



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.004.729 - MS (2007/0241589-6)

RELATOR : **MINISTRO RAUL ARAÚJO**
RECORRENTE : **HIDROSERVICE CENTRO OESTE AGROPECUÁRIA E INDUSTRIAL LTDA**
ADVOGADO : **ARILDO ESPÍNDOLA DUARTE E OUTRO(S) - MS004175**
RECORRIDO : **PRONCOR UNIDADE INTENSIVA E CARDIORESPIRATÓRIA LTDA E OUTROS**
ADVOGADO : **ONOFRE DA COSTA LIMA FILHO E OUTRO(S) - MS000477B**

EMENTA

RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL E CIVIL. APELAÇÃO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE RECURSAL. APLICAÇÃO. SIMULAÇÃO. PRESCRIÇÃO (CC/1916, ART. 178, § 9º, V, *b*). OCORRÊNCIA. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO *TEMPUS REGIT ACTUM*. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

1. A jurisprudência do STJ firmou-se no sentido de que a incidência do princípio da fungibilidade recursal reclama o preenchimento dos seguintes requisitos: a) dúvida objetiva quanto ao recurso a ser interposto; b) inexistência de erro grosseiro; e c) que o recurso interposto erroneamente tenha sido apresentado no prazo daquele que seria o correto.

2. Na hipótese, a decisão de 1º grau recorrida criara peculiar situação, pois, a um só tempo, reconheceu a prescrição da pretensão dos embargantes, quanto ao reconhecimento de simulação, e determinara o prosseguimento dos embargos dos executados, quanto a outra matéria de defesa.

3. Por isso, os ora recorridos, declinando expressamente, de logo, sua dúvida quanto à denominação do recurso que manejavam, impugnaram tal *decisum* por apelação, no prazo de agravo, satisfazendo, na medida do razoável, outros requisitos formais a este inerentes, inclusive invocando autorizada doutrina, quanto ao ponto duvidoso.

4. Nesse contexto, o eg. Tribunal de Justiça, com acerto e refinada técnica, aplicou o princípio da fungibilidade recursal, assentando que, diante da singularidade do conteúdo e da época da decisão recorrida, bem como das diferentes correntes doutrinárias, destacadas no voto vencedor, tinha-se dúvida fundada, objetiva, sobre qual recurso a interpor, afastando a ocorrência de erro grosseiro.

5. Por outro lado, merece parcial reforma o acórdão recorrido, pois a alegação de simulação em negócios jurídicos celebrados sob a égide do Código Civil de 1916 atrai a incidência do princípio *tempus regit actum* afastando a aplicação das regras do Código Civil de 2002, para, com base no art. 178, § 9º, V, *b*, do Código Beviláqua, reconhecer-se a ocorrência de prescrição.

6. Recurso especial parcialmente provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas, decide a Quarta Turma, por unanimidade, dar parcial provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Maria Isabel Gallotti (Presidente), Antonio Carlos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ferreira, Marco Buzzi e Luis Felipe Salomão votaram com o Sr. Ministro Relator.
Brasília, 20 de outubro de 2016(Data do Julgamento)

MINISTRO RAUL ARAÚJO
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUARTA TURMA

Número Registro: 2007/0241589-6

PROCESSO ELETRÔNICO REsp 1.004.729 / MS

Números Origem: 1041297319 1051197856 1051197856000 20060147117
20060147117000201

PAUTA: 18/10/2016

JULGADO: 18/10/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **RAUL ARAÚJO**

Presidente da Sessão

Exma. Sra. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. LUCIANO MARIZ MAIA

Secretária

Dra. TERESA HELENA DA ROCHA BASEVI

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : HIDROSERVICE CENTRO OESTE AGROPECUÁRIA E INDUSTRIAL LTDA
ADVOGADO : ARILDO ESPÍNDOLA DUARTE E OUTRO(S) - MS004175
RECORRIDO : PRONCOR UNIDADE INTENSIVA E CARDIORESPIRATÓRIA LTDA E
OUTROS
ADVOGADO : ONOFRE DA COSTA LIMA FILHO E OUTRO(S) - MS000477B

