

## Busca e apreensão - Mora - Comprovação - Princípio da fungibilidade - Recurso - Efeito devolutivo - Cognição vertical

Ementa: Busca e apreensão. Comprovação da mora. Fungibilidade recursal. Efeito devolutivo. Cognição vertical.

- O efeito devolutivo nos recursos ordinários proporciona ao magistrado uma ampla cognição vertical (exauriente); por isso, o tribunal pode conhecer de todas as questões que foram ou mesmo poderiam ser utilizadas pelo prolator da decisão recorrida.

- A busca e apreensão têm como pressuposto processual a comprovação da mora, logo; diante da prova colhida, a partir da estabilidade do processo, que revela não comprovada a mora, a retomada do bem não pode acontecer, o que enseja a rejeição do pedido inicial, bem como a cassação da liminar deferida.

**AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 1.0672.07.264488-9/002 - Comarca de Sete Lagoas - Agravante: Cesar Junio Luciano - Agravada: BV Financeira S.A. Crédito, Financiamento e Investimento - Relator: DES. SALDANHA DA FONSECA**

### Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 12ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM DAR PROVIMENTO E DETERMINAR A PUBLICAÇÃO NA REVISTA DOS TRIBUNAIS.

Belo Horizonte, 27 de maio de 2009. - *Saldanha da Fonseca* - Relator.

### Notas taquigráficas

DES. SALDANHA DA FONSECA - Conheço do recurso, porque presentes os pressupostos de admissibilidade. Aplico, contudo, a fungibilidade recursal, porque caracterizada a causa madura (CPC 515, § 3º).

A análise dos autos revela que o agravante integra o polo passivo da ação de busca e apreensão ajuizada pelo agravado (f. 11/24-TJ).

O agravado, chamado para comprovar a mora, sustentou tê-lo feito com a juntada de documento do Cartório de Títulos e Documentos que certifica a entrega da correspondência no endereço do agravante (f. 26/28-TJ).

Por conta da informação, o processo foi extinto, sem resolução de mérito, pela não comprovação da mora, nos termos do art. 267, VI, do CPC (f. 32/34-TJ).

O recurso de apelação (f. 35/41-TJ), provido por decisão singular (f. 42/44-TJ), ensejou o processamento da ação de busca e apreensão e deferimento de liminar.

Processo em curso, para os autos veio contestação (f. 47/56-TJ), sustentando a não comprovação da mora, pois o agravado não teria juntado documento dos Correios que certifica a devolução da notificação pela ausência do destinatário (58/61-TJ).

Mantida a decisão singular de f. 42/44-TJ (f. 69/70-TJ), o apelante sustenta possível o reexame da matéria, comprovação da mora, a partir de documento novo trazido para os autos, porquanto pressuposto processual da ação de busca e apreensão, de ordem pública, não sujeita a preclusão.

Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery, na obra *Código de Processo Civil comentado*, 10. ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 505, anotam:

Exame de ofício. Como são matérias de ordem pública, as causas dos incisos IV (pressupostos processuais), V (coisa julgada, litispendência e perempção) e VI (condições da ação) podem ser alegadas a qualquer tempo e grau de jurisdição, porque não acobertadas pela preclusão, e devem ser examinadas de ofício pelo juiz ou tribunal. Entenda-se por 'qualquer grau de jurisdição' os da instância ordinária (primeiro e segundo graus, até os embargos infringentes), não se incluindo nesta locução as instâncias extraordinárias do RE e do REsp (RTJ 105/267). Assim, não se pode alegar, pela primeira vez, as matérias aqui enumeradas, como objeto de RE ou do REsp, já que se exige que a questão tenha sido efetivamente decidida (CF 102 II e 105 III), circunstância impropriamente denominada de 'prequestionamento', para admissibilidade desses recursos excepcionais (V. CF 102 III, 105 III; LR 26). Quando o réu não alegar causa de extinção como preliminar de contestação (CPC 301) ou na primeira oportunidade que tiver para falar nos autos, não obstante possa fazê-lo a qualquer tempo, responde pelas custas de retardamento. V. coment. CPC 301 e § 4º.

O Superior Tribunal de Justiça orienta:

As condições da ação e os pressupostos processuais, matérias de ordem pública, não se submetem à preclusão para as instâncias ordinárias, podendo ser examinadas a qualquer tempo, mesmo de ofício pelo juiz, enquanto estiver em curso a causa, conforme disposto no artigo 267, § 3º, do Código de Processo Civil (AgRg no Ag 1014390/RJ, DJe de 09.12.2008).

Com efeito, a comprovação da mora, pressuposto processual da ação de busca e apreensão regida pelo Decreto-lei nº 911/69, conquanto apreciada pela decisão singular de f. 42/44-TJ, não está preclusa.

