



A C Ó R D ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 30.998, da Comarca de BELO HORIZONTE, sendo Apelante: AILSON FELIX e Apelada: MUTUAL APETRIM CRÉDITO IMOBILIÁRIO S/A.

A C O R D A, em Turma, a Terceira Câmara Civil do Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., e sem divergência na votação, anular a sentença, pelos fundamentos constantes das inclusas NOTAS TAQUIGRÁFICAS, devidamente autenticadas, que ficam fazendo parte integrante desta decisão.

Custas, na forma da lei.

Belo Horizonte, 01 de julho de 1986.

JUIZ CLÁUDIO COSTA, Presidente sem voto.

JUIZ CUNHA CAMPOS, Relator.

JUIZ HUGO BENGTTSSON, Revisor.

JUIZ NEY PAOLINELLI, Vogal.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O SR. JUIZ CUNHA CAMPOS:

"a) Mutual Apetrim - Crédito Imobiliário S.A. aforou contra Ailson Felix execução com apoio no contrato de fl. 5. Penhorado o imóvel vem a tempo os embargos oferecidos por Ailson e s/ mulher.

Na inicial articularam os executados que a exeqüente desatendeu o § 5º do art. 5º da Lei 4380/64 porque o aumento das prestações não se fez na proporção da alteração do salário mínimo. Impugnação a fls. 618 onde a exeqüente sustenta que a discussão concernente ao Plano de Equivalência Salarial estaria adstrito à Justiça Federal.

O MM. Juiz determinou que as partes especificassem provas e os executados pediram a realização de perícia e oitiva de testemunhas (fls. 16). O magistrado apenas deferiu a realização da prova oral e negou a perícia e daí o agravo de fls. 17.

O MM. Juiz rejeitou os embargos ao fundamento de que, na inicial os apelantes não mostraram onde a exeqüente teria desatendido a Lei 4.380/64. As demais questões suscitadas nos embargos o Juiz as teve por irrelevantes. Na apelação diz o embargante varão, em preliminar, que cumpria realizar-se a perícia porquanto a defasagem entre salário e valor de prestação apenas se apuraria em perícia. No mérito alega que o Judiciário pode apreciar a constitucionalidade das leis e que a sentença não examinou corretamente a matéria. Juntou acórdão a fls. 37. Resposta a fls. 41. Preparo regular.

b) A meu sentir apenas duas questões se ofere



cem o exame deste Tribunal, visto que a rigor as demais foram respondidas pela sentença e tenho como suficientemente esclarecida a matéria.

As duas questões que aqui se examinam, e de ofício, são as seguintes: a) o caráter suspensivo ou não dos em**em** bargos; b) a necessidade ou não do MM. Juiz examinar, inclusive com realização de prova pericial, a obediência, ou não, da credora ao § 5º do art. 5º da Lei 4380/64.

c) O MM. Juiz pode apreciar a constitucionalidade do parágrafo único do art. 5º da Lei 5.741/71. Esclarece Barbosa Moreira "No direito brasileiro vigente, coexistem, por conseguinte, o controle incidental e o controle direto da constitucionalidade. O primeiro é exercitável por qualquer órgão judicial (sistema difuso), no julgamento da causa que lhe incumba, desde que a decisão do litígio reclame, como premissa lógica, o exame de questão e questão de constitucionalidade". (grifos do autor. Com. ao C.P.C., Forense, 4ª ed., Rio, 1981, vol. V, nº 24, p. 42). No mesmo sentido Lúcio Bittencourt (O controle jurisdiccional da constitucionalidade da lei, Forense, 3ª ed., p. III/112).

Dessarte na decisão de fls. 15 o magistrado não examina a constitucionalidade do dispositivo que aplicou para negar caráter suspensivo aos embargos. É de se verificar, ainda, se a lei de 1971 prevaleceria sobre o CPC (de 1973) que atribui a todos embargos efeito suspensivo. Amílcar de Castro, vigente o Código de 1939 sustentava o caráter suspensivo de todos em bargos do executado (Com. ao C.P.C. de 1939, Forense, 2ª ed., Rio, 1963, vol. X, Tomo 2º, nº 427, p. 426). Esta posição de Amílcar de Castro, segundo Humberto Theodoro, parece ter prevalecido no Código de 1973 (Com. ao C.P.C. Forense, vol. 4, Rio, 1979, p. 549/550).

Assim de um primeiro ângulo o magistrado deve



ria examinar o contraste entre o dispositivo de 1971 e a sistematizada inaugurada em 1973.

De outra face o caráter não suspensivo dos embargos implicaria na adoção do "solve et repete", ou seja, pague primeiro o devedor e após, se quiser venha discutir o contrato. Ora, a sistemática do "solve et repete" foi considerada por Balleiro contrária à garantia contida no § 4º do art. 141 da Constituição de 1946, e esta garantia permanece reproduzida no § 4º do art. 153 da vigente Constituição (Direito Tributário Brasileiro, Rio, 1977, Forense, 9ª ed., p. 509/512). Assim se à própria Fazenda à doutrina não concede o privilégio do "solve et repete" não seria de outorgá-lo a uma entidade privada.

