

RECURSO ESPECIAL Nº 274.588 - PR (2000/0086829-9)

RELATOR : **MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO**
RECORRENTE : **LAPSEN S/A - MASSA FALIDA**
REPR. POR : **ADIR BARUSSO - SÍNDICO**
ADVOGADO : **LAURI JOÃO ZAMBONI**
RECORRIDO : **BANCO DO BRASIL S/A**
ADVOGADO : **NELSON BUGANZA JUNIOR E OUTRO(S)**

EMENTA

RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL E COMERCIAL. CONTRATO DE CÂMBIO GARANTIDO POR RECIBOS DE DEPÓSITOS BANCÁRIOS (RDB'S). UTILIZAÇÃO DA GARANTIA NA AMORTIZAÇÃO DA DÍVIDA. PACTO COMISSÓRIO. ILEGALIDADE. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE CONHECIDO E, NA EXTENSÃO, PROVIDO.

1. Não se conhece de recurso especial pela divergência quando as situações fáticas confrontadas não se assemelham, circunstância que revela incúria quanto às regras insculpidas no art. 541 do CPC e 255 RISTJ.

2. Melhor sorte não assiste ao recorrente em relação à pretensa preclusão, porquanto a tese não foi sequer ventilada no acórdão ora hostilizado, malgrado tenham sido opostos embargos de declaração (Súmula 211/STJ).

3. A moldura fática, perfeitamente delineada no acórdão recorrido, qual seja, a existência de contrato de câmbio entre as partes, com garantia real consistente em direitos creditórios relativos a Recibos de Depósitos Bancários (RDB's), permite a esta Corte Superior aplicar o direito à espécie, atribuindo aos fatos incontroversos a correta consequência jurídica, sem a necessidade de investigação contratual, motivo pelo qual não incide, no ponto, o Verbete Sumular n. 05/STJ.

4. Não há razão para estabelecer a diferenciação realizada pela Corte local, no sentido de não haver cláusula contratual que autorizasse a credora a se apropriar da garantia. A aplicação dos valores caucionados para amortização da dívida é rigorosamente o mesmo que dela se apropriar, revelando a cláusula contratual em questão verdadeiro "pacto comissório", vedado pelo ordenamento jurídico, nos termos do que consta dos arts. 759 e 765 do Código Civil de 1916.

5. Recurso especial parcialmente conhecido e, na extensão, provido.

ACÓRDÃO

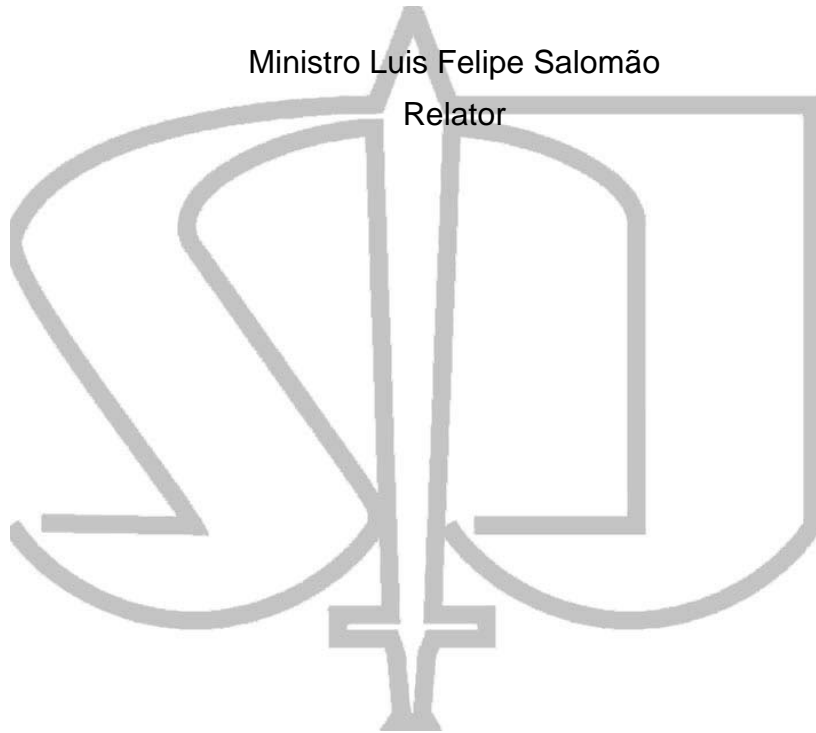
Superior Tribunal de Justiça

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 em parte do recurso especial e, nessa parte, dar-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Vencido o Sr. Ministro Fernando Gonçalves. Os Srs. Ministros Carlos Fernando Mathias (Juiz Federal convocado do TRF 1ª Região) e Aldir Passarinho Junior votaram com o Sr. Ministro Relator. Impedido o Sr. Ministro João Otávio de Noronha.