ASSUNTO: DIREITO CIVIL - Obrigações - Espécies de Contratos

CERTIDÃO

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

Adiado por indicação do Sr. Ministro Relator.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.004.729 - MS (2007/0241589-6)

RELATOR : **MINISTRO RAUL ARAÚJO**
RECORRENTE : **HIDROSERVICE CENTRO OESTE AGROPECUÁRIA E INDUSTRIAL LTDA**
ADVOGADO : **ARILDO ESPÍNDOLA DUARTE E OUTRO(S) - MS004175**
RECORRIDO : **PRNCOR UNIDADE INTENSIVA E CARDIORESPIRATÓRIA LTDA E OUTROS**
ADVOGADO : **ONOFRE DA COSTA LIMA FILHO E OUTRO(S) - MS000477B**

RELATÓRIO

EXMO. SR. MINISTRO RAUL ARAÚJO: Trata-se de recurso especial interposto por HIDROSERVICE CENTRO OESTE AGROPECUÁRIA E INDUSTRIAL LTDA, doravante HIDROSERVICE ou Recorrente, contra v. acórdão proferido pelo eg. Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul (TJ-MS).

Historiam os autos que HIDROSERVICE ajuizou ação de execução de título extrajudicial (fls. 88-96) em desfavor de PRNCOR - UNIDADE INTENSIVA CARDIORESPIRATÓRIA LTDA e OUTROS, doravante PRNCOR e OUTROS, fundada em "*escritura pública de parceria pecuária com garantia hipotecária e fiança*", visando ao adimplemento de R\$ 1.395.290,80 (um milhão, trezentos e noventa e cinco mil, duzentos e noventa reais e oitenta centavos).

Os então executados, PRNCOR e OUTROS, opuseram embargos à execução (fls. 182-236), tendo o il. magistrado de piso, após impugnação dos embargos e réplica, exarado decisão, da qual se extrai o seguinte excerto (fls. 50-51):

"Há nos autos questões preliminares arguida pela embargada na impugnação aos embargos à execução, as quais desde já podem ser enfrentadas.

A embargada arguiu preliminares de carência das condições da ação, inépcia da inicial e prescrição da pretensão dos embargantes de, com base na alegação de simulação de negócio jurídico, desconstituir o título executivo.

(...)

Se os embargantes, entretantes, não poderiam mais, como meio de defesa, pretender o reconhecimento da simulação, porquanto prescrita a exceção correspondente, não há como considerar sequer que o contrato de mútuo e não de parceria pecuária. Consequentemente, não se coloca a questão dos juros e da Lei de Usura.

Assim, prospera a pretensão da embargada de se reconhecer a prescrição do direito dos embargantes de anular o contrato, com base na alegação de simulação, razão pela qual acolho esta preliminar, apenas, neste particular

(...)

Diante do exposto, rejeito as preliminares de carência das condições da ação, inépcia da inicial argüidas pela embargada, e acolho a preliminar de prescrição para indeferir parcialmente a inicial, no tocante a pretensão de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

desconstituição do título executivo extrajudicial com base na alegação de simulação, prosseguindo o feito quanto à tese de exceção de contrato não cumprido.

Por conseguinte, julgo saneado o feito. Fixo como ponto controvertido a entrega do gado objeto do contrato executado aos embargantes. Defiro o depoimento pessoal das partes e a produção de prova testemunhal e designo audiência de instrução e julgamento para o dia 18/10/2016, 14:00 horas." (grifou-se)

Insatisfeitos, PRONCOR e OUTROS interpuseram recurso, no qual, apoiados em autorizada doutrina, expressaram sua incerteza quanto à denominação a ser dada, se de apelação ou de agravo de instrumento, cujo processamento, porém, foi indeferido pelo il. Juiz singular, nos termos da decisão, da qual se decalca o seguinte trecho (fl. 34):

"03. Outrossim, os embargantes vieram aos autos e, não se conformando com a decisão prolatada às fls. 293/299, interpuseram recurso de apelação às fls. 305/310.

