

filhos, foram restringidos no art. 386 da lei substantiva.

4 — A renúncia, em regra irretratável, terá, assim, que prevalecer até que seja invalidada regularmente por violência, erro ou simulação (art. 1.590 do Código Civil), vícios capazes de anular, por sinal, todo e qualquer ato jurídico (art. 147, II, do mesmo Código).

5 — Bastaria essa circunstância para a decretação da nulidade da respeitável sentença apelada.

Há, contudo, mais. Os menores nem sequer, por si ou por seus representan-

tes, foram ouvidos, de modo que inexistiu a concordância dos interessados exigida na lei.

6 — A apelação, pois, deve ser provida para o reconhecimento da nulidade da homologação, ressalvado aos apelados o direito de defender seus interesses nas vias ordinárias.

Rio de Janeiro, 23 de setembro de 1969. — *Ivan Castro de Araújo Souza*, Presidente. — *Graccho Aurélio Sá Vianna Pereira de Vasconcellos*, Relator. — *Oswaldo Goulart Pires*.

EMBARGOS DE TERCEIRO. SIMULAÇÃO DO TÍTULO

Em embargos de terceiro não pode ser reconhecida a simulação do título do embargante.

A anulabilidade deve ser invocada em ação pauliana.

EMBARGOS NA APELAÇÃO CÍVEL N.º 64.280

Primeiro Grupo de Câmaras Cíveis do Tribunal de Justiça do Estado da Guanabara

Walter Neves Moll *versus* Edições Biblos Ltda.

Relator: Des. Graccho Aurélio.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de embargos de nulidade e infringentes do julgado na apelação cível n.º 64.280, em que é embargante — Walter Neves Moll e embargadas — Edições Biblos Ltda.:

Acorda o Primeiro Grupo de Câmaras Cíveis do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado da Guanabara, por maioria de votos, receber os embargos.

1 — O recorrente interpôs embargos de terceiro em apenso a executivo, onde fôra penhorado linotipo de sua propriedade, adquirido por escritura particular, transcrita no Registro de Títulos e Documentos.

Os embargos foram acolhidos na ins-

tância inferior, mas a Egrégia Segunda Câmara Cível dêste Tribunal, por maioria de votos, reformou a respeitável sentença apelada para reconhecer a simulação do título do embargante e, conseqüentemente, para julgar improcedente os embargos.

O vencido, inconformado, interpôs embargos de nulidade e infringentes do julgado, devendo o seu recurso, *data venia*, ser provido.

2 — Com efeito, em embargos de terceiro, não é possível invocar, como matéria de defesa, a simulação do título do embargante.

A anulabilidade do ato terá que ser pleiteada em ação pauliana, onde o juiz proferirá sentença constitutiva negativa, invalidando ou não a compra e venda questionada.

Solução contrária ampliaria ilegalmente, *data venia*, a cognição dos embargos, que se dirige exclusivamente para a exclusão ou inclusão da coisa na execução e não contra os direitos que caibam ao terceiro sôbre a coisa (LIEBMAN, *Processo de Execução* n.º 47, pág. 87 da 3.ª edição; FREDERICO MARQUES, *Instituições*, VI, nota 35 ao número 1.353, pág. 458 da 2.ª edição).

O reconhecimento da anulabilidade da compra e venda decorrente da pretendida simulação importaria em condenar o autor sem reconvenção, incompatível

com o rito dos embargos (art. 192, VI, do Código de Processo).

A defesa do réu, em qualquer ação, principal ou acessória, não pode exceder-se para pleitear o reconhecimento de um contra-direito contra o autor, capaz de modificar ou excluir o pedido inicial.

Em casos tais, os interesses do réu devem ser defendidos em ação própria ou em reconvenção, se cabível (art. 190 da lei adjetiva).

3 — Por essa razão, alguns escritores e julgados reconhecem a possibilidade de ser invocada pelo embargante, autor nos embargos, a anulabilidade do título do embargado-exeqüente. Negam, porém, ao embargado o direito de, como matéria de defesa, pretender a decretação da anulabilidade do título do embargante (*Rev. Tribunal de Just. da Guanabara*, vol. 19, pág. 319; *Rev. dos Tribunais*, vol. 318, pág. 428; vol. 206, pág. 460; e vol. 399, pág. 250; PONTES, com. 13 ao art. 707 do Código de Proc., vol. IV, pág. 191 da 1.^a edição; *Rev. Forense*, vol. 210, pág. 213; *Rev. Forense*, 92, pág. 451; ALEXANDRE DE PAULA, vol. 26, n.º 33.085).