Atento à fungibilidade recursal aplicada, que confere ao recurso inicial *status* de apelação, examino, de forma conjunta, a questão de ordem processual recorrida e o mérito da causa, já que não há razão técnica justificadora do prosseguimento do feito (causa madura).

Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero, na obra *Código de Processo Civil comentado artigo por artigo*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 527-528, anotam:

Causa madura. Nos casos de extinção do processo sem resolução de mérito (art. 267, CPC) e nos casos em que a sentença não resolveu o mérito da causa em toda a sua extensão (como ocorre, por exemplo, quando há o acolhimento de alegação de prescrição, art. 269, IV, CPC (STJ, 4ª Turma, REsp 719.462/SP, Rel. Min. Jorge Scartezzini, j. em 20.09.2005, DJ de 07.11.2005, p. 305), o tribunal, conhecendo da apelação, poderá julgar desde logo a lide, se a causa versar questão exclusivamente de direito e estiver em condições de imediato julgamento. A aplicação do art. 515, § 3º, independe de requerimento da parte (STJ, 1ª Turma, REsp 819.65/ES, Rel. Min. Luiz Fux, j. em 19.06.2007, DJ de 09.08.2007, p. 230). O art. 515, § 3º, CPC, autoriza que o tribunal julgue desde logo a causa - ainda que a partir de matéria não apreciada em primeiro grau - desde que as partes não tenham nada mais a alegar ou provar. Vale dizer: as causas que admitem a aplicação do art. 515, § 3º, CPC, são as causas maduras. Causa madura é aquela cujo processo já se encontra com todas as alegações necessárias feitas e todas as provas admissíveis colhidas. Observe-se, em realidade, que o que realmente interessa para a aplicação do art. 515, § 3º, CPC, é que a causa comporte imediato julgamento pelo tribunal - por já se encontrar devidamente instruída. Nessas condições, pouco importa que a causa apresente questões que não se traduzam em questões 'exclusivamente de direito'. Estando madura a causa - observada a necessidade de um processo justo no seu andamento (art. 5º, LIV, CRFB) - nada obsta que o tribunal, conhecendo da apelação, avance sobre questões não versadas na sentença para resolvê-la no mérito.

A prova colhida, a partir da estabilização do processo, é no sentido de que a comprovação da mora não consta dos autos, isso porque a notificação extrajudicial deixou de ser entregue no endereço do agravante, devido à sua ausência (f. 88-TJ). Essa informação precisa não veio para os autos com a inicial (f. 25/25-TJ). Aliás, para os autos veio a informação de notificação devolvida (f. 24-TJ).

Assim, não comprovada a mora do agravante, a extinção do processo, sem resolução de mérito, por falta de pressupostos processual, revela-se plenamente possível (CPC 267, VI, § 3º).

A despeito da possibilidade de extinção do processo, sem resolução de mérito, imperioso é o julgamento da causa com resolução de mérito, porque devidamente instruída (causa madura) e assim permite a cognição vertical decorrente do efeito devolutivo.

Flávio Cheim Jorge, na obra *Teoria geral dos recursos cíveis*, 3. ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 227-228, anota:

Quanto ao chamado efeito translativo, em que pese a perspicácia em sua identificação, entendemos que não merece um tratamento distinto do efeito devolutivo.

A possibilidade de o recurso levar ao conhecimento do órgão julgador matéria estranha à impugnação advém, como mencionado, da incidência do princípio inquisitório na esfera recursal. Nada mais do que isso.

A particularidade de o tribunal conhecer de questões que não foram impugnadas pelo recorrente decorre da característica que o efeito devolutivo possui quando manifestado

nos recursos denominados “ordinários”, notadamente no que tange à sua profundidade, a qual tem o condão de levar ao conhecimento do órgão julgador todas as questões e fundamentos, mesmo que não impugnados pelo recorrente.

Como será abordado com mais vagar quando estivermos examinando o efeito devolutivo, este deve ser visto sempre sob duas óticas: quanto à extensão e quanto à profundidade. Aquela é ligada ao pedido veiculado no recurso e fixada pelo recorrente; ao passo que esta se relaciona às questões e fundamentos que foram ou mesmo que puderam ser utilizados pelo magistrado ao prolatar a decisão recorrida. Assim, é inerente ao efeito devolutivo o conhecimento de questões que sequer foram mencionadas no recurso e que tampouco tiveram uma apreciação exaustiva do magistrado a quo. A interposição do recurso faz com que sejam levadas ao conhecimento do órgão julgador todas as questões de ordem pública, ou mesmo aquelas a respeito das quais o juiz pode se pronunciar de ofício, tais como honorários advocatícios, juros legais etc.

É incorreto, portanto, vincular e associar o efeito devolutivo unicamente ao princípio dispositivo. Também aqui tem incidência o princípio inquisitivo, só que a sua manifestação ocorre de forma particular, unicamente em relação às questões que podem ser conhecidas de ofício, tais como, por exemplo, as nulidades processuais, às quais compete ao Judiciário conhecer de ofício e em qualquer tempo e grau de jurisdição.

O interessante é observar que essa particularidade da profundidade do efeito devolutivo somente incide nos recursos classificados como ‘ordinários’, ou seja, aqueles cujo objeto imediato é a tutela do direito subjetivo da parte, onde se permite um amplo exame de questões de fato, através do reexame irrestrito das premissas necessárias à conclusão exposta na decisão recorrida.

A profundidade do efeito devolutivo nesse tipo de recurso assume feição especial, na medida em que se proporciona ao próprio magistrado uma ampla cognição exauriente, característica das tutelas cujo objeto maior é a realização da justiça.

A apelação, o agravo, os embargos infringentes e o recurso ordinário são recursos dessa natureza, em que não existe limite quanto à verticalidade da cognição, possibilitando-se o conhecimento de todas as questões que foram (ou mesmo poderiam ser) utilizadas pelo magistrado ao prolatar a decisão.

É justamente essa cognição vertical, sem limitações no âmbito de conhecimento, que faz com as matérias de fundo possam ser conhecidas independentemente de alegação ou mesmo prévia apreciação.

Se porventura o tribunal conhece de questões de ordem pública, isso se dá em razão da inexistência de limitação da sua cognição para os casos de ordinariedade da cognição.

O princípio constitucional do devido processo legal apoia-se em quatro princípios adjetos, que são: efetivo, duração razoável, adequado e leal. Logo, processo devido é o processo efetivo, de duração razoável, adequado e leal.

Na causa, não comprovada a mora (f. 88), não se tem processo efetivo, adequado e leal. Igualmente não há processo com duração razoável, porquanto impossível provimento de mérito favorável à agravada. O processo também deve ser justo, o que autoriza a imediata aplicação da regra do art. 515, § 3º, do CPC.

Concluindo, o efeito devolutivo nos recursos ordinários proporciona ao magistrado uma ampla cognição vertical (exauriente), por isso o tribunal pode conhecer de todas as questões que foram ou mesmo poderiam ser utilizadas pelo prolator da decisão recorrida. A busca e apreensão têm como pressuposto processual a comprovação da mora; logo, diante da prova colhida, a partir da estabilidade do processo, que revela não comprovada a mora, a retomada do bem não pode acontecer, o que enseja a rejeição do pedido inicial, bem como a cassação da liminar deferida.

Com tais razões, dou provimento ao recurso, para julgar improcedente o pedido de busca e apreensão e cassar a liminar concedida, nos termos dos arts. 269, I, e 515, § 3º, do CPC, e art. 3º do Decreto-lei nº 911/69.

Condeno a recorrida ao pagamento das custas e despesas do processo, custas recursais e honorários advocatícios de R\$ 500,00 (quinhentos reais), com correção monetária desde o julgamento, calculada pelos índices divulgados pela Corregedoria-Geral de Justiça, e juros de mora de 1% ao mês, contados do término do prazo de quinze dias do art. 475-J do CPC. Intime-se a recorrida para o cumprimento do acórdão.

DES. DOMINGOS COELHO - Na condição de 1º Vogal, estive atento ao pronunciamento do eminente Colega e pude constatar do seu bem-elaborado voto, em estudo aprofundado sobre os efeitos do recurso, a questão de ordem pública, o princípio da fungibilidade, que levaram o Relator a decidir o mérito da ação, já maduro o processo para tal, com fundamento no art. 515, § 3º, do CPC. E isso me causou alegria e perplexidade, porque também desconhecia, confesso, poder fazê-lo como ele fez.

Pela inteligência e propriedade dos ensinamentos constantes do voto, recomendo sua publicação na Revista dos Tribunais e que sejam encaminhadas cópias para a Escola Judicial Desembargador Edésio Fernandes, que, certamente, será de grande proveito para os nossos novos Colegas.

Acompanho o Relator, porque o documento de f. 24 comprova a não realização da notificação que deu ensejo à ação de busca e apreensão.

DES. JOSÉ FLÁVIO DE ALMEIDA - Estou de acordo com o magnífico voto do eminente Desembargador Relator e, dado o seu caráter pedagógico, não tenho dúvida nenhuma em acompanhar Vossa Excelência, Sr. Desembargador Presidente e Revisor, quanto à recomendação para que seja publicado.

*Súmula* - DERAM PROVIMENTO E DETERMINARAM A PUBLICAÇÃO NA REVISTA DOS TRIBUNAIS.

...