04. O recurso não merece ser recebido. Com efeito, o ato judicial que acolheu a preliminar de prescrição para indeferir parcialmente a inicial, e determinou o prosseguimento do processo tem natureza de decisão interlocutória desafiando recurso de agravo de instrumento, uma vez que o feito não foi encerrado.

05. Destarte, indefiro o processamento do recurso de apelação de fls. 305/310." (grifou-se)

Inconformados com essa decisão negando curso a seu recurso, PRONCOR e OUTROS manejaram agravo de instrumento (fls. 3-32), ao qual o em. Desembargador Relator negou seguimento (decisão às fls. 605-608), ensejando a interposição de agravo regimental (fls. 613-627).

Por sua vez, o eg. TJ-MS, por maioria, vencido o em. Relator, deu provimento ao agravo interno, para receber a apelação como agravo de instrumento, conforme v. acórdão assim ementado:

"AGRAVO REGIMENTAL EM APELAÇÃO - DECISÃO QUE NEGOU SEGUIMENTO AO APELO POR ENTENDER QUE O RECURSO CABÍVEL SERIA O DE AGRAVO DE INSTRUMENTO - INEXISTÊNCIA DE ERRO GROSSEIRO - NOVA SISTEMÁTICA INTRODUZIDA PELA LEI N. 11.232/2005 - APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE RECURSAL - RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

Com o advento da Lei nº 11.232/2005, a sentença passou a ser identificada não mais por sua finalidade, mas por seu conteúdo. Daí falar-se em sentença como o ato do juiz que tem por conteúdo uma das várias hipóteses descritas nos arts. 267 e 269. Mais importante que encerrar o processo é caracterizar a sentença como o ato do juiz que tem por conteúdo uma das situações constantes daqueles dois dispositivos legais.

Se, após a alteração legislativa, o conteúdo é o fator distintivo de sentenças e



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

interlocutórias, não houve erro grosseiro, por parte dos agravantes, ao manejarem recurso de apelação contra a decisão que, acolhendo preliminar suscitada pelo agravado, decidiu que a pretensão dos recorrentes de anular o negócio jurídico, com base na alegação de simulação, e de, por via reflexa, desconstituir o título executivo dela derivado, encontrava-se prescrita, uma vez que a prescrição encontra-se elencada em um dos incisos do artigo 269 do CPC. Recurso conhecido e provido." (fl. 662)

Nesse mesmo julgado, o eg. TJ-MS determinou a intimação da HIDROSERVICE para apresentar contraminuta ao recurso recebido como agravo de instrumento.

Ato contínuo, HIDROSERVICE apresentou a contraminuta (fls. 678-694).

Dando continuidade ao julgamento, a eg. Corte Estadual deu provimento ao agravo de instrumento para: a) anular o excerto do despacho saneador (fls. 46-52) que indeferira "(...) *parcialmente a inicial, no tocante a pretensão de desconstituição do título executivo extrajudicial com base na alegação de simulação*"; e b) determinar que PRONCOR e OUTROS possam produzir as provas que entenderem necessárias quanto a esse ponto.

Eis a ementa do v. acórdão recorrido (fl. 707):

"AGRAVO - EMBARGOS À EXECUÇÃO - CONTRATO DE PARCERIA PECUÁRIA - ALEGAÇÃO DE SIMULAÇÃO, OBJETIVANDO ENCOBERTAR OPERAÇÃO DE MÚTUO - PROTESTO PELA PRODUÇÃO DE PROVA PARA DEMONSTRAR O FATO ALEGADO - JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE - PRESCRIÇÃO - NÃO-OCORRÊNCIA - ART. 169 DO CÓDIGO CIVIL - CERCEAMENTO DE DEFESA CARACTERIZADO - RECURSO PROVIDO.

O Ato simulado consiste em violação de norma de ordem pública, o que torna o ato nulo e não é suscetível de confirmação, nem convalesce pelo decurso do tempo.

Se o embargante, no contrato de parceria pecuária, alegar encontrar-se este contrato encoberto pela operação de mútuo - contrato vaca-papel -, e protestar pela produção de prova em audiência, o julgamento antecipadamente da lide, em hipótese tal, cerceia o direito da parte."

Os embargos de declaração opostos foram rejeitados (acórdão às fls. 725-733).

Irresignada, HIDROSERVICE manejou recurso especial, com arrimo na alínea *a* do permissivo constitucional, no qual alega violação aos arts. 535 e 538 do CPC/73, pois o eg. TJ-MS não teria analisado "(...) *a questão posta em sede de contra-razões, quanto a ausência de requisitos para a conversão da apelação em agravo de instrumento, porque de acordo com o art. 522 do CPC, havia exigência de que a decisão agravada pudesse causar lesão grave, de difícil ou incerta reparação*" (fl. 752). Assevera, ainda, que é indevida a aplicação da multa, porque os aclaratórios não eram protelatórios.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ultrapassada essa preliminar, sustenta que a "(...) Lei n. 11.232, de 22.12.2005, que alterou o conceito de sentença e bem assim a redação do art. 162 do CPC, entrou em vigor no dia 22/06/2006, 44 dias após a data da decisão interlocutória apelada e 17 dias após a data do recurso de apelação (05.06.2006)" (fl. 748), assim, não haveria a dúvida objetiva, necessária à aplicação do princípio da fungibilidade.

Afirma que o v. acórdão estadual violou "(...) o art. 162, §§ 1º e 2º não tendo a decisão saneadora de fl. 48, colocado fim ao processo não podia ser atacada por apelação. Tanto não colocou fim ao processo, que na mesma decisão foi marcada data de audiência de instrução e julgamento para a data de 18/10/2006 (f. 48/TJMS)" (fl. 749).

Assevera que houve violação aos arts. 267 e 269 do CPC/73, "(...) porque foi considerado pelo acórdão recorrido como extinto o processo, já que atacada a decisão recorrida através de apelação" (fl. 749).

Aduz, também, malferimento ao art. 513 do CPC/73, "(...) porque este só admite o recurso de apelação quando extinto o processo, com expressa remissão aos arts. 267 e 269 do CPC" (fl. 749).

Alega, ainda, contrariedade ao art. 522 do CPC/73, na medida em que "(...) nem mesmo o agravo de instrumento no qual foi convertida a apelação oposta seria admissível, pois inexistente o risco da decisão recorrida causar grave dano, de difícil e incerta reparação, requisito sine qua non para o cabimento da modalidade de instrumento" (fl. 749).

Sustenta violação ao art. 557 do CPC/73, porque a eg. Corte Estadual reformou decisão monocrática do Relator do agravo de instrumento, sendo que "(...) improcede a justificativa acolhida pelo v. acórdão recorrido de inocorrência de erro grosseiro, que insubsiste diante da alegada, demonstrada, comprovada e prequestionada (f. 668/673) inexistência de dúvida objetiva ou estado de perplexidade decorrente da entrada em vigor de lei nova (n.º 11.232/2005)" (fls. 750-751).

Aponta, ainda, contrariedade aos arts. 147, II, e 178, § 9º, do Código Civil de 1916, sob o argumento de que "(...) a nulidade do ato ou negócio jurídico é regida pela lei material, e como tal há de ser aplicada a lei vigente à época da prática do ato 'tempus regit actum'. Desse modo, se ao tempo do ato ou negócio jurídico tratado neste recurso, 16 de dezembro de 1992 (f. 663) ou 15 de junho de 1998 (f. 48), a lei material art. 147, II tratava o tema como sendo de anulabilidade e não de nulidade absoluta, há de ser aplicado o art. 178, § 9º, v, CC 1916" (fl. 754).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ao final, requer o provimento do recurso para afastar a "*(...) possibilidade de aplicação do princípio da fungibilidade recursal que permitiu o conhecimento do recurso de apelação por agravo de instrumento e alternativamente, no mérito, pelo afastamento do reconhecimento da nulidade absoluta do negócio jurídico mantendo-se na íntegra a decisão do juízo a quo que reconheceu a prescrição do direito de arguição da anulabilidade do ato ou negócio jurídico de acordo com os preceitos de lei material vigentes ao tempo em que foram celebrados (...)*" (fl. 755).

Foram apresentadas contrarrazões (fls. 765-781) pugnando pelo desprovimento do recurso.

A il. Vice-Presidência do eg. TJ-MS admitiu o apelo nobre (decisão às fls. 782-783), que ascendeu a esta eg. Corte.

Mediante despacho (fl. 799), foram solicitadas informações ao eg. TJ-MS acerca do julgamento dos embargos à execução.

Em resposta, a eg. Corte local afirmou que os embargos foram parcialmente acolhidos (vide cópia da sentença às fls. 832-857), estando os autos conclusos, desde 02/03/2015, para julgamento de apelação.

Em petição às fls. 805-806, HIDROSERVICE informa que tem interesse no prosseguimento do feito, uma vez que o processo principal estaria suspenso.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.004.729 - MS (2007/0241589-6)

RELATOR : MINISTRO RAUL ARAÚJO
RECORRENTE : HIDROSERVICE CENTRO OESTE AGROPECUÁRIA E INDUSTRIAL LTDA
ADVOGADO : ARILDO ESPÍNDOLA DUARTE E OUTRO(S) - MS004175
RECORRIDO : PRONCOR UNIDADE INTENSIVA E CARDIORESPIRATÓRIA LTDA E OUTROS
ADVOGADO : ONOFRE DA COSTA LIMA FILHO E OUTRO(S) - MS000477B

VOTO

EXMO. SR. MINISTRO RAUL ARAÚJO (Relator): Inicialmente, cumpre registrar que, apesar de posteriormente proferida sentença nos embargos à execução, o presente recurso especial, oriundo de recurso recebido e julgado pelo eg. Tribunal de Justiça como agravo de instrumento, não perdeu seu objeto. Isso, porque o il. magistrado de piso que, na decisão ora recorrida, acolhera a alegação de prescrição da pretensão dos embargantes de verem anulado o contrato, "*com base na alegação de simulação*", sem extinguir, entretanto, os embargos da devedora, veio depois, por sentença, a acolher parcialmente os embargos à execução (v. sentença às fls. 832-857).

Tal parcial acolhida se deu já após o julgamento do mencionado agravo de instrumento provido pelo Tribunal de Justiça. Assim, na peculiar situação deste processo, o juízo da execução, posteriormente, na sentença, veio a dar parcial acolhida aos embargos da devedora reconhecendo, agora, a ocorrência justamente de simulação (antes afastada por prescrição) nos negócios jurídicos (contratos de parceria pecuária), os quais fundamentam o título executivo extrajudicial.

Por sua vez, a possível ocorrência de prescrição quanto à ocorrência de simulação é, justamente, o tema de mérito trazido no presente apelo nobre oriundo daquele agravo de instrumento.

Ademais, mediante ofício (v. fl. 808), o eg. TJ-MS noticia que a referida posterior sentença foi impugnada por apelação, que está pendente de julgamento.

Assim, é forçoso reconhecer que o presente especial não perdeu seu objeto com a posterior prolação da sentença.

Como relatado, nos embargos à execução opostos pelos recorridos, o il. Juízo de piso, em decisão que julgou "*saneado o feito*", acolheu preliminar suscitada pela então embargada, ora recorrente, HIDROSERVICE, decretando a prescrição da pretensão dos embargantes de reconhecimento de simulação, mas, no mesmo saneador, determinou o prosseguimento dos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

embargos à execução, quanto a outros temas.

Insatisfeitos com tal decisão, PRONCOR e OUTROS, ora recorridos, interpuseram, no prazo de agravo, recurso no qual, apoiados em autorizada doutrina, expressaram sua incerteza quanto à denominação a ser dada, se de apelação ou de agravo de instrumento, cujo processamento, porém, foi, por isso, logo indeferido pelo il. Juiz singular (v. despacho à fl. 34), que entendeu que o recurso correto seria o de agravo de instrumento.

Ato contínuo, PRONCOR e OUTROS manejaram agravo de instrumento para subida de seu recurso, sendo esse agravo submetido a julgamento em duas etapas. Na primeira, a eg. Corte Estadual recebeu a apelação como agravo de instrumento e determinou a intimação de HIDROSERVICE para apresentar contraminuta, em substituição às "contrarrazões à apelação", prestigiando os princípios da fungibilidade recursal e do contraditório.

Em seguida, avançando no julgamento, o eg. TJ-MS, analisando o conteúdo do despacho saneador, deu provimento ao agravo de instrumento para afastar a mencionada prescrição.

Nesse contexto, a análise do presente apelo nobre será dividida em duas fases, sendo a primeira prejudicial à segunda, quais sejam:

I - violação aos arts. 162, §§ 1º e 2º, 267, 269, 513, 522 e 557 do CPC/73, referente ao recebimento da apelação como agravo de instrumento; e

II - malferimento aos arts. 147, II, e 178, § 9º, do Código Civil de 1916, por ocorrência de prescrição da pretensão de anular o negócio jurídico, por simulação, e, como consequência, desconstituição do título executivo dela derivado.

Prossegue-se no exame do recurso, por partes.

Parte I - violação aos arts. 162, §§ 1º e 2º, 267, 269, 513, 522 e 557 do CPC/73:

As alegações de violação aos arts. 162, §§ 1º e 2º, 267, 269 e 513 do CPC/73, serão analisadas em conjunto, pois se referem à aplicação do princípio da fungibilidade, para o recebimento da apelação como agravo de instrumento.

Impende destacar que a jurisprudência desta eg. Corte firmou-se no sentido de que a incidência do princípio da fungibilidade reclama o preenchimento dos seguintes requisitos: a) dúvida objetiva quanto ao recurso a ser interposto; b) inexistência de erro grosseiro; e c) que o recurso interposto erroneamente tenha sido apresentado no prazo daquele que seria o correto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Sobre o tema, assim manifestou-se o v. acórdão estadual, nos termos do voto vencedor (fls. 665-666):

"Com efeito, sempre existiu na doutrina, celebre discussão sobre o conceito de sentença, vale dizer, o que deve e o que não deve ser entendido por sentença e qual o critério a ser empregado para fixar tal conceito. Pela letra do art. 162, §1º, na sua redação original, o critério empregado foi o da finalidade. Sentença, então, seria o ato que tem como finalidade encerrar o processo, pôr termo ao processo, como se lê do dispositivo, tenha, ou não, decidido o mérito da causa.

De outro vértice, com o advento da Lei n.º 11.232/2005, a sentença passou a ser identificada não por sua finalidade, mas por seu conteúdo. Daí falar-se em sentença como o ato do juiz que tem por conteúdo uma das várias hipóteses descritas nos arts. 267 e 269. Mais importante que encerrar o processo é caracterizar a sentença como o ato do juiz que tem por conteúdo uma das situações constantes daqueles dois dispositivos legais.

Ocorre que, diante da sistemática introduzida pela inovação legislativa, agravou-se, ao menos num primeiro momento, a discussão doutrinária sobre a melhor forma de discernir uma sentença de uma decisão interlocutória, caindo por terra o sistema recursal pretérito.

(...)

A este propósito, poder-se-á ouvir uma voz que afirma que a decisão em causa não é sentença porque o procedimento em primeiro grau de jurisdição não teve término e que, por isto mesmo, a decisão só pode ser interlocutória e, como consequência única, o recurso cabível só pode ser o agravo. Ocorre que, mesmo que se possa concordar com esse entendimento que colocaria uma pá de cal em todas as dificuldades aventadas no parágrafo anterior, entendo que não é isto que decorre da alteração legislativa. Muito pelo contrario.

Se, como quer a nova lei, o conteúdo é o fator distintivo de sentenças e interlocutórias, precisamos abandonar o rigor dos arts. 513 e 522, caput, no que diz respeito à solução da questão do recurso cabível, o que nos faz inferir que não houve erro grosseiro, por parte dos agravantes, ao manejarem recurso de apelação contra a decisão que, acolhendo preliminar suscitada pelo agravado, decidiu que a pretensão dos recorrentes de anular o negócio jurídico, com base na alegação de simulação, e, por via reflexa, desconstituir o título executivo dela derivado, encontrava-se prescrita, uma vez que a prescrição encontra-se elencada em um dos incisos do artigo 269 do CPC.

Por fim, cumpre ressaltar que a aplicação do princípio da fungibilidade é perfeitamente possível no caso em exame, uma vez que o recurso de apelação foi interposto dentro do recurso de agravo de instrumento, que autoriza que o recurso erroneamente interposto possa ser conhecido pelo outro, desde que não haja má-fé. Há, nesse caso, aproveitamento do recurso erroneamente interposto, mediante sua conversão no adequado, em homenagem ao princípio de que o processo não deve sacrificar o fundo pela forma.

Assim, diante das razões expostas, divirjo do entendimento esposado do i. relator, no sentido de que o recurso de apelação não merecia ser conhecido, o que acarreta o provimento do presente regimental."

(grifos acrescidos)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Compulsando os autos, verifica-se que a decisão de fls. 46-52, objeto do recurso de apelação recebido como agravo de instrumento, a pretexto de sanear o feito, por um lado, acolheu a alegação da então embargada, ora recorrente, de prescrição da pretensão dos embargantes, ora recorridos, de discutir a nulidade do negócio jurídico que fundamenta a execução por vício de simulação, mas, por outro, causando certa perplexidade, claramente determinou o prosseguimento dos embargos à execução quanto à tese da exceção do contrato não cumprido. Transcreve-se parte da citada decisão:

"Há nos autos questões preliminares arguida pela embargada na impugnação aos embargos à execução, as quais desde já podem ser enfrentadas.

A embargada arguiu preliminares de carência das condições da ação, inépcia da inicial e prescrição da pretensão dos embargantes de, com base na alegação de simulação de negócio jurídico, desconstituir o título executivo.

(...)

Se os embargantes, entretanto, não poderiam mais, como meio de defesa, pretender o reconhecimento da simulação, porquanto prescrita a exceção correspondente, não há como considerar sequer que o contrato de mútuo e não de parceria pecuária. Consequentemente, não se coloca a questão dos juros e da Lei de Usura.

Assim, prospera a pretensão da embargada de se reconhecer a prescrição do direito dos embargantes de anular o contrato, com base na alegação de simulação, razão pela qual acolho esta preliminar, apenas, neste particular

(...)

Diante do exposto, rejeito as preliminares de carência das condições da ação, inépcia da inicial argüidas pela embargada, e acolho a preliminar de prescrição para indeferir parcialmente a inicial, no tocante a pretensão de desconstituição do título executivo extrajudicial com base na alegação de simulação, prosseguindo o feito quanto à tese de exceção de contrato não cumprido.

Por conseguinte, julgo saneado o feito. Fixo como ponto controvertido a entrega do gado objeto do contrato executado aos embargantes. Defiro o depoimento pessoal das partes e a produção de prova testemunhal e designo audiência de instrução e julgamento para o dia 18/10/2016, 14:00 horas."
(grifou-se)

Então, vê-se que a r. decisão desenhou um cenário processual incomum. Por um lado, realmente não extinguiu o processo e, por isso, seria impugnável pela via de agravo, mas, por outro, decretou prescrição, matéria sabidamente de mérito. Criou, assim, situação *sui generis*, pois a um só tempo reconheceu (não afastou) a prescrição da pretensão dos executados embargantes em relação ao reconhecimento de simulação, e determinou o prosseguimento dos embargos dos executados, quanto a outra matéria de defesa.

Por isso, os ora recorridos, declinando expressamente, de logo, sua dúvida quanto à



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

denominação do recurso que manejavam, impugnaram tal *decisum*, no prazo de agravo, satisfazendo, na medida do razoável, outros requisitos formais a este inerentes, inclusive invocando autorizada doutrina, quanto ao ponto duvidoso. Transcreve-se, para facilitar a avaliação, parte da petição recursal:

"Com efeito, Theotônio Negrão e José Roberto F. Gouvêa registram, com a excelência de sempre, na nota 3 ao artigo 513 do CPC, a dificuldade encontrada para eleger o recurso cabível, em situações semelhantes, in verbis:

'Todas as sentenças são apeláveis. E somente elas o são. Até o advento da Lei 11.232, de 22.12.05, sentença era o ato que colocava fim ao processo, independentemente do seu conteúdo (critério topológico). Era fácil identificá-la: se o ato colocava fim ao processo, tratava-se de sentença; se não colocava fim ao processo, não se tratava de sentença, independente do seu conteúdo. A partir de tal lei, sentença passou a ser o ato apoiado num dos incisos dos arts. 267 ou 269 (art. 162 § 1o).

Com isso, houve um certo distanciamento daquele critério topológico, que trazia grandes vantagens práticas, principalmente no momento de determinar o recurso cabível contra o ato por impugnar. Agora, que deverá a parte fazer diante de um pronunciamento que se limite a excluir um dos litisconsortes do feito ou que rejeite liminarmente a reconvenção?

Agravar, porque assim era anteriormente? Apelar, porque tal pronunciamento tem apoio num dos incisos do art. 267 e se trata, pois, de sentença?

Até que a jurisprudência traga uma resposta segura a essas indagações, é recomendável o recrudescimento da fungibilidade entre agravo e apelação' (in 'Código de Processo Civil e legislação processual em vigor', 38ª edição, p. 621).

Esse estado de perplexidade gerado nos recorrentes foi captado, com rara acuidade, pelo processualista Dorival Renato Pavan, que preleciona:

'Tais exemplos, além de outros, geram o chamado estado de perplexidade no operador de direito. Em tais situações - e tantas outras existentes no código, como, por exemplo, a hipótese do art. 627 do Código de Processo Civil - e decorrentes, até da divergência doutrinária e jurisprudencial - em que não se pode afirmar com certeza qual o recurso cabível, gerando aquelas situações de dúvida objetiva, não pode a parte ser prejudicada por ter intentado um recurso, quando o Tribunal vem a entender que outro seria o recurso cabível em face da natureza do ato judicial atacado, definida apenas em grau recursal.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Em situações de tal magnitude, o princípio da fungibilidade aflora, podendo ser aplicado para admitir um recurso por outro, desde que, em primeiro lugar, não tenha existido erro grosseiro em sua interposição' (in 'Teoria Geral dos Recursos Cíveis', pág. 52).

A simples circunstância de Theotônio Negrão e José Roberto F. Gouvêa reputá-la uma questão complexa, rechaça, de plano, a imputação de erro grosseiro ao recorrente que não interponha o recurso havido por próprio pela Corte julgadora, pelo que - invocando a proteção do princípio da fungibilidade dos recursos - os apelantes, ad cautelam, instruem a presente petição recursal, nos termos do parágrafo primeiro do artigo 525, do Código de Processo Civil, com: a) as cópias reprográficas autenticadas de todas as peças integrantes dos autos, de registro n. 001.05.119785-6, do processo da ação de embargos do devedor - com pedido de antecipação parcial dos efeitos da tutela pretendida, que ajuizaram em desