

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO CEARÁ

Nº PROCESSO: 2000.02473-3

TIPO DO PROCESSO: APELAÇÃO CÍVEL

COMARCA: FORTALEZA

PARTES:

Apelante: BANCO NACIONAL S.A

Apelados: TÊXTIL UNIÃO S.A e OUTROS

RELATOR: DES. JOÃO DE DEUS BARROS BRINGEL

EMENTA – Execução – Exceção de Pré-Executividade – Segundos embargos de declaração interrompem novamente o prazo para outros recursos, se não desvelada sua feição protelatória(art.538do PC).

Título extrajudicial – Descaraterização – Contrato de Abertura de Crédito Documentário para Importação de Mercadorias sem a assinatura de duas testemunhas. Requisito do art. 585, II, do CPC não preenchido. – Contrato de Câmbio desprovido de protesto cambial. Ausência de força executiva. Inteligência do art. 75 da Lei nº 4.728 de 14.7.65. Nota Promissória vinculada ao Contrato de Abertura de Crédito Documentário para Importação de Mercadorias. Perda de suas características básicas de autonomia e literalidade em função de seu atrelamento ao contrato despido dos pressupostos de exequibilidade. Inexequibilidade da cambial diante da constatação de sua indisfarçável

prescrição. Execução nula. Exceção de Pré-Executividade procedente. Honorários – Arbitramento – Fixação que deve guardar observância com os critérios delineados nos § 3º, letras “a” a “c” c/c o § 4º, ambos do art. 20 do CPC. Redução que se impõe. Apelo parcialmente provido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de Apelação Cível nº 2000.02473-3, de Fortaleza, em que são partes os acima indicados.

ACORDA a 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, em julgamento de Turma, por unanimidade, em conhecer do recurso e lhe dar parcial provimento, apenas e tão só, para reduzir a verba honorário fixada na decisão recorrida, nos termos do voto do Relator, integrando este o relatório lançado nos autos, na forma regimental.

De examinar, por primeiro, a preliminar suscitada pelos Excipientes e aqui Apelados, sonante com a intempestividade da apelação interposta.

É que, a seu juízo, em havendo o Excepto e ora Apelante já se socorrido de embargos declaratórios, operara-se em ser desfavor a preclusão consumativa para a reiteração de novos declaratórios, embora versando sobre temática diversa da eleita na primeira oportunidade. Incursionando pelo entendimento da vedação processual, na espécie, para segundos embargos, e apoiando-se na ilação de que ditos embargos não interrompem o prazo para outro recurso, tem como intempestivo o apelatório de fls. 80/92, sobranceiro no afirmar que, em razão dessa mesma

intempestividade, impõe-se lhe seja negado seguidamente, a teor do regramento encartado no art. 557 do CPC.

A preliminar nos moldes conferidos é de todo improcedente, como se demonstrará, passos adiante.

Na dicção normativa do art. 558 do CPC, os embargos de declaração “suspendem o prazo para a interposição de outros recursos por qualquer das partes”, desde que não protelatórios, exceção previsível no parágrafo único do nominado cânone.

Como instrumento de aperfeiçoamento da prestação jurisdicional, devem ser encarados os embargos declaratórios, pena de se sacrificar o princípio do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, com os meios a eles inerentes, máxime, quando não rotulados do sinete da procrastinação.

Não é outro o entendimento pretoriano, inclusive dos Sodalícios Superiores, valendo colacionar, no azo, ementa de acórdão da 4ª Turma do egrégio STJ, in Resp. nº 2.087-DF, rel. Min. Fontes de Alencar, j. 3.4.90, in RT- 636/207, assim estilizada:

“Segundos embargos de declaração Interrompem o prazo para outros recursos, ainda que sejam mera reiteração dos primeiros.”

Colhe-se, no âmbito dos primeiros declaratórios opostos, haver o Apelante reconhecido que sua execução fora ajuizada com equívoco de data do vencimento da dívida, o que, por sinal, atribui a erro datilográfico, pretendendo, assim, sob a ótica da existência de mero erro material reverter a decisão objurgada, no que restará inatendido pelo julgador primário.

Considerando que o douto Magistrado *a quo*, ao decidir sobre esses primeiros embargos declaratórios dilargara-se numa

apreciação dos mesmos elementos que o conduziram ao convencimento da prescrição a inocuizar a cártula, e como tal não lhe satisfizera a intelecção desse convencimento, o Excepto e ora Apelante optou pelos segundos declaratórios, no propósito de uma aclaração do julgado, no que, igualmente, restara desatendido pelo regente do feito.

Não vislumbro, por conseguinte, nesse atuar do embargante, a feição protelatória que lhe impingem os Apelados.

Sob essas premissas fático-jurídicas, rejeito a preliminar vindicada.

Circa meritum, colhe-se dos autos que toda a polêmica no vertente debate recursal centra-se em torno da Nota Promissória dada em garantia da dívida representada pelo Contrato de Crédito Documentário para Importação de Mercadorias firmado entre as partes, ao qual aquela se acha vinculada.

Por continência ao princípio da persuasão racional, cânone do sistema processual pátrio, atino que a execução aforada pelo Apelante encontra-se forrada pelo Contrato retrodito e pela Nota Promissória a ele vinculada, os quais, nesse propósito, tem ele como títulos executivos, e não somente a Nota Promissória, como posteriormente, ou seja, ao azo de sua impugnação à exceção, pretendeu insinuar ao julgador singular, ignorando a vedação de alteração de pedido inicial sem o consentimento dos réus, dado que, à época, já citado para a angularidade processual, malferindo com isto o preceito encartado no art. 264 do CPC, no que restara rechaçado, seja no decreto monocrático confutado, seja na decisão que lhe negou provimento aos declaratórios aforados.

São do Exeqüente estas palavras:

“ O Banco exeqüente se tornou credor dos executados da importância de

R\$1.549.067,74 (hum milhão, quinhentos e quarenta e nove mil, sessenta e sete reais e setenta e quatro centavos), dívida esta representada pela Nota Promissória vinculada ao também incluso Contrato de Abertura de Crédito Documentário para Importação de Mercadorias, cuja comprovação de liberação da moeda estrangeira está documentada na forma acostada. Por meio de Contrato de Câmbio de Venda – Tipo 02 Importação, celebrado entre o representante e o representado, bem assim por meio de Transferência Bancária em favor de Banco terceiro, devidamente traduzida, títulos esses vencidos e não pagos.”

No tocante ao contrato de Abertura de Crédito Documentário para Importação de Mercadorias supra-aludida, o mesmo padece de total falta dos pressupostos de exequibilidade, porquanto dele ausente a assinatura de duas testemunhas exigidas por lei (CPC, art. 585, II). Esta exigência não resulta só do regramento processual, mas, igualmente, está inserida no art. 135 do Código Civil, *verbatim*:

“Art. 135. O instrumento particular, feito e assinado, ou somente assinado por quem esteja na disposição e administração livre de seus bens, sendo subscrito por duas testemunhas, prova as obrigações convencionais de qualquer valor.”

Doutrina e Jurisprudência marcham juntas no

entendimento de que a obrigação derivada de documento particular assinado pelo devedor não se constitui título executivo, se não subscrito por duas testemunhas.

ARAKEN DE ASSIS, com a excelência de seu magistério, leciona em seu “Manual do Processo de Execução”, Editora RT, 5ª edição, 1.998, verbete 21.2, pág. 141, ao cuidar dos documentos elencados no art. 585, II, do CPC, como títulos executivos, *verbis*:

“ O art. 585, II, contempla quatro documentos distintos como título executivo: a) a escritura pública; b) o documento público, assinado pelo devedor; c) o documento particular, assinado pelo devedor e por duas testemunhas; d) a transação referendada pelo Ministério Público, pela Defensoria Pública ou pelos advogados dos transatores. Quanto ao documento particular, para ter força executiva, deverá ser assinado por duas testemunhas.”

Mui a propósito, é de destacar, nesta quadra, ementa da 3ª Turma do STJ, extraída do REsp nº 3079-MG, tendo como Relator o então Min. Cláudio Santos, DJ de 09.10.90, de que dá conta o Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, em seu “Código de Processo Civil Anotado”, 6ª edição, Editora Saraiva, 1.996, p.410, *verbis*:

“Contrato de abertura de crédito em documento particular, sem a subscrição de duas testemunhas, é título imperfeito para fundar execução(art.585,II,do CPC)

Não bastara a iniludível ausência de exequibilidade a vitimar

o contrato de abertura, sinalado e a tornar nula a execução com base nele, agitado pelo Apelante contra os Apelados, de ressaltar, em igual passo, a barreira que, a seu turno, encontra o Contrato de Câmbio para sua pronta execução, consoante o permissivo do art. 75, *caput*, da Lei nº 4.728/65, denominada “ Lei do Mercado de Capitais”, que assim textua:

“ O contrato de câmbio, desde que protestado por oficial competente para protesto de títulos, constitui instrumento bastante para requerer a ação executiva.”

Como se infere do Contrato de Câmbio em testilha, não houve o seu imprescindível protesto, com vista a subsidiar a execução deflagrada pelo Apelante.

Em suma e resumo: na dicção da Súmula 27 do STJ “ pode a execução fundar-se em mais de um título extrajudicial relativos ao mesmo negócio”; não menos certo é que nulo é o título que não atenda aos pressupostos de exequibilidade. Dí-lo a Doutrina e secunda-o o entendimento pretoriano. É o caso dos autos.

A propósito, o eminente Min. Waldemar Zveiter, integrando o egrégio STJ, ao relatar o Ag. Rg. na Resp nº 197.090-RS, expõe sobre o dever de ofício que é dado ao juiz de decretar a nulidade do título que não atenda aos pressupostos de exequibilidade, salientando seu entendimento nos termos subseqüentes:

“...toda a controvérsia circunscreve-se a um dos princípios cartulares básicos, qual seja o da liquidez, cuja carência abala ou compromete a autonomia do título, tanto que a percepção de vício desse jaez impõe ao juiz, de plano e de ofício, a decretação

da nulidade daquele, extinguindo-se o processo por não ser devido como tal ou, se assim não ocorrer, ao executado cabe alegá-lo e prová-lo em exceção de pré-executividade, e tudo é assim porque dito pressuposto é de ordem pública.” (STJ – 2ª Seção, DJU 10.4.2000, pág. 0067).

A seu turno, de solar sabença que a Nota Promissória é detentora das atribuições de autonomia e literalidade, privando-se ela dessas distinções essenciais em função de seu engatamento a um contrato despido dos pressupostos de exequibilidade, como na espécie.

Registro, por oportuno, o entendimento manifestado pelo Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, ao declarar voto no AgReg interposto contra A .I. nº 221.302-SP, deduzindo sua conclusão do seguinte modo:

“A Nota Promissória, detém em geral, as atribuições de autonomia e literalidade; todavia, em algumas situações, como na espécie sob exame, a situação se distingue; perde ela as suas características básicas em função de seu atrelamento a um contrato que lhe deu origem.” (STJ – 4ª Turma, DJU 14.02.2000, pág. 0041).

Na espécie decidenda, a cambial predita não se encontra prenhe das características básicas de sua autonomia, independência e abstração, visto que está vinculada a contrato despido de força executiva, como exaustivamente ficou demonstrado, passos atrás, o que, por isto, lhe retira a força executiva perseguida pelo Apelante.

De resto, importa dizer sobre a operacionalidade ou não da prescrição da Nota Promissória executada, assim reconhecida pela decisão do juízo *a quo* proferida em sede da Exceção de Pré-executividade que originou a irresignação do Apelante.

Decerto, a Nota Promissória fora emitida em 1º de outubro de 1.995, mesma data de celebração do contrato ao qual se acha vinculada, com vencimento à vista. Entretanto, o excogitado contrato, ao interno de indica, de logo, a data do resgate da cambial, fixou o visto, *rectius*, assinalou o início do prazo, ao cabo do qual a obrigação deveria ter sido satisfeita, o fazendo com respaldo no art. 34 da Lei Uniforme, que assim estipula:

“(.....) O Sacador pode estipular que uma letra pagável à vista não deverá ser apresentada a pagamento antes de uma certa data. Nesse caso, o prazo para a apresentação conta-se dessa data.”

Destarte, ainda que firmados, a um só tempo, o Contrato e a Nota Promissória, o aceite apostado na nota Promissória implica na obrigação de resgate por parte do sacado, enquanto que a assinação do recitado Contrato, no mesmo azo, traduz o visto que assinalou o início do prazo de vencimento, findo o qual a obrigação deveria ter sido solvida.

FRAN MARTINS, a respeito da distinção entre aceite e visto ministra, litterate:

“... na realidade, aceite e visto são dois atos de natureza diversa, o primeiro significando a disposição do sacado de cumprir a ordem que lhe é dada pelo sacador, tornando-se, com a sua assinatura, o

obrigado principal pelo pagamento do título, e o segundo dizendo respeito ao início do prazo, findo o qual a obrigação assumida com o aceite deve ser cumprida, ou seja, esgotado o qual, o título deve ser pago. Em resumo: o aceite representa a assunção da obrigação de pagar por parte do sacado; o visto marca o início do prazo; terminado o qual, aquela obrigação deve ser cumprida.”

À vista do Contrato de Abertura de Crédito Documentário para Importação de Mercadorias, assinado a 1º de outubro de 1995, deduz-se que o mesmo marca, como data de vencimento da obrigação, o prazo de 180(cento e oitenta) dias, a contar do embarque, cuja data é ali indefinida, uma vez que em seu contexto consta, tão-só, a rubrica “prazo de embarque até 09.12.95”.

Esta imprevisão quanto ao início de vencimento da obrigação, por força da indefinição da data de embarque, desnatura a execução, empurrando para a faixa cinzenta da dúvida o direito de ação do Exequente, pertinentemente à cobrança da letra, na espreita de que o próprio contrato estipula um prazo de 06(seis) meses para o marco inicial do vencimento da cártula, a contar da data do embarque, previsto para ocorrer entre a data da assinatura do contrato (01.10.95) e até 09.12.95

Realçando a aludida indefinição da data de início de vencimento da obrigação, que seria a do embarque, e que não se sabe ao certo quando ocorreu, o Apelante, opondo-se à Exceção de Pré-Executividade, chega a admitir que o vencimento da dívida “ é de 180 dias de sua assinatura, consoante se recolhe de sua expressa afirmação, *verbis*:

“ Em verdade, o vencimento da dívida, pelo contrato e isto está bem explícito no instrumento, quadro VI, item, é de 180 dias da sua assinatura.”

Por esse ângulo, em que pese haja o Apelante mudado de rumo em sua peça recursal, modificando o pedido inicial sem o consentimento dos réus já citados (art. 264 do CPC), o que não aplaca a apontada indefinição, a Nota Promissória estaria acobertada pela prescrição, uma vez que, somando-se 180(cento e oitenta) dias à data de assinatura do contrato (01.10.95), vai-se a 31.03.96, data que marca o vencimento da sobredita Nota Promissória.

Vê-se, então, que o prazo de prescrição da letra passou a fluir a partir de 01.04.96, dia seguinte ao vencimento retro-aludido, expirando-se o prazo trienal em 01.4.99(Lei Uniforme, art. 70); como a execução só fora deflagrada em 07.5.99(fl.02v), o foi, desenganadamente, quando já operada a prescrição litigada.

De resto, tem-se, na espécie, execução visceralmente nula, dado que assentada em títulos que não se revestem de liquidez, certeza e exibibilidade, tal como preconizado no inc. I do art. 618 do CPC, *in casu*, o Contrato de Abertura de Crédito Documentário para Importação de Mercadorias, e a Nota Promissória noticiada e àquele vinculada, o primeiro padecendo de exigibilidade por defeito de forma – a ausência de assinatura de duas testemunhas – o segundo, padecendo de igual pressupostos, por que vitimado por indisfarçável prescrição.

Os Tribunais pátrios, por seus oráculos, e, em especial, os Sodalícios Superiores, hão, modernamente, assentado o entendimento de que “ a argüição de nulidade da execução com base no art. 618 do Estatuto Processual Civil não requer a

propositura da ação de embargos à execução, sendo resolvida incidentalmente” (STJ – 4ª Turma, Resp. nº 3.079, rel. Min. Cláudio Santos, *apud* Paulo Henrique dos Santos Lucon, em artigo de sua lavra, sob o título “ O Controle dos atos executivos e efetividade da execução”, publicado na Revista Jurídica nº 253, nov/98, pág.5, Editora Síntese, Porto Alegre.

Firma-se, assim, o instituto da Exceção de Pré-Executividade, espécie excepcional de defesa específica no processo de execução, ou seja, a oportunidade utilizada pelo devedor, independentemente de embargos do devedor, que é ação de conhecimento incidental à execução, para promover a sua defesa, pedindo a extinção do processo, por falta de preenchimento dos requisitos legais. É uma mitigação ao princípio da concentração da defesa, que rege os embargos do devedor, desde que versando sobre matéria de ordem pública, reconhecível, inclusive, de ofício, pelo próprio juiz processante, a qualquer tempo e grau de jurisdição. Realmente, estar-se-ia diante de um absurdo jurídico privar o demandado em processo executório de apontar a inexistência ou deficiência congênita da relação jurídica materializada em um título não revestido das formalidades legais. Justifica-se até esse recurso pela necessidade de o Poder Judiciário dar proteção jurídica aos interesses individuais ilegitimamente ameaçados de lesão pela própria ação de execução.

Sob esse convencimento, não vejo como censurar a decisão singular, dando pela procedência da Exceção de Pré-Executividade cuidado nos fólios do presente caderno.

Nada obstante essa crença, hei de reformar a sentença na parte em que fixou a verba honorária. O percentual acertado pelo julgador monocrático apresenta-se-me excessivo, dado o trabalho realizado pelo patrono dos Apelados e o tempo exigido para esse trabalho, sem deixar de reconhecer o seu grau de operosidade.

Assim, reduzo o percentual de 15% (quinze por cento) sobre o valor da causa para 10% (dez por cento) sobre idêntico valor, mantido no mais a douta sentença objurgada, em razão dos sólidos fundamentos em que fora editada.

É como voto.

Fortaleza, 27 de setembro de 2000

PRESIDENTE

RELATOR

PROC. DE JUSTIÇA