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

Ministro Luis Felipe Salomão

Relator



RECURSO ESPECIAL Nº 274.588 - PR (2000/0086829-9)

VOTO-VENCIDO

O SR. MINISTRO FERNANDO GONÇALVES (PRESIDENTE): Srs. Ministros, parece-me que é o caso da incidência da Súmula 307, *mutatis mutandis* :

"A restituição de adiantamento de contrato de câmbio, na falência, deve ser atendida antes de qualquer crédito."

Não fora isso, entendo também que para decidirmos se a cláusula impugnada exterioriza o pacto comissório, cairíamos no óbice da Súmula nº 5.

Em última análise, com a devida vênia e licença do Sr. Ministro Relator, creio que esse é um caso típico de enriquecimento sem causa. Quer dizer, a empresa fica com o maquinário que recebeu em virtude de um repasse para contrato de câmbio, a Súmula 307 diz que essa restituição tem preferência no caso da falência, e ainda arrecada o dinheiro relativo ao pagamento desse repasse.

Com essas razões simples, peço vênia para não conhecer do recurso especial.

RECURSO ESPECIAL Nº 274.588 - PR (2000/0086829-9)

RECORRENTE : LAPSEN S/A - MASSA FALIDA
REPR. POR : ADIR BARUSSO - SÍNDICO
ADVOGADO : LAURI JOÃO ZAMBONI
RECORRIDO : BANCO DO BRASIL S/A
ADVOGADO : NELSON BUGANZA JUNIOR E OUTRO(S)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO (Relator):

1. Cuida-se, na origem, de agravo de instrumento interposto por Banco do Brasil S/A, em face de decisão do juízo singular, proferida nos autos da falência de Lapsen S/A. Segundo consta dos autos, a Lapsen firmou com o Banco do Brasil dois contratos de câmbio, em 06 de agosto de 1990, com posteriores aditamentos, sendo que, em garantia, foram oferecidos os direitos de crédito resultantes de dois "recibos de depósitos bancários - RDB's", que estavam em poder do Banco e com ele permaneceram.

A decisão do juízo *a quo* estabeleceu:

Decretada a falência de Lapsen S/A, quando da arrecadação, vem o Banco demonstrar nos autos que não cumpriu o despacho anteriormente prolatado, e "sponte sua", "manu militari", conforme sua petição de fls. 964/966, veio utilizar a garantia real, isto em 23.04.92, antes da decretação da falência, conforme atestam os documentos de fls. 913/915 e contrariamente à determinação deste Juízo, conforme despacho referenciado de fls. 295 e reproduzido às fls. 916.

Embora os contratos bilaterais, na concordata preventiva não se resolvam (*sic*) e continuam sujeitos às normas do Direito comum, ao Banco do Brasil não competia, em especial após determinação deste Juízo, executá-lo unilateralmente, apropriando-se da garantia de tal contrato, sem que ingressasse com a ação própria para tanto e como referenciado por este Juízo.

Jamais poderia (*sic*) ele compensar a dívida da concordatária, sem anuência expressa deste Juízo, já que o despacho de fls. 295, não autorizava fosse isto feito.

Não procedem, pois, suas alegações, procurando justificar seu ato.

Houve por parte do Banco do Brasil S/A, não só desobediência à ordem legal deste Juízo, como desatendeu ele às disposições legais, no exercício arbitrário das próprias razões, pelo que, determino cumpra ele, no prazo de 48 horas, o despacho de fls. 959 dos autos, sob as penas da lei, devendo o mandado de fl. 960, ser devidamente aditado, para que dele conste a presente decisão, visto a manifesta apropriação do numerário por dito Banco, em prejuízo da massa, devendo tal numerário ser entregue ao Sr. Oficial de Justiça encarregado da diligência, devidamente atualizado, para o depósito do mesmo na Agência do Banco do Brasil, posto Montepar, à disposição e vinculado a este Juízo. (fl. 103)

