida pode obter a decretação de ineficácia ou a revogação dos atos indicados nos arts. 52 e 53 da [Lei de Falências - Decreto-Lei n. 7.661/1945]. ("Manual de Direito Falimentar", 10ª ed., Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1978, n. 85, p. 145)

No mesmo sentido é o entendimento de Amaury Campinho, segundo o qual para o reconhecimento de ineficácia dos atos enumerados no art. 52 do Decreto-Lei n. 7.661/1945 "é necessária a propositura da ação revocatória." ("Manual de falência e concordata", 6ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, p. 62)

Rubens Requião, por seu turno, observa:

> Note-se que, a princípio, não é necessário a ação para declarar a ineficácia do ato, nos casos do art. 52; aqui, a ineficácia decorre *pleno jure*, resulta da norma legal em si. *Se o terceiro, todavia, se opõe à restituição da coisa objeto do contrato, a ação*

> *se torna então necessária*. (Curso de direito falimentar, 1° vol., 17ª ed., São Paulo Saraiva, 1998, p. 239 - grifado e destacado)

Deveras, não poderia o juiz singular declarar ineficaz a alienação do automóvel adquirido pelos recorrentes, na sentença que julgou os embargos de terceiro. Referida declaração, incidentalmente, nos embargos, ofende os princípios constitucionais do contraditório e do devido processo legal (art. 5º, incisos LIV e LV, da CF), bem como o princípio processual da adstrição (art. 128 do CPC), caracterizando a decisão como *extra petita*, tendo em vista que o juiz está adstrito ao pedido formulado (na hipótese, a proteção da posse dos recorrentes sobre o automóvel adquirido da recorrida).

Ademais, consoante já decidido por esta Corte Superior no prefalado precedente jurisprudencial "a reintegração por ordem judicial do bem ao ativo, pura e simplesmente, sob o pálio da ineficácia absoluta do ato de sua alienação, provoca o enriquecimento sem justa causa da massa." (REsp n. 6.881-SP)

Oportuno ressaltar, ainda, a existência de precedentes de ambas as Turmas integrantes da egrégia Segunda Seção desta Corte Superior, no sentido da necessidade da propositura da ação revocatória para declaração de ineficácia dos atos enumerados no art. 52 do Decreto-Lei n. 7.661/1945:

> Direito Falimentar. Ação revocatória. Declaração de ineficácia. Dação em pagamento. Termo legal. Art. 52, DL n. 7.611/1945. Via adequada. Precedente. Doutrina. Recurso desacolhido.
>
> - Na linha da melhor doutrina, 'é por intermédio da ação revocatória que a massa falida pode obter a decretação da ineficácia ou a revogação dos atos indicados nos arts. 52 e 53 da Lei' (dentre outros, Sampaio Lacerda, Manual de Direito Falimentar, 12ª ed., Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1985, n. 85, p. 143). (REsp n. 259.265-SP, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJU de 20.11.2000)
>
> Alienação de bem pela concordatária sem autorização judicial. Ineficácia. Ação revocatória. Necessidade.
>
> A ineficácia em relação à massa da alienação realizada pela falida, enquanto concordatária, de bens integrantes de seu patrimônio, ainda que de boa-fé o terceiro adquirente, deve ser reconhecida em sede de ação revocatória. Recurso conhecido e provido. (REsp n. 336.732-SP, Rel. Min. Castro Filho, DJU de 10.06.2002)

Finalmente, traz-se à colação aresto desta Corte, exarado quando do julgamento do REsp n. 594.609-SP pela egrégia Terceira Turma, de relatoria da e. Min. Nancy Andrighi que, apreciando questão idêntica a que ora se afigura, ficou assim ementado:

Direito Comercial. Falência. Arrecadação dos bens. Bloqueio do veículo adquirido antes da decretação da falência. Embargos de terceiro contra a massa falida. Sentença de improcedência com reconhecimento de ineficácia do ato de alienação. Inadmissibilidade.

Necessidade de propositura de ação revocatória. Interpretação dos arts. 52 e 149 do Decreto-Lei n. 7.661/1945 (antiga Lei de Falências). Precedentes.

- É indispensável a propositura de ação revocatória para que a massa obtenha a declaração de ineficácia da alienação, sem autorização judicial, levada a efeito durante a concordata.

- Não pode o Juiz simplesmente declarar ineficaz a alienação do bem ocorrida antes da decretação da falência, incidentalmente na sentença que julga os embargos de terceiro.

Recurso especial provido. (REsp n. 594.609-SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 06.10.2005, DJU de 24.10.2005, p. 309).

Ante o exposto, *dou provimento* ao recurso especial, ficando, consequentemente, invertidos os ônus sucumbenciais.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 883.685-DF (2006/0165242-8)

Relator: Ministro Fernando Gonçalves
Recorrente: Hospital Geral e Ortopedico de Brasília S/A - HGO
Advogado: João Marcos de Werneck Farage e outro(s)
Recorrido: Luiz Alberto de Souza e Silva
Advogado: Renato Manuel Duarte Costa e outro(s)

EMENTA

Responsabilidade civil. Contratação do hospital em vista de sua especialidade. Denunciação da lide ao médico. Impossibilidade. Nexo de causalidade. Súmula n. 7-STJ. Danos morais. Fixação em valor razoável. Dissídio jurisprudencial não configurado. Ausência de similitude fática.

1. Conforme consignado no aresto recorrido, o hospital foi procurado pelo paciente em vista de sua especialidade - ortopedia. Em hipóteses desse jaez, na qual o profissional de saúde não interfere na escolha do nosocômio, não há possibilidade de se instaurar lide secundária. Precedentes.

2. Se o Tribunal de origem entende ter o autor se desincumbido de seu ônus probatório, demonstrando o nexo de causalidade entre a conduta do hospital e os danos por ele experimentados, não há como rever esse entendimento em sede de especial, ante o óbice da Súmula n. 7-STJ.

3. O valor arbitrado a título de danos morais não se mostra desarrazoado de modo a justificar a excepcional intervenção desta Corte.

4. Não há similitude fática entre a hipótese dos autos e aquela tratada no aresto paradigma, o que inviabiliza o reconhecimento do aventado dissídio jurisprudencial.

5. Recurso especial não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do recurso especial. Os Ministros Aldir Passarinho Junior, João Otávio de Noronha, Luis Felipe Salomão e Carlos Fernando Mathias (Juiz Federal convocado do TRF 1ª Região) votaram com o Ministro Relator.

Brasília (DF), 05 de março de 2009 (data do julgamento).