A anulabilidade, se invocada pelo embargante, se contém no pedido inicial; se pleiteada pelo embargado, ao contrário, extravasa da cognição do processo.

4 — Assim, enquanto a compra e venda não fôr regularmente anulada, deverá beneficiar amplamente o embargante, autorizando-o a obter a exclusão da penhora da coisa sob o seu domínio, violentado pela ilegal constrição judicial.

Foram êsses os motivos que levaram a maioria do Grupo a prover os embargos.

Rio de Janeiro, 9 de outubro de 1969.
— Roberto Medeiros, Presidente. — Graccho Aurélio Pereira de Vasconcelos, Relator. — Ivan C. de Araújo e Souza, vencido, com o voto que vai adiante datilografado.

VOTO VENCIDO

Votei vencido, pois entendo *data venia* que a simulação, como a fraude contra credores e outros vícios, pode ser alegada nos embargos de terceiro, tanto por êste, como pelo embargado.

Constituem os embargos de terceiro ação mandamental intentada por quem não foi parte na causa, visando a excluir da constrição judicial bens ou direitos seus, indevidamente envolvidos em execução alheia.

Dita ação encontra fundamento em um título de propriedade ou de posse, que deve o embargante exhibir para fundamentação de seu pedido.

É evidente que na contestação a êsses embargos poderá o exequente examinar a validade ou autenticidade do título, argüindo-lhe os vícios e defeitos.

Não se trata, a meu ver, de matéria de reconvenção, pois não se cogita de uma outra ação, baseada em direito do réu contra o autor, mas em matéria estritamente de defesa, que apenas visa a excluir o pedido do embargante.

Não se pode razoavelmente admitir que o juiz, ao decidir sôbre a procedência ou improcedência dos embargos, se recuse a examinar as alegações que, contra o próprio título em que êles se baseiam, apresenta o exequente.

Alega-se, entretanto, que não é possível invocar, como matéria de defesa, a simulação dêsse título. Mas, se não pode o juiz examinar-lhe a autenticidade ou validade, a que se limitará o seu exame?

Não vemos, ademais, como possa a anulabilidade, digo, a simulação ser invocada pelo embargante e não o possa ser pelo embargado. A igualdade das partes perante a Justiça já estaria a tornar inviável êsse entendimento.

Se pode o embargante argüir a nulidade do título do exequente, que já passou pelo crivo do judiciário, com maioria de razões poderá êste apreciar o título do embargante, argüindo-lhe os vícios que o maculem, pois ainda não sofreu aquêle exame.

Argumenta-se, porém, que não é possível no processo de embargos de terceiro ampliar ilegalmente a cognição dos embargos, que se dirigem exclusivamente no sentido da inclusão ou exclusão da coisa na execução.

Mas exatamente essa limitação é que permite alegar e provar a existência de qualquer vício, que conduza à nulidade do título do embargante.

Como ensina LOPES DA COSTA: "em nosso direito a sentença proferida no processo de embargos de terceiro não faz coisa julgada sobre o direito que constituir fundamento ativo dos embargos", observando a seguir que: "no regime das Ordenações Filipinas dava-se o contrário" (*Direito Processual Civil Brasileiro*, vol. IV, pág. 307).

Salienta PONTES DE MIRANDA que: "os embargos de terceiro são ação; e ação mandamental negativa".

E já anteriormente afirmara que "a ação é contra o ato do Estado e não contra o ato da parte a favor de quem se concedeu o mandado de penhora, depósito, arresto, seqüestro, venda judicial, arrecadação, partilha, ou qualquer ato de constrição judicial" (*Comentários ao Código de Processo Civil*, volume IX, págs. 6 e 9).

Logo a seguir esclarece: "os direitos do embargado perante a outra parte ou dos embargados entre si não sofrem qualquer alteração com a sentença nos embargos de terceiro" (Obr. e vol. cit., pág. 11).

Daí decorre, como a seguir salienta, que "o autor dos embargos de terceiro tem a ação mandamental, que é a dos embargos, preciosa para evitar consequências publicísticas dos atos processuais (v. g. venda judicial do bem de terceiro) e a ação própria ou as ações próprias do direito que êle invoca. É nesse sentido que se diz ser remédio "voluntário". Nada lhe obsta propor,

prescindindo da força mandamental da sentença proferida nos embargos de terceiro, a ação de reivindicação, ou a anulatória (pauliana), ou outra, que corresponda a sua pretensão, salvo, está claro, alguma preclusão, o que melhor se estuda no fim da obra, a propósito dos embargos de terceiro na execução (veja-se o art. 995 e depois do artigo 1.016) (Obra e vol. cit., pág. 12).

Também LIEBMAN esclarece: "A lide nos embargos se refere apenas à exclusão ou inclusão da coisa na execução e não aos direitos que caibam ao terceiro sobre a coisa, mesmo quando dêles se tenha discutido" (*Processo de Execução*, pág. 178).

E mais adiante salienta: "requisitos dos embargos são o direito ou a posse de terceiro (art. 707), que por seus títulos sejam suficientes a justificar a exclusão dos bens da execução que está sendo processada; por isso o exequente poderá, se fôr o caso, contestá-los, alegando qualquer dos motivos de extinção da responsabilidade mencionados nas páginas que precedem. A prova não precisa ser plena, bastando bem fundamentada na aparência. O terceiro, porém, não sendo parte na execução, não pode alegar nulidade desta ou defeitos do título executório" (Ob. cit., página 179).

No caso em aprêço em que tomaram os embargos, em virtude da contestação, o rito ordinário, nêles foi produzida copiosa prova. Que mais se tornava necessário para que se procedesse nos embargos ao exame da simulação argüida, com tantos e tão bons argumentos, pelo acórdão embargado?

O princípio da economia processual estaria a aconselhar êsse procedimento.

I. A.

Eduardo Jara, vencido de acôrdo com os fundamentos do voto do Exmo. Desembargador Ivan Araújo.

PROMESSA DE COMPRA E VENDA. CORREÇÃO MONETÁRIA. RESCISÃO "PLENO IURE"

Promessa de compra e venda de imóvel — Cláusula de correção monetária convencionada em desacôrdo com a então vigente Lei n.º 4.380, de 21-8-1964 — Procedência de ações declaratória e consignatória e improcedência de ação de rescisão:

1 — *No contrato de promessa de venda de imóvel só tem validade a correção monetária convencionada sem desrespeito aos limites e às condições estabelecidas na lei que a admite.*

2 — *Nas promessas de venda de imóveis a prestações, é vedada a rescisão pleno iure independente da notificação prévia, em virtude do que prescrevem os Decretos-leis n.ºs 58, de 1937, e 745, de 1969.*

EMBARGOS NA APELAÇÃO N.º 63.720

Quarto Grupo de Câmaras Cíveis do
Tribunal de Justiça do Estado da
Guanabara

José Renê Gonçalves e sua mulher
versus Emmanoel Waismann e sua mulher.

Relator: Des. João Coelho Branco.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de Embargos de Nulidade e Infringentes na Apelação Cível n.º 63.720, em que são embargantes José Renê Gonçalves e sua mulher Maria Diva Menezes Gonçalves e são embargados Emmanoel Waismann e sua mulher Sultana Waismann:

1 — Os embargantes, na qualidade de promitentes compradores de apartamento, de que são os embargados promitentes vendedores, propuseram contra êstes ação de consignação em pagamento das prestações mensais convencionadas, excluindo, porém, das mesmas

a correção monetária pactuada em cláusula expressa, alegando que esta infringia os limites e as condições impostas pela Lei n.º 4.380, de 21-8-64, vigente à data do pré-contrato celebrado em 8-7-1965.

Os réus, ora embargados, contestaram a ação, alegando a insuficiência do depósito, de vez que não se podia impugnar a cláusula relativa à correção monetária convencionada, que visava manter o equilíbrio do valor aquisitivo da moeda em correspondência com o valor do imóvel prometido, invocando ainda o art. 82 do Código Civil.

Propuseram ainda os embargantes contra os embargados ação declaratória, com o fim de obter fôsse declarada nula a referida cláusula contratual.

Os embargados, a seu turno, na qualidade de promitentes vendedores, propuseram ação ordinária contra os embargantes, para rescindir o contrato, com perda das prestações pagas, reintegração de posse e mais cominações.

A sentença de fls. 66-71 chegou à seguinte conclusão: a) julgou procedente a ação de consignação e subsistentes os depósitos; b) julgou procedente a ação declaratória, para considerar nula a cláusula XI da escritura; c) julgou improcedente a ação ordinária como consecutório da procedência das ações precedentes e pela ausência de notificação promonitória, essencial à constituição em mora.

Mas a E. Terceira Câmara Cível, pelos votos dos Desembargadores NELSON RIBEIRO ALVES, relator, e MAURÍCIO RABELLO, deu provimento à apelação dos promitentes vendedores, para julgar procedente a ação ordinária de rescisão do contrato e improcedentes as ações consignatória e declaratória (fôlhas 97-99).

Foi, todavia, voto vencido o Desembargador SEBASTIÃO PEREZ LIMA, que confirmava a sentença apelada (fôlhas 100).