Superior Tribunal de Justiça

A Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná deu provimento ao agravo de instrumento em acórdão cuja ementa ora se transcreve:

AGRAVO DE INSTRUMENTO - CONTRATO DE ABERTURA DE CRÉDITO - GARANTIA REAL, DIREITOS CREDITÓRIOS DE RECIBOS DE DEPÓSITOS BANCÁRIOS - EMPRESA LIVRE DE QUALQUER PEIA - POSTERIOR PEDIDO DE CONCORDATA - CONTRATOS BILATERAIS PROSSEGUEM PELO DIREITO COMUM - AUTORIZAÇÃO PARA AMORTIZAÇÃO OU LIQUIDAÇÃO DAS DÍVIDAS - VIÁVEL SUA APLICAÇÃO INDEPENDENTEMENTE DE AÇÃO JUDICIAL - RECURSO PROVIDO.

Sendo os contratos firmados ao tempo em que a empresa estava em pleno gozo de agir livremente, válida a cláusula firmada de que poderia o credor, devidamente autorizado para tanto, no vencimento, aplicar os valores na amortização ou liquidação da dívida. (fl. 167)

Opostos embargos de declaração, foram rejeitados pelo acórdão de fls. 193/195.

Interposto recurso especial, foi provido por esta Quarta Turma (REsp 99.125/PR, Rel. Ministro CESAR ASFOR ROCHA, julgado em 05/11/1998, DJ 01/02/1999 p. 198), para anular o acórdão proferido nos embargos de declaração, determinando o pronunciamento explícito do Tribunal *a quo* acerca da aplicabilidade à espécie dos arts. 759 e 765 do Código Civil de 1916.

Novo acórdão foi proferido, suprimindo a omissão, sem, contudo, reconhecer qualquer ofensa aos arts. 759 e 765 do Código de 16. Nessa ocasião, o Tribunal *a quo* lançou os seguintes fundamentos:

O acórdão que sofreu os embargos de declaração (...) [não] citou o artigo 765 mas a ele se referia, porquanto inexistia qualquer cláusula contratual no sentido de que o credor, Banco do Brasil S.A., ficasse com a garantia, mas sim, constou expressamente autorização para que no vencimento pudesse aplicar os valores na amortização ou liquidação da dívida. O privilégio concedido em contrato não pode ser levado a conta de violador do artigo 765 do Código Civil, mesmo porque se existisse cláusula nesse sentido, nula seria somente ela, em nada afetando a validade do contrato.

O Banco do Brasil S.A. não se apropriou da garantia e nem isso constou de nenhuma cláusula contratual, e sim, que a ele era dada autorização, elemento não impeditivo em ordenamento legal algum, que no vencimento aplicasse os valores na amortização ou liquidação da dívida.

(...)

Os recibos de depósitos bancários dados em caução por força dos contratos de câmbio se constituíram em direito real de garantia e por não estarem sujeitos aos efeitos da concordata, de propriedade do credor, poderiam ser por ele resgatados, uma vez que expressamente autorizado para tanto. (fls. 267/268)