Ministro Fernando Gonçalves, Relator

DJe 16.03.2009

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Fernando Gonçalves: Cuida-se de recurso especial interposto por Hospital Geral e Ortopédico de Brasília S/A - HGO, com base nas letras **a** e **c** do permissivo constitucional, contra acórdão da Terceira Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, integrado por embargos de declaração, cuja ementa tem o seguinte teor:

> Responsabilidade civil. Ação indenizatória. Erro médico. Legitimidade passiva do hospital. Código de Defesa do Consumidor. Inexigibilidade de preposição. Dano moral. Presentes os elementos caracterizadores. Valor fixado corretamente. Denunciação à lide. Improcedência. Honorários sob o pálio legal. Correção monetária e juros moratórios. Incidência a partir da sentença. Recursos desprovidos. Unânime. O hospital é um fornecedor de serviços, nos termos do artigo 3º, do CDC, devendo responder objetivamente pela reparação de danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, conforme o caput do artigo 14 da Legislação Consumerista. A relação de preposição pode ser interpretada extensivamente, como no caso que o paciente procura o hospital e este indica o médico que incorre em erro. Para o acolhimento do dano moral, não se faz necessária a comprovação de dano moral em si, bastando a demonstração do fato danoso e o nexo de causalidade entre a ação do agente e a lesão sofrida. O valor fixado atendeu ao requisito da compensação do infortúnio suportado pelo demandante e a responsabilidade da lesão causada ao demandado. A parte não pode valer-se da denunciação à lide alegando qualquer direito de regresso, mas apenas aqueles indicados em obrigação legal ou contratual. Os juros moratórios e a correção monetária são incidentes a partir da sentença. (fls. 345)

Assinala, no essencial, não ter o Tribunal de origem se manifestado acerca de pontos determinantes para o julgamento da lide, a exemplo do fato de o tiro recebido pelo recorrido constituir fator de infecção, deste ter abandonado o tratamento médico, existir intervenção anterior realizada em outro hospital, bem como ter sido fornecido ao paciente tratamento e material apropriado. Afirma, ainda, restar o aresto omisso no que respeita à ausência de nexo de causalidade entre o dano experimentado pelo recorrido e o ato praticado em suas dependências, além de existir contrato de prestação de serviços celebrado com o médico de forma tácita, o que autoriza, segundo seu entender, a denunciação da lide a este.

Argumenta, nessa ordem de idéias, que se reconhecida a culpa do médico no acórdão recorrido, autorizada está a ação regressiva e, portanto, indiscutível a necessidade de ser deferida a denunciação à lide nos termos requeridos, estando configurada a hipótese prevista no art. 70, III, do Código de Processo Civil.

Aduz, por outro lado, não ter o recorrido comprovado o fato constitutivo de seu direito, mais especificamente, o nexo de causalidade entre o ato culposo e os danos por ele experimentados, incidindo o aresto em maltrato ao art. 333, I, do Código de Processo Civil.

Pretende, de outra parte, seja reduzido o valor fixado a título de danos morais, R$ 15.000,00 (quinze mil reais), pois desproporcional a seu grau de culpa, que

pode ser considerado mínimo. Não fosse isso, foi desconsiderado no momento do arbitramento ter o recorrido abandonado o tratamento, concorrendo, assim, para o resultado danoso, que, aliás, deveria ter-lhe sido imputado com exclusividade.

Aponta, por fim, para fins de demonstração de divergência (letra **c**) julgado deste relator.

Contra-razões às fls. 426/432.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Fernando Gonçalves (Relator): Colhe-se dos autos que o recorrido, agente da polícia federal, foi atingido por um tiro quando participava de diligência realizada em Palmas, sendo ali socorrido e, depois, conduzido até Brasília, onde se encaminhou ao hospital recorrente para cuidar da lesão mandibular sofrida.

No entender do paciente o tratamento a ele prestado, porém, foi inadequado, resultando em dano moral, do qual pretende se ver ressarcido. Nesse contexto, ingressa com ação de indenização, julgada procedente em primeira instância, decisão confirmada pelo Tribunal de origem.

Inconformado, o nosocômio interpõe o presente recurso especial, que ora passo ao exame.

De início, não se vislumbra violação ao art. 535, I e II, do CPC, porquanto as questões submetidas ao Tribunal de origem foram suficiente e adequadamente delineadas, com abordagem integral do tema e fundamentação compatível.

Nesse contexto, impende ressaltar, em companhia da tradicional doutrina e do maciço entendimento pretoriano, que o julgado apenas se apresenta como omisso quando, sem analisar as questões colocadas sob apreciação judicial, ou mesmo promovendo o necessário debate, deixa, entretanto, num caso ou no outro, de ministrar a solução reclamada, o que não ocorre na espécie.

De outra parte, no que respeita à denunciação à lide, resta consignado no aresto recorrido, na parte que reproduz trecho da sentença, ter o paciente se dirigido ao hospital em virtude da especialidade de seus serviços e não com a finalidade de ser atendido por profissional determinado. Confira-se:

> ...Máxime se nada está a indicar que o autor tenha se dirigido àquele hospital especificamente para ser atendido por tal ou qual médico, ao contrário, foi ao local em virtude de sua especialidade - ortopedia - aguardando até a localização de um médico que se julgasse apto para a realização da cirurgia necessária ao

> seu restabelecimento. O próprio litisdenunciado afirma que compareceu no estabelecimento hospitalar, em virtude de convite formulado pelo corpo clínico do réu... (fl. 355).

Em hipóteses dessa natureza, já decidiu esta Corte pela impossibilidade de se instaurar lide secundária, sob pena de retardamento do processo, em detrimento dos interesses do autor. Transcrevo, por oportuno, trecho do voto do Min. Aldir Passarinho Junior, no julgamento do REsp n. 445.845-SP, *verbis*:

> Se um paciente seleciona e contrata um médico da sua confiança, e paralelamente escolhe o hospital, que se limitará a fornecer, por exemplo, apartamento e sala de cirurgia, em havendo lesões decorrentes da operação, poder-se-ia admitir, aí, a denunciação à lide, já que foi pessoal a indicação, e o nosocômio apenas limitou-se a fornecer a infra-estrutura respectiva.
>
> Mas se a cirurgia é contratada com um hospital, cuja própria equipe opera o paciente, a ação deve ser direcionada exclusivamente contra a instituição, possível o direito de regresso, mas em lide diversa.
>
> No caso dos autos, ao que se depreende dos elementos fáticos colhidos na fase instrutória, a escolha do hospital se deu em face de plano de saúde do pai do menor, e o atendimento realizado pela própria equipe de médicos integrada à estrutura do nosocômio, por ele ou contratada, ou credenciada, ou autorizada a atuar em suas instalações.
>
> (...).
>
> Em tais circunstâncias, que não podem ser aqui revolvidas em face do óbice da Súmula n. 7 do STJ, tenho que a relação jurídica se instaurou, no que pertine ao autor, apenas com vinculação ao hospital réu, de sorte que a pretensão de denunciação à lide, quer do médico anestesista, quer da sociedade comercial da qual este participa ou por conta da qual atua, importa em desvio do direcionamento da demanda, uma controvérsia nova, que não tem razão para ser aqui instaurada em prejuízo do interesse do ora recorrido, que faz jus ao célere andamento processual, que restaria irremediavelmente retardado pela discussão de questões paralelas, que não lhe dizem respeito.

Não fosse isso, a responsabilidade do hospital e a do médico tem fundamentos diversos, o que denota a impropriedade da denunciação à lide nessas circunstâncias, dada a necessária ampliação da controvérsia inicial.

A propósito:

> Processo Civil. Ação proposta contra clínica. Denunciação da lide ao profissional responsável pelo tratamento médico.

> A denunciação da lide, nos casos previstos no art. 70, inciso III, do Código de Processo Civil, supõe que o resultado da demanda principal se reflita automaticamente no desfecho da ação secundária; tema que amplie a controvérsia inicial ou demande outras provas não pode ser embutido no processo. Recurso especial conhecido e provido. (REsp n. 673.258-RS, Rel. Ministro Ari Pargendler, Terceira Turma, julgado em 28.06.2006, DJ 04.09.2006, p. 262).

Cumpre ressaltar, de todo modo, que não há prejuízo para o recorrente que sempre poderá postular ressarcimento em ação própria.

Melhor sorte não assiste ao hospital no que pertine à alegada falta de comprovação pelo autor do fato constitutivo de seu direito, com o conseqüente desatendimento do encargo a ele imposto pelo art. 333, I, do Estatuto Processual.

Com efeito, entende o Tribunal de origem ter o autor se desincumbido de seu ônus probatório, como se pode constatar dos seguintes trechos do acórdão, *verbis*:

> Compulsando os autos, verifico neles constar vários documentos que com o Laudo de Exame Pericial produzido constituíram um conjunto probatório totalmente compatível com o deslinde dado à causa pela i. Magistrada sentenciante, qual seja, o reconhecimento de dano indenizável.
>
> (...).
>
> Ressalto que a alegação de que o autor tenha contribuído para o resultado danoso não pode prosperar, vez que como consignado pela i. Magistrada sentenciante, *in verbis*:
>
> > A ausência à consulta médica poderia, quando muito, ter precipitado ou agravado a extensão do dano causado, não sendo, contudo, sua causa, razão pela qual influiria, se o caso, tão somente na fixação do *quantum* devido a título de indenização.
> >
> > (...).
>
> O defeito na prestação do serviço mostra-se evidente, pois o arcabouço probatório aponta no sentido de ser a placa utilizada na cirurgia realizada no autor inapropriada, notadamente em face dos esclarecimentos prestados pelo expert. Confira-se:
>
> > O sistema semi-tubular de aço inoxidável utilizado neste caso é uma placa reta e arredondada e é desenvolvido para ossos retos e arredondados, o que não é o caso da mandíbula. O sistema de titânio utilizado neste caso é desenvolvido para a reconstrução da região mandibular, sendo a placa plana e com angulação própria.

> Além do incorreto uso da placa semi-tubular, pesa contra o Hospital-réu a inexistência de comunicação nesse sentido ao autor, permitindo que esse acreditasse no sucesso do procedimento cirúrgico.
>
> De outra banda, como bem assinalado pelo perito, além do material inadequado, a placa restou incorretamente fixada, pois não foram utilizados todos os parafusos necessários, *causando todo o desconforto experimentado pelo requerente*. (fls. 352 e 358 - grifo nosso)

Mudar referidas conclusões para encampar as alegações do recorrente no sentido de não restar comprovado o nexo de causalidade entre sua conduta e os danos experimentados pelo recorrido, ou mesmo ter o dano decorrido de culpa exclusiva do paciente, demanda incursão no conjunto fático-probatório dos autos, o que encontra óbice na Súmula n. 7-STJ.

Por outro lado, o valor arbitrado a título de danos morais, R$ 15.000,00 (quinze mil reais) não se mostra desarrazoado, de modo a justificar a excepcional intervenção desta Corte.

Nesse sentido:

> Agravo interno. Ação de indenização. Danos morais. Reexame de prova. Impossibilidade.
>
> I - A discussão com relação ao montante fixado a título de danos morais exige reexame de fatos e provas, circunstância obstada pela Súmula n. 7 desta Corte.
>
> II - Este Tribunal, por suas turmas de Direito Privado (mormente a 3ª Turma), só tem alterado os valores assentados na origem quando realmente exorbitantes, alcançando quase que as raias do escândalo, do teratológico; ou, ao contrário, quando o arbitrado pela ofensa é tão diminuto que, em si mesmo, seja atentatório à dignidade da vítima. Não é o caso dos autos.
>
> Agravo improvido. (AgRg no Ag n. 904.024-RJ, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, julgado em 21.02.2008, DJ 13.03.2008).

Não encontra ressonância nos autos, também, a afirmativa de não ter sido levado em conta pela Corte de origem, ao fixar o *quantum* indenizatório, o fato do recorrido ter levado um tiro, que constitui fator relevante de infecção, ou ainda de ter se submetido a procedimento cirúrgico anterior em Palmas, além de ter abandonado o tratamento. De fato, consoante se verifica do trecho acima transcrito, o acórdão bem aprecia as provas dos autos, levando em conta as circunstâncias ensejadoras do dano, inclusive no que pertine à pretensa concorrência do autor para sua configuração, não havendo qualquer motivo, nesse diapasão, para alteração do montante fixado a título de indenização.

Por fim, não há similitude fática entre a hipótese tratada no aresto trazido como paradigma e a situação representada nestes autos.

Com efeito, o acórdão paradigma cuida de episódio em que a responsabilidade dos médicos pelos danos experimentados pelo paciente foi excluída e, em razão disso, também foi afastada a do hospital, pois "o entendimento prevalente é de que a reparação em face da casa de saúde, em princípio, apenas terá lugar quando provada a culpa ou dolo do médico.

Transcrevo a conclusão do voto para melhor elucidar a questão, *verbis*:

> Em conclusão, pois, adotando-se a linha da responsabilidade subjetiva, se os médicos que cuidaram da filha dos autores não têm culpa pela morte da criança, constatação extraída do acórdão recorrido, com base nas provas dos autos e, por isso mesmo, como já declinado, imune ao crivo do especial, *ut* Súmula n. 7-STJ, afigura-se, no mínimo, sem propósito, diante destes fundamentos, condenar o Hospital e Maternidade Jundiaí S/A.

No caso em apreço, como já reiteradamente afirmado, as provas dos autos apontam em sentido diverso, ficando constatada tanto a responsabilidade do nosocômio, quanto a do médico ali autorizado a atender, *verbis*:

> Além do incorreto uso da placa semi-tubular, pesa contra o Hospital-réu a inexistência de comunicação nesse sentido ao autor, permitindo que esse acreditasse no sucesso do procedimento cirúrgico.
>
> De outra banda, como bem assinalado pelo perito, além do material inadequado, a placa restou incorretamente fixada, pois não foram utilizados todos os parafusos necessários, causando o desconforto experimentado pelo requerente. (fls. 14)

Nesse contexto, ausente a identidade de situações, não há como reconhecer o aventado dissídio jurisprudencial.

Não conheço do recurso especial.

RECURSO ESPECIAL N. 968.091-DF (2007/0157447-5)

Relator: Ministro Fernando Gonçalves
Recorrente: Centrais Elétricas do Norte do Brasil S/A - Eletronorte
Advogado: Ilmar Galvão
Recorrido: Sondotécnica Engenharia de Solos S/A
Advogado: Aldir Guimarães Passarinho e outro(s)

EMENTA

Recurso especial. Ação rescisória. Obrigação. Descumprimento. Cláusula penal moratória. Cumulação com lucros cessantes. Possibilidade. Violação a literal disposição de lei. Inexistência. Dissídio jurisprudencial. Ausência de similitude fática.

1. A instituição de cláusula penal moratória não compensa o inadimplemento, pois se traduz em punição ao devedor que, a despeito de sua incidência, se vê obrigado ao pagamento de indenização relativa aos prejuízos dele decorrentes. Precedente.

2. O reconhecimento de violação a literal disposição de lei somente se dá quando dela se extrai interpretação desarrazoada, o que não é o caso dos autos.

3. Dissídio jurisprudencial não configurado em face da ausência de similitude fática entre os arestos confrontados.

4. Recurso especial não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Ministro João Otávio de Noronha, acompanhando o voto do Ministro Relator, e os votos dos Ministros Luís Felipe Salomão e Carlos Fernando Mathias, no mesmo sentido, por unanimidade, não conhecer do recurso especial. Impedido o Ministro Aldir Passarinho Junior.

Brasília (DF), 19 de março de 2009 (data do julgamento).

Ministro Fernando Gonçalves, Relator

DJe 30.03.2009

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Fernando Gonçalves: Cuida-se de recurso especial interposto por Eletronorte - Centrais Elétricas do Norte do Brasil S.A, com base nas letras **a** e **c** do permissivo constitucional, contra acórdão da Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, integrado por embargos de declaração, cuja ementa tem o seguinte teor:

Ação rescisória. Competência. Art. 485, V, CPC. Violação literal disposição de lei. Inocorrência.

1 - Não examinado o mérito da causa pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça, em sede de agravo de instrumento, esta egrégia Corte mostra-se competente para o julgamento da ação rescisória.

2 - A ação rescisória não se presta para o reexame da causa, como sucedâneo de recurso ordinário.

3 - A existência de divergência jurisprudencial a respeito da matéria, não autoriza a propositura de ação rescisória e não há que se falar em negativa de vigência dos dispositivos legais apontados.

4 - Preliminar rejeitada, por maioria. Ação julgada improcedente, por unanimidade. (fl. 371)

Assinala, preliminarmente, não ter o Tribunal de origem explicitado as razões pelas quais admite a possibilidade de cumulação da multa contratual com lucros cessantes, restando malferido o art. 535, II, do Código de Processo Civil, bem como o art. 154 em análise conjunta com o art. 458 do mesmo Estatuto, os quais estabelecem como requisito essencial do acórdão a identificação dos fundamentos utilizados pelo juiz para análise das questões de fato e de direito.

No mérito, assevera que o acórdão, firmando o descabimento da rescisória, nega vigência ao art. 485, V, da Lei Adjetiva, porquanto o aresto rescindendo incide em violação a literal disposição de lei - o art. 919 do Código Civil de 1916 - ao admitir a cumulação de multa contratual com lucros cessantes.

Esclarece que a função da multa ou cláusula penal moratória consiste em prefixar o prejuízo do credor em decorrência do não cumprimento, pelo devedor, a tempo e modo, de sua obrigação. Nesse contexto, representa a prévia liquidação das perdas e danos, isentando o credor de fazer prova da extensão do prejuízo experimentado, não podendo ser exigida, nessa ordem de idéias, conjuntamente com os lucros cessantes, visto nela estarem incluídos.

Aponta para fins de demonstração de divergência (letra **c**) julgado deste Superior Tribunal de Justiça - REsp n. 556.620-MT.

Contra-razões (fls. 493/508).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Fernando Gonçalves (Relator): Colhe-se dos autos que as partes firmaram "instrumento de consolidação" no qual a recorrente reconhece

devida a importância de CR$ 1.019.931.331,93 (um bilhão, dezenove milhões, novecentos e trinta e um mil, trezentos e trinta e um cruzeiros reais e sessenta e três centavos), a serem pagos em 32 parcelas trimestrais, tendo sido emitidas 32 notas promissórias relativas ao principal e a mesma quantidade de títulos referente aos juros.

Atrasado o pagamento do débito, foi ajuizada pela recorrida ação declaratória cumulada com pedido de indenização, buscando o reconhecimento do vencimento antecipado da dívida, bem como reparação pelos danos emergentes e lucros cessantes. A ação foi julgada procedente, sendo a recorrente condenada ao pagamento, dentre outras verbas, da multa contratual e dos lucros cessantes. Interpostos os recursos pertinentes sem êxito, com trânsito em julgado da ação.

Inconformada a recorrente ingressa com ação rescisória, fundada no art. 485, V, do Estatuto Processual, alegando malferimento ao art. 919 do Código Civil de 1916, julgada improcedente pelo Tribunal de origem.

De início, o acórdão recorrido explicita suficientemente as razões pelas quais entende possível a cumulação da multa contratual com os lucros cessantes. A Relatora, adotando as razões do aresto originário, assim se manifesta, *verbis*:

> Em conclusão, é direito acumulação da cláusula penal moratória, sanção pela demora, mais a condenação pelos lucros cessantes sofridos pelo credor, que correspondem aos frutos do capital, juros remuneratórios, que obteria como aplicação financeira do capital.
>
> Assim, conclui-se que a condenação ao pagamento da multa contratual pelo atraso, correção monetária e juros constitui-se nos danos emergentes da mora e, a condenação ao pagamento do que o credor deixou de lucrar, por não dispor do capital no tempo contratualmente ajustado, constitui-se nos lucros cessantes. (fl. 410).

O revisor, a seu turno, toma a multa como cominatória, entendendo, por isso, possível a cumulação com os lucros cessantes. São os termos do seu voto, *verbis*:

> Noutra guinada, também falece conforto à autora no que pertine à impossibilidade de cumulação de multa com o pagamento de indenização por lucros cessantes.
>
> Realmente, é certa a compreensão de que a condenação ao pagamento da multa contratual em função do atraso, correção monetária e juros, consubstanciam-se no dano emergente da mora, e no que deixou de lucrar em razão de não haver o credor disposto do capital no tempo contratualmente previsto, constitui-se no denominado lucro cessante, até porque "A multa cominatória tem caráter

> intimidativo e não compensatório". Tal entendimento encontra eco na conjugação dos artigos 1.056 e 956, ambos do antigo Código Civil. (fl. 414).

Assim, não merece acolhida a alegação de padecer o aresto recorrido de omissão, ou de ausência de fundamentação.

No mérito, a questão se cinge à verificação da possibilidade de cumulação da cláusula penal moratória com o pagamento da verba atinente aos lucros cessantes, como admitido no acórdão rescindendo e ratificado no aresto recorrido.

Sobre o tema já decidido por esta Quarta Turma, no julgamento do REsp n. 734.520-MG, sendo oportuna a transcrição de trecho do voto do saudoso Ministro Hélio Quaglia Barbosa que bem elucida a questão posta, *verbis*:

> 14. Relativamente à eventual limitação imposta pela existência de cláusula penal no contrato firmado entre as empresas litigantes, razão cabe tampouco à recorrente.
>
> Primeiro porque não se está a falar de resolução contratual, campo natural da incidência da cláusula penal; como já consignado alhures, reclama a empresa MBR, tão-somente, os prejuízos advindos do total inadimplemento do contrato, sem, contudo, demandar a resolução da avença.
>
> Doutra parte, dúvida não há de que a cláusula penal possui dupla finalidade: ou funciona como verdadeira pré-liqüidação das perdas e danos advindas do descumprimento do contrato, a chamada cláusula penal compensatória, ou equivale a um reforço ao adimplemento da obrigação, na forma e tempo avençados, quando então será chamada de cláusula penal moratória.
>
> Num primeiro momento, na falta de critérios mais precisos para se definir quando é compensatória ou moratória a cláusula penal, recomenda a doutrina "que se confronte o seu valor com o da obrigação principal, e, se ressaltar sua patente inferioridade, é moratória" (Caio Mário da Silva Pereira *in Instituições de Direito Civil*. Vol. II. Teoria Geral das Obrigações. 18ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 106).
>
> Detalha o saudoso civilista:
>
> *Quando a cláusula penal é moratória, não substitui nem compensa o inadimplemento. Por esta razão, nenhuma alternativa surge, mas, ao revés, há uma conjunção de pedidos que o credor pode formular: o cumprimento da obrigação principal que não for satisfeita oportunamente, e a penal moratória, devida como punição ao devedor, e indenização ao credor pelo retardamento oriundo da falta daquele (op. cit., páginas 106/107).*
>
> Essa foi também a distinção posta pelo Tribunal mineiro, *in ipsis verbis*:

> *Não há como substituir os danos e ou lucros cessantes originados por um contrato descumprido pela estipulação de uma cláusula penal*, pois esta é instituída para fazer com que as partes contratantes cumpram suas obrigações, podendo ser exigida independentemente da apuração de eventuais prejuízos (v. 24, fl. 4.596).
>
> *In casu*, como registrado no acórdão guerreado, a cláusula penal foi fixada em 10% do valor do contrato, o que, à luz do critério acima traçado, exterioriza e denota sua natureza moratória.

Nesse contexto, o Tribunal de origem, ao confirmar a tese de que é possível a cumulação de multa contratual com a indenização por lucros cessantes, adotada na ação originária, não discrepa da jurisprudência desta Corte sobre a matéria, valendo ressaltar que o reconhecimento de violação a literal disposição de lei somente se dá quando dela se extrai interpretação desarrazoada, o que, como visto, não é o caso dos autos.

Nesse sentido a pertinente lição de Arnaldo Esteves Lima e Poul Erik Dyrlund (Ação Rescisória, 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003, p. 28/29):

> Outra vertente a ser analisada refere-se ao alcance da expressão violação literal de lei.
>
> A mesma traduz a idéia de que o julgado não encampou uma interpretação teratológica, aberrante do texto, tendo, ao contrário, lhe emprestado exegese que razoavelmente poderia ter, considerando o caráter teleológico, para aquela situação, atendendo, em suma, aos ditames do art. 5º, da LICC, que preconiza, exatamente, a aplicação que visa a alcançar os fins sociais e o bem comum, alvos da norma.
>
> Deve-se enfatizar que o permissivo tem como núcleo a violação de disposição de lei e não de lei em sentido estrito.
>
> Por disposição compreende-se, conforme o prof. Aurélio Buarque, em seu dicionário, ed. 1986, p. 598: "intento, propósito, desígnio, determinação". Em suma, o desrespeito à norma contida no texto da lei, isto é, o seu escopo, o seu *desideratum*, os valores que a mesma busca tutelar e que foram violados pela decisão rescindenda é que configuram o tipo processual contido no inciso V, em exame.
>
> É comum a lei admitir, pelo menos, duas interpretações igualmente sustentáveis. Naturalmente, uma se mostrará mais razoável e consentânea com a ordem jurídica; quanto a outra, embora menos defensável, nem por isso a sua adoção caracterizará literal violação à respectiva norma jurídica.

Ainda:



> Ação rescisória. Violação de literal disposição de lei (art. 485, V, do Código de Processo Civil). Interpretação extravagante. Art. 22 da Lei n. 4.591/1964. Precedentes da Corte.
>
> 1. Como já assentou esta Corte, em diversas oportunidades, a violação há de ser aberrante (AR n. 464-RJ, Relator o Ministro Barros Monteiro, DJ de 19.12.2003), extravagante (AgRg na AR n. 1.882-SC, Relator o Ministro Hamilton Carvalhido, DJ de 19.12.2003), direta e não deduzível a partir de interpretações possíveis (EDcl na AR n. 720-PR, Relatora a Ministra Nancy Andrighi, DJ de 17.02.2003), ultrapassar o limite do razoável e beirar o extravagante (AgRg na AR n. 1.854-SP, Relator o Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ de 02.09.2002). Não se enquadra nesse cenário, a sentença que entende, nos termos do art. 22 da Lei n. 4.591/1964, que somente é permitida a reeleição por uma única vez.
>
> 2. Recurso especial não conhecido. (REsp n. 595.874-DF, Rel. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, Terceira Turma, julgado em 14.06.2004, DJ 06.09.2004, p. 259).

Por outro lado, no que respeita ao dissídio jurisprudencial, o aresto trazido como paradigma cuida do impedimento de cobrança conjunta da cláusula penal compensatória (art. 918 do Código Civil de 1916) e perdas e danos, enquanto a hipótese dos autos trata de cláusula penal moratória, institutos cuja finalidade e efeitos são diversos, não havendo a necessária similitude fática entre os arestos confrontados apta à comprovação do alegado dissídio.

Não conheço do recurso especial.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro João Otávio de Noronha: Pedi vista dos autos motivado por memoriais que recebi de ambas as partes, mas principalmente pelo da recorrente, que sustenta que, "havendo a sentença condenado a Eletronorte ao pagamento de multa moratória de 10% (dez por cento), não poderia tê-lo feito, ao mesmo tempo, em lucros cessantes, sem ofensa à referida norma do art. 919 do CC/1916".

Nada obstante tais assertivas, constato que o Ministro Relator abordou de modo irretocável as particularidades do processo no tocante ao desprovimento do apelo, não havendo nada que possa ser modificado em seu voto.

Com efeito, a multa não poderia ser cumulada com os lucros cessantes, se se tratasse de cláusula penal compensatória, pois aí sim poder-se-ia pensar em *bis in idem* da incidência de cláusula penal com danos.

Todavia, o que se tem presente é uma multa moratória, ou seja, sanção pela demora no cumprimento da obrigação, que não se confunde com os lucros cessantes, que visam compensar o credor em relação ao que obteria se acaso dispusesse do capital inadimplido.

As diferenças entre cláusula penal compensatória e moratória são tratadas amplamente na doutrina, como se observa na obra de Guilherme Calmon Nogueira da Gama (Direito Civil, Obrigações, editora Atlas, p. 394/395):

> A cláusula penal compensatória é devida quando a prestação não for cumprida, não pressupondo a mora. Trata-se de cláusula que substitui a prestação, indenizando o credor quando às perdas e danos.
>
> (...)
>
> A cláusula penal moratória será devida e se constatando que o devedor não ofereceu a prestação no prazo estipulado, incorrendo em mora, e não será dispensada ainda que o devedor efetue posteriormente o pagamento da prestação principal. A moratória, pois, não se substitui a prestação principal, nem compensa o inadimplemento.

Assim, correto o acórdão recorrido, que negou provimento à rescisória, ajuizada com base na literal violação de dispositivos legais, a saber, artigos 919 e 1.061 do Código Civil de 1916, pois o que se cobra do devedor é a multa moratória e a indenização por lucros cessantes (perdas e danos).

Com base nessas considerações, somo meu voto ao do i. Relator e não conheço do recurso especial.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 973.175-SP (2007/0173785-3)

Relator: Ministro Luis Felipe Salomão
Recorrente: M I A L E e outros
Repr. por: L M A
Advogado: Heloísa de Barros Penteado e outro(s)
Recorrido: J de S L
Advogados: João Inácio Correia
Ana Paula Zatz

EMENTA

Processo Civil. Execução alimentícia. Dissídio jurisprudencial não caracterizado. Multa do art. 538, parágrafo único, do CPC. Afastamento. Incidência da Súmula n. 98-STJ. Cobrança de valores relativos à correção monetária e juros de mora. Encargos que seguem a natureza do principal. Dívida de natureza alimentar. Cobrança pelo procedimento do art. 733 do CPC. Possibilidade. Recurso especial provido.

1. Não conheço do recurso especial quanto ao alegado dissídio pretoriano, uma vez que não foi realizado o cotejo analítico dos julgados, conforme determina o art. 541, parágrafo único, do CPC, c.c. art. 255 do RISTJ.

2. Não têm caráter protelatórios os embargos de declaração opostos para prequestionar a matéria ventilada no recurso especial, devendo ser afastada a multa imposta pelo Tribunal de origem (Súmula n. 98-STJ).

3. É possível a instituição de índice para correção monetária da pensão alimentícia, desde que expressamente acordado.

4. As verbas acessórias - juros de mora e correção monetária - seguem a sorte do principal, constituindo-se, igualmente, em verba de natureza alimentar.

5. O atraso no recolhimento da diferença entre o valor histórico da pensão e seu montante corrigido, respeitada a atualidade da dívida, autoriza sua cobrança pelo procedimento do art. 733 do CPC.

6. Recurso especial provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer do recurso especial e dar-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Fernando Gonçalves, Aldir Passarinho Junior e João Otávio de Noronha votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Carlos Fernando Mathias (Juiz Federal convocado do TRF 1ª Região).

Brasília (DF), 19 de março de 2009 (data do julgamento).

Ministro Luis Felipe Salomão, Relator

DJe 30.03.2009

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Luis Felipe Salomão: 1. Cuida-se, na origem, de agravo de instrumento interposto por M.I.A.L., A.L.A.L. e A.L. em face de J.S.L., objetivando a reforma de decisão que revogou ordem de prisão emitida contra o agravado, em execução alimentícia, por inadimplência no pagamento da pensão, fixada, em acordo judicial anterior, no valor de R$ 5.000,00 (cinco mil reais).

Nos autos da execução de alimentos, ajuizada pelo rito do art. 733 do CPC, foi determinada a prisão do genitor, por não ter apresentado justificativa razoável para o atraso no pagamento das prestações, relativas aos meses de julho a setembro de 2004. Todavia, havendo o depósito judicial do valor controverso, o magistrado acolheu pedido de expedição contra-mandato, revogando a ordem de prisão contra o executado.

Os exeqüentes manejaram então o presente agravo de instrumento, acusando que o depósito não se deu de forma integral, visto que não considerou a correção do valor fixado para pensão alimentícia, bem como ignorou a incidência de juros moratórios.

Em contra-minuta ao agravo de instrumento, o agravado alega que o litígio envolve, na verdade, dois processos de execução alimentícia: o primeiro, com amparo no art. 732 do CPC, em que se postula correção monetária e juros incidentes sobre a pensão entre o período de julho/2001 a junho/2004; o segundo, com fundamento no art. 733 do CPC, em que se pretende o pagamento da correção monetária e juros dos meses de julho, agosto e setembro de 2004, sob pena de prisão. Afirma que nunca deixou de depositar o valor das prestações fixadas no acordo, tanto que as execuções são relativas apenas a diferença entre o valor histórico e a atualização do débito. Argui que os valores cobrados a título de diferença de pensão perdem o caráter emergencial e alimentar. Por fim, aponta ainda ter depositado judicialmente o valor relativo à execução fundada no art. 733 do CPC (fls. 151/154).

Informações do juízo prestadas às fls. 156/157.

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo negou provimento ao agravo de instrumento, consignando que a diferença existente entre o valor atual de pensão e aquele pretendido pelas agravantes deve ser cobrada pelo procedimento do art. 732 do CPC. O acórdão restou assim ementado (186/188):

> Prisão civil. Alimentos. Prisão que deve ser restrita às hipóteses de inadimplência clara, quando não há discussão sobre o valor devido, e quando nada se paga. Agravo de instrumento improvido.

Opostos embargos de declaração pelos agravantes (fls. 192/197), restaram desacolhidos em acórdão de fls. 201/201, com aplicação da multa do art. 538, parágrafo único, do CPC, por entenderem tratar-se de recurso protelatório.

Inconformados, os agravantes interpuseram recurso especial, com amparo nas alíneas **a** e **c** do permissivo constitucional, alegando, em síntese, os seguintes pontos (fls. 210/231):

a) descabimento da multa aplicada no julgamento dos embargos de declaração, porquanto o recurso pretendia apenas o prequestionamento dos dispositivos de lei federal violados (vulneração do art. 538, parágrafo único, do CPC);

b) que a escolha do rito da execução alimentícia compete apenas ao credor e a possibilidade de cobrança das verbas acessórias - juros e correção monetária, que não perdem sua natureza de verba alimentar - pelo procedimento do art. 733 do CPC (ofensa ao art. 733 do CPC e dissídio jurisprudencial).

Contra-razões oferecidas às fls. 268/272.

O recurso ultrapassou o juízo prévio de admissibilidade e ascendeu a esta Corte Superior (fls. 277/279).

O Ministério Público Federal ofereceu parecer pelo provimento do apelo nobre, afirmando que "não caberia a determinação do Tribunal a quo de conversão do rito processual a ser seguido para a execução de alimentos, mas instaurar cognição parcial acerca do *quantum debeatur*, assegurando defesa ao alimentante na homologação de cálculos, para que não se constitua constrangimento ilegal posterior ameaça de decreto prisional fundado no inadimplemento do débito alimentar" (fls. 294/296).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Luis Felipe Salomão (Relator): 2. Primeiramente, não conheço do recurso especial com relação ao alegado dissídio pretoriano, uma vez que os recorrentes não empreenderam o necessário cotejo analítico dos julgados, conforme determina o art. 541, parágrafo único, do CPC, c.c. art. 255 do RISTJ, cuidando apenas de transcrever as ementas dos acórdão paradigmas (AgRg no REsp n. 986.818-RS, Rel. Ministro Fernando Gonçalves, Quarta Turma, julgado em 02.12.2008, DJe 15.12.2008).

3. Assiste razão aos recorrentes relativamente à indicada contrariedade ao artigo 538, parágrafo único, do CPC, pois os embargos declaratórios foram

opostos com o intuito de prequestionamento. Tal circunstância atrai a incidência da Súmula n. 98-STJ: "Embargos de declaração manifestados com notório propósito de prequestionamento não têm caráter protelatório".

Confira-se o seguinte precedente da Segunda Seção desta Corte a respeito:

> Contrato de participação financeira. Serviços de telefonia. Subscrição de ações. Brasil Telecom. Código de Defesa do Consumidor. Art. 538, parágrafo único, do Código de Processo Civil. Art. 21 do mesmo Código. Súmula n. 98 da Corte.
>
> (...).
>
> 3. Não cabe a multa do art. 538, parágrafo único, do Código de Processo Civil, presente a Súmula n. 98 da Corte.
>
> (...).
>
> 5. Recurso especial conhecido e provido, em parte. (REsp n. 468.278-RS, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJ de 06.10.2003).

4. Pretendem os recorrentes que a execução alimentícia prossiga pelo rito previsto no art. 733 do CPC, determinando-se a prisão administrativa do genitor, que se encontra inadimplente em suas prestações.

A possibilidade de conversão do rito do 733 do CPC, que autoriza a prisão do devedor de alimentos, pelo procedimento do art. 732, menos severo, já foi reconhecida por esta Corte Superior, nas hipóteses de cobrança de prestações pretéritas, quando ultrapassado o critério de atualidade da dívida.

Nesse sentido, colhe-se precedente da Quarta Turma:

> Recurso especial. Processual Civil. Execução de alimentos. Julgamento *extra petita*. Nulidade de citação. Embargos declaratórios. Multa.
>
> - A determinação de prosseguimento da execução de alimentos pelo rito do art. 733 do CPC, apenas quanto ao valor referente às três últimas prestações, e ao das pretéritas, na forma do art. 732 do CPC, além de não ter configurado prejuízo ao devedor, não extrapolou os lindes do pedido.
>
> - A citação deu-se de acordo com as regras processuais vigentes, não tendo sido impugnados, no ponto, os fundamentos do acórdão recorrido (Súmula n. 283-STF).
>
> - Violação dos arts. 535 e 538 do CPC não configurada, tendo sido exaustiva e expressamente dirimidas as questões postas, revestindo-se os embargos de caráter manifestamente protelatório, sem amparo no verbete n. 98 da Súmula desta Corte.
>
> - Recurso especial não conhecido.
>
> (REsp n. 545.735-PR, Rel. Ministro Cesar Asfor Rocha, Quarta Turma, julgado em 28.10.2003, DJ 22.03.2004, p. 316)

Contudo, a hipótese sob apreço cuida da execução apenas dos valores relativos à correção monetária e aos juros de mora incidentes sobre o valor da pensão alimentícia, cujo principal é regularmente pago às agravantes.

O Tribunal de origem entendeu que, não havendo inadimplência clara, visto que pendente controvérsia acerca do valor atualizado da pensão, deve a execução seguir pelo procedimento do art. 732 do CPC. Manteve, portanto, a decisão da magistrada de primeira instância que revogou a ordem de prisão do genitor.

Tal decisão não pode prosperar.

O critério de reajuste automático da prestação alimentícia, com amparo em índice de correção monetária, objetiva afastar a necessidade de revisões periódicas em decorrência da desvalorização de moeda, oferecendo mecanismo apto à manutenção do valor real da pensão e assegurando a recomposição de seu poder aquisitivo.

A atualização automática do valor da pensão alimentícia depende de previsão expressa no acordo ou na decisão judicial que definiu o valor da prestação, assim como consta da obrigação assumida pelo varão.

Esta é a lição de Cahali:

> A execução que possibilita a prisão do devedor deve obedecer rigorosamente ao julgado exeqüendo: assim, não cabe a constrição pessoal "se os termos do acordo homologado não contêm a expressa obrigação por outras despesas, além da pensão alimentar fixada, denunciando os autos outros fatos paralelos que devem ser examinados em recurso próprio, é de ser concedida a ordem para que a prisão decretada fique sustada".
>
> (CAHALI, Yussef Said. Dos Alimentos. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 766)

A matéria foi igualmente apreciada pela Quarta Turma do STJ:

> Recurso especial. Civil. Verba alimentar. *Quantum*. Binômio necessidade-possibilidade. Revisão. Reexame do conjunto fático-probatório. Impossibilidade na via especial. Súmula n. 7-STJ. Critério de atualização monetária. Necessidade. Fixação.
>
> 1 - A revisão do julgado impugnado, com a conseqüente majoração do quantum fixado a título de pensão alimentícia, demanda reexame de todo conjunto fático-probatório delineado nos autos, providência vedada em sede especial, *ut* Súmula n. 7 desta Corte.

2 - A ação revisional, diversamente do que consignado pelo acórdão recorrido, tem como finalidade precípua a revisão do valor fixado a título de verba alimentar, quando modificada a condição econômica do alimentando ou do alimentante, não devendo ser utilizada para fins de atualização monetária do *quantum* arbitrado.

3 - Sendo a correção monetária tão-somente a recomposição do valor real da verba alimentar, não restam maiores dúvidas acerca da necessidade de sua previsão, quando da fixação da pensão alimentícia.

4 - Recurso conhecido em parte (alínea **a**) e, nesta extensão, provido, para fixar o critério de correção monetária da verba alimentar.

(REsp n. 611.833-MG, Rel. Ministro Fernando Gonçalves, Quarta Turma, julgado em 18.12.2003, DJ 16.02.2004, p. 273).

Os alimentos devidos pelo recorrido foram fixados por acordo homologado em juízo, assentado nos seguintes termos: "o autor se propõe a pagar a título de pensão às requerentes a quantia de R$ 2.500,00 quinzenalmente, além de arcar com as despesas referentes a plano de saúde e escola das menores. O valor de pensão será corrigido anualmente pelo IGP (ou outro que vier a substituí-lo)".

Estando devidamente acordada a incidência da correção monetária, não pode o alimentante se esquivar de empreender o reajuste anual da pensão alimentícia.

A diferença entre o valor histórico da pensão, recolhido pelo genitor, e seu montante atualizado, por cuidar apenas de recomposição do valor da moeda, apresenta a mesma natureza jurídica da verba principal, ou seja, constitui-se igualmente em débito alimentar. Essa é a inteligência do art. 59 do Código Civil de 1916: "Salvo disposição em contrário, a coisa acessória segue a principal".

Confira-se precedente do Superior Tribunal de Justiça:

Processual Civil e Tributário. Recurso especial. Imposto de renda. Magistrado. Auxílio-moradia. Art. 25 da MP n. 1.858-9/1999. Natureza indenizatória. Não-incidência. Redutor salarial. Caráter remuneratório. Incidência. Juros e correção monetária. Acessórios seguem a sorte do principal.

(...).

4. Os juros de mora e a correção monetária são frutos acessórios da utilização da importância principal, assim, seguem a sorte desta. Se a obrigação principal for tributável, também o serão a correção monetária e os juros de mora sobre ela incidente. Do mesmo modo, caso o principal tenha natureza indenizatória, não estará sujeito ao Imposto de Renda, bem como os juros moratórios e a atualização monetária dele decorrentes também não estarão.

5. Recurso especial parcialmente provido.

(REsp n. 615.625-MT, Rel. Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, julgado em 17.10.2006, DJ 07.11.2006, p. 234)

O inadimplemento da correção monetária e dos juros de mora de débito atual, relativo às três últimas prestações anteriores à propositura da execução, podem sujeitar o devedor ao procedimento do art. 733 do CPC.

Nesse sentido, colhe-se da doutrina:

> Se assim é, com relação aos honorários advocatícios, às custas e despesas do processo, mais se justifica a inclusão dos acréscimos moratórios (juros e correção monetária) no mandado de citação do devedor para pagamento do débito alimentar, nos termos do art. 733 e parágrafos do CPC: os acréscimos moratórios e corretivos não desfrutam de nenhuma autonomia e tendem apenas à atualização da dívida alimentar não paga em seu devido tempo - simplesmente atualizada, não perde a sua natureza primitiva.
>
> (CAHALI, Yussef Said. Dos Alimentos. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 769)

Assim, compete ao credor optar pela melhor forma de empreender a cobrança dos alimentos devidos, seja pela coação pessoal do devedor (art. 733), seja atacando diretamente seu patrimônio (art. 732).

No caso em apreço, não obstante o depósito judicial da quantia indicada na inicial da execução, não há notícia nos autos de que o devedor venha recolhendo regularmente, mês a mês, o valor relativo às diferenças das prestações. Incide, por conseguinte, o Enunciado n. 309 da Súmula desta Corte: "O débito alimentar que autoriza a prisão civil do alimentante é o que compreende as três prestações anteriores ao ajuizamento da execução e as que se vencerem no curso do processo".

Ademais, nos termos do parecer do Ministério Público, deve-se assegurar o direito de defesa do agravado, a fim de que demonstre a alegada incorreção no critério utilizado para a atualização do débito.

Acerca da defesa do executado, no procedimento do art. 733 do CPC, leciona Araken de Assis:

> Expresso dispositivo legal, portanto, abre defesa ao executado internamente à execução, conquanto sumária, e permite o conhecimento pelo juiz de questões de regra submetidas à demanda de embargos. De anomalia escandalosa não se cuida, de resto: a função jurisdicional executiva convive, ordinariamente, com boas doses de cognição parcial e atenuada em todos os seus procedimentos, a respeito

> de questões em que a emanação de juízo, efeito da atividade de conhecimento, se revela imprescindível (p. ex., a repetição da avaliação por erro do avaliador, *ex vi* do art. 683, I).
>
> (ASSIS, Araken de. Manual da Execução. 11ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 933)

5. Ante o exposto, dou provimento ao recurso especial para afastar a multa imposta pelo Tribunal de origem e determinar que o processo seja conduzido pelo procedimento do art. 733 do CPC, respeitado o direito de defesa do executado.

É como voto.