O Juiz Marshall, no conhecido julgamento Marbury x Madison, estabeleceu consistir na própria essência do dever judiciário decidir, em um caso concreto, se, diante do texto constitucional aplica-se ou não uma lei ordinária caso se torne duvidosa a adequação da lei à Constituição. Se há choque entre uma e outra cumpre obedecer à Constituição (Marbury v. Madison; in Decisões Históricas da Corte Suprema, por Carl Breit Swisler, Trad. de A.P. Centurin, Rio, 1964, Forense, p.11/12).

Tenho assim que insuficientemente fundamentada a decisão de fl. 15.

d) De outro lado entendo suficientemente clara a arguição de fl. 3 quando os embargantes afirmaram que os reajustamentos das prestações não atenderam ao disposto no § 5º do artigo 5º da Lei 4380/64. O que deveriam afirmar ali está lançado. O aspecto contábil, o montante de defasagem, o ângulo matemático ou numérico da questão não deveria vir já de início calculado. Além do que não seria o cálculo unilateral da parte suficiente para dirimir a questão. A matéria seria de perícia.

De outra face esta Câmara já decidiu ao jul



gar a Apelação 30.754 de Belo Horizonte que a matéria não é privativa da Justiça Federal como o pretende a exeqüente (fl. 7, "in fine").

e) Amílcar de Castro, entre outros juristas, insiste em que a relação processual não pode mais ser vista como de mero interesse privado; acima do interesse das partes há o interesse público pelo modo pelo qual a justiça é administrada. O Juiz não pode ser inerte e deve intervir eficazmente no processo (Com. ao C.P.C. 2ª Ed. R.T., vol. VIII, p. 389).

Da mesma forma que o magistrado pode rejeitar liminarmente embargos à evidência descabidos, (e o Código faz referência ao art. 295 do CPC, no inciso III do art. 739), não pode se furtar ao exame das matérias em tese pertinentes, e não deve exigir do executado prova prévia quando esta apenas pode surgir da instrução dos embargos.

f) Com estas razões de decidir anulo, de ofício, a sentença, para que o MM. reexamine as duas questões aqui enfocadas e, no tocante ao nível de aumentos, realize a perícia pedida.

Custas a final."

O SR. JUIZ HUGO BENGTTSSON:

"O embargante alegou que o levantamento do valor das prestações não se cingira às orientações e determinações do art. 5º, § 5º da Lei nº 4.380/64.

Realmente, a questão estava a desafiar a produção de prova pericial.

Aliás, esta Câmara já teve oportunidade de se manifestar a respeito, em caso semelhante (ap. cv. nº 26.187, B. Horizonte, Rel. Juiz Cláudio Costa).

Por outro lado, como muito bem adverte o em.



Relator, há que se enfrentar a matéria alegada referentemente a constitucionalidade do parágrafo único do art. 5º da Lei 5741/71.

No mais, com o em. Relator."

O SR. JUIZ NEY PAOLINELLI:

"Embora se trate de execução específica, prevista em legislação própria (Lei nº 5.471/71) e mesmo se considerando os embargos como ação constitutiva, creio não poder afastar do caso a incidência dos princípios gerais estabelecidos na Lei Processual Civil.

O apelante opôs-se à execução e sustentou a iliquidez e incerteza do débito cobrado, ao argumento de que a apuração do "quantum debeatur" se fizera ao arrepio do disposto no artigo 5º, § 5º, da Lei nº 4.380, de 21 de agosto de 1964, ao que a sentença respondeu que "competia ao embargante demonstrar, já na inicial, o erro da correção, situar a época ou épocas, argumentar com o contrato, enfim, não ficar no campo da mera alegação".

"Data venia", assim não entendo, pois, em face do impugnado, a prova deveria ter sido efetivada pela embargada exeqüente, de acordo com o princípio estabelecido no artigo 333, nº 1, do C.P.Civil, conforme se vê in MOACYR AMARAL SANTOS, Comentários ao Cód. de Proc. Civil, Ed. For., 1976, IV vol., pág. 361.

Considerando o que já decidiu esta Câmara, conforme acórdão que se vê a fls. 37 a 39 -TA, não tenho por onde deixar de acolher o agravo retido, dando-lhe provimento para determinar que se realize a perícia requerida, ficando, em consequência, cassada, data venia, a sentença hostilizada, devendo outra ser prolatada, após a efetivação da prova pericial.

No que diz respeito à anulação da sentença, co



TRIBUNAL DE ALÇADA DO ESTADO DE MINAS GERAIS

APELAÇÃO CÍVEL Nº 30.998 - BELO HORIZONTE - 01.07.86

"6"

loco-me de acordo com os votos que me precederam."

O SR. JUIZ PRESIDENTE:

"ANULARAM A SENTENÇA."