Sobreveio novo recurso especial, arrimado nas alíneas "a" e "c" do

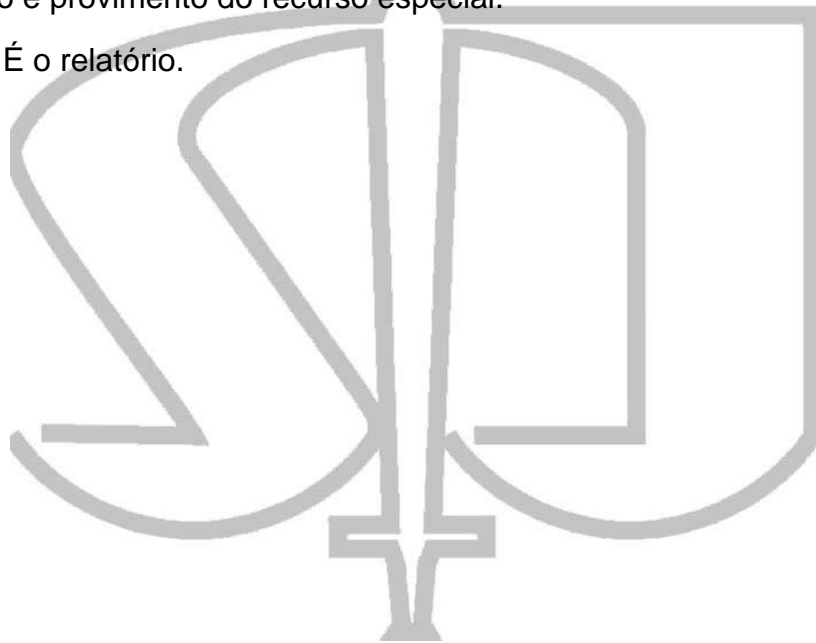
Superior Tribunal de Justiça

permissivo constitucional, no qual se alega, além de dissídio jurisprudencial, ofensa aos arts. 183 e 473 do CPC e arts. 759 e 765 do Código Civil. O recorrente sustenta que houve recurso contra outras decisões interlocutórias com o mesmo teor da decisão agravada, motivo pelo qual, segundo entende, teria ocorrido preclusão. Argumenta, por outro lado, que a cláusula contratual que permitia à instituição financeira, utilizando-se da garantia, liquidar ou amortizar a dívida, é nula de pleno direito, razão por que haveria violação aos artigos do Código Civil listados nas razões do recurso.

Contra-arrazoado (fls. 346/353), o especial foi admitido (fls. 362/364).

O Ministério Público Federal, em parecer proferido pelo e. Subprocurador-Geral da República Washington Bolívar Junior (fls. 378/381), opina pelo conhecimento e provimento do recurso especial.

É o relatório.



RECURSO ESPECIAL Nº 274.588 - PR (2000/0086829-9)

RELATOR : **MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO**
RECORRENTE : **LAPSEN S/A - MASSA FALIDA**
REPR. POR : **ADIR BARUSSO - SÍNDICO**
ADVOGADO : **LAURI JOÃO ZAMBONI**
RECORRIDO : **BANCO DO BRASIL S/A**
ADVOGADO : **NELSON BUGANZA JUNIOR E OUTRO(S)**

EMENTA

RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL E COMERCIAL. CONTRATO DE CÂMBIO GARANTIDO POR RECIBOS DE DEPÓSITOS BANCÁRIOS (RDB'S). UTILIZAÇÃO DA GARANTIA NA AMORTIZAÇÃO DA DÍVIDA. PACTO COMISSÓRIO. ILEGALIDADE. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE CONHECIDO E, NA EXTENSÃO, PROVIDO.

1. Não se conhece de recurso especial pela divergência quando as situações fáticas confrontadas não se assemelham, circunstância que revela incúria quanto às regras insculpidas no art. 541 do CPC e 255 RISTJ.
2. Melhor sorte não assiste ao recorrente em relação à pretensa preclusão, porquanto a tese não foi sequer ventilada no acórdão ora hostilizado, malgrado tenham sido opostos embargos de declaração (Súmula 211/STJ).
3. A moldura fática, perfeitamente delineada no acórdão recorrido, qual seja, a existência de contrato de câmbio entre as partes, com garantia real consistente em direitos creditórios relativos a Recibos de Depósitos Bancários (RDB's), permite a esta Corte Superior aplicar o direito à espécie, atribuindo aos fatos incontroversos a correta consequência jurídica, sem a necessidade de investigação contratual, motivo pelo qual não incide, no ponto, o Verbete Sumular n. 05/STJ.
4. Não há razão para estabelecer a diferenciação realizada pela Corte local, no sentido de não haver cláusula contratual que autorizasse a credora a se apropriar da garantia. A aplicação dos valores caucionados para amortização da dívida é rigorosamente o mesmo que dela se apropriar, revelando a cláusula contratual em questão verdadeiro "pacto comissório", vedado pelo ordenamento jurídico, nos termos do que consta dos arts. 759 e 765 do Código Civil de 1916.
5. Recurso especial parcialmente conhecido e, na extensão, provido.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO (Relator):

1. De início, não merece trânsito o especial no que tange à divergência. Isso porque os acórdãos colacionados como paradigmas não guardam perfeita similitude com o acórdão recorrido. Os paradigmas simplesmente confirmam o que é notório, a vedação a pacto comissório, porém as situações fáticas confrontadas não se assemelham, circunstância que revela incúria quanto às regras insculpidas no art. 541 do CPC e 255 RISTJ. Nesse sentido: REsp 972.849/RN, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, QUARTA TURMA, julgado em 28/10/2008, DJe 10/11/2008.

2. Melhor sorte não assiste ao recorrente em relação à pretensa preclusão, porquanto a tese não foi sequer ventilada no acórdão ora hostilizado, malgrado tenham sido opostos embargos de declaração. Com efeito, incide, no particular a Súmula 211/STJ: "Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo Tribunal *a quo*".

3. Quanto ao cerne da questão - a legalidade de se usar a garantia fornecida mediante "RDB's" a contrato de câmbio para amortizar ou liquidar a dívida -, assiste razão ao recorrente.

É de se notar, primeiramente, que os fatos entregues a esta Corte, de forma incontroversa, indicam que foi celebrado contrato de câmbio entre as partes, com garantia real consistente nos direitos creditórios relativos a recibos de depósitos bancários (RDB's), que são títulos nominativos representativos de crédito, emitidos pela instituição financeira em favor do depositante, com possibilidade de resgate do valor investido, no prazo pré-determinado, e com remuneração previamente pactuada. Ou seja, na prática, equivale a garantia em dinheiro. Também é incontroversa a existência de cláusula contratual que autorizava a instituição credora a, no vencimento, "aplicar os valores na amortização ou liquidação da dívida".

Assim, a moldura fática, perfeitamente delineada no acórdão recorrido, permite a esta Corte Superior aplicar o direito à espécie, atribuindo aos fatos incontroversos a correta consequência jurídica, sem a necessidade de investigação contratual, motivo pelo qual não incide, no ponto, o Verbete Sumular n. 05/STJ.

Como bem observado no parecer do Ministério Público Federal, não há razão para estabelecer diferenciação, como realizado pela Corte local, no sentido de não haver cláusula contratual que autorizasse a credora a se apropriar da garantia.

A aplicação dos valores oferecidos em garantia para amortização da dívida é rigorosamente o mesmo que dela se apropriar, revelando a cláusula contratual em

questão verdadeiro pacto comissório, vedado pelo ordenamento jurídico.

Até porque o art. 790 do CC/16 estabelece que "também se equipara ao penhor, mas com as modificações dos artigos seguintes, a caução de títulos de crédito pessoal".

4. Nesse passo, dispõem os arts. 759 e 765, do CC/16:

Art. 759. O credor hipotecário e o pignoratício têm o direito de excutir a coisa hipotecada, ou empenhada, e preferir, no pagamento, a outros credores, observada, quanto à hipoteca, a prioridade na inscrição.

Art. 765. É nula a cláusula que autoriza o credor pignoratício, anticrético ou hipotecário a ficar com o objeto da garantia, se a dívida não for paga no vencimento.

5. Conclusão diversa, consubstanciaria autorização judicial a burla ao ordenamento, de sorte que não mais haveria execução de débitos garantidos por penhor, por exemplo, haja vista a possibilidade de o credor lançar mão de instrumento contratual que lhe assegure a "amortização" da dívida utilizando-se da garantia pignoratícia.

A vedação, em realidade, não é destituída de causa. A *ultima ratio* desta proibição reside no escopo de se preservar a igualdade dos contraentes, partindo-se da premissa de que o devedor é a parte mais frágil do contrato. Por outro lado, a proibição de pacto comissório visa a afastar a possibilidade de apropriação de bens que, por vezes, superam em muito o valor da dívida.

Esta Corte Superior, em diversas oportunidades, sufragou tal vedação legislativa. Confira-se, por exemplo, o seguinte precedente:

CIVIL. EMPRÉSTIMO DE DIREITO GARANTIDO POR IMÓVEL. PACTO COMISSÓRIO.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça se consolidou no sentido de que o pacto comissório não se limita aos casos expressamente previstos no artigo 765 do Código Civil, diversamente da posição do Supremo Tribunal Federal, o qual entendia que a norma nele contida tinha abrangência restrita. Hipótese em que a divergência não tem qualquer reflexo no caso concreto porquanto a nulidade do negócio resulta da desproporção entre o valor do direito transferido em garantia e o valor do empréstimo garantido, cuja diferença representa juros usurários que acarretam a nulidade da avença. Recurso especial não conhecido.

(REsp 475.040/MG, Rel. Ministro ARI PARGENDLER, TERCEIRA TURMA, julgado em 24/06/2003, DJ 13/10/2003 p. 360).

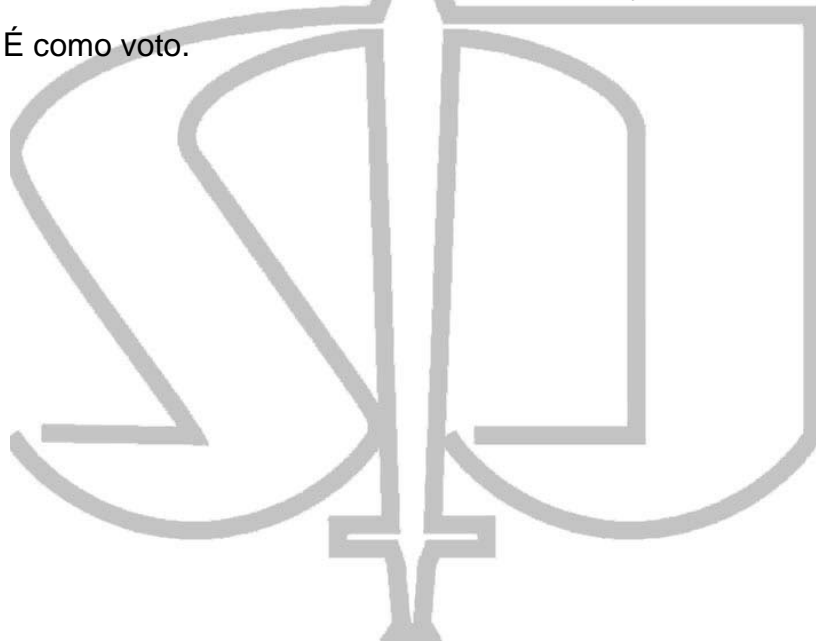
Sendo nula de pleno direito a cláusula que permitia a "amortização" da dívida, utilizando-se o credor da garantia, os valores depositados não deveriam ter saído jamais da disposição da empresa. Com a posterior decretação de sua falência é o que bastaria para os depósitos serem arrecadados.

Superior Tribunal de Justiça

6. De resto, não prospera a tese articulada pelo recorrido de que, à luz do contido no art. 75, § 3º, da Lei n. 4.728/65, ser-lhe-ia permitida tal prática. Primeiro porque, ao que consta do acórdão, não se cogita de valores dados em adiantamento de contrato de câmbio, e sim de garantia a este. Ou seja, não se trata de valores pertencentes ao credor e adiantados à empresas. E, ainda que se fossem, tal circunstância não lhe autorizaria fazer uso arbitrário das próprias razões, apenas ser-lhe-ia garantida, na falência, a restituição preferencial de tais valores em relação a qualquer crédito, nos termos da Súmula 307 desta Corte.

7. Por tais razões, conheço parcialmente do especial e, na extensão, dou-lhe provimento, para que os valores dados em garantia ao contrato de câmbio fiquem a disposição do juízo falimentar, permitindo sua arrecadação.

É como voto.



**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
QUARTA TURMA**

Número Registro: 2000/0086829-9

REsp 274588 / PR

Números Origem: 1180290 364589

PAUTA: 19/03/2009

JULGADO: 19/03/2009

Relator

Exmo. Sr. Ministro **LUIS FELIPE SALOMÃO**

Ministro Impedido

Exmo. Sr. Ministro : **JOÃO OTÁVIO DE NORONHA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FERNANDO GONÇALVES**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **DURVAL TADEU GUIMARÃES**

Secretária

Bela. **TERESA HELENA DA ROCHA BASEVI**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : LAPSEN S/A - MASSA FALIDA
REPR. POR : ADIR BARUSSO - SÍNDICO
ADVOGADO : LAURI JOÃO ZAMBONI
RECORRIDO : BANCO DO BRASIL S/A
ADVOGADO : NELSON BUGANZA JUNIOR E OUTRO(S)

ASSUNTO: Comercial - Falência

SUSTENTAÇÃO ORAL

Dr(a). **NELSON BUGANZA JUNIOR**, pela parte RECORRIDA: BANCO DO BRASIL S/A

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia QUARTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Turma, por unanimidade, conheceu em parte do recurso especial e, nessa parte, deu-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Vencido o Sr. Ministro Fernando Gonçalves.

Os Srs. Ministros Carlos Fernando Mathias (Juiz Federal convocado do TRF 1ª Região) e Aldir Passarinho Junior votaram com o Sr. Ministro Relator.

Impedido o Sr. Ministro João Otávio de Noronha.

Brasília, 19 de março de 2009

TERESA HELENA DA ROCHA BASEVI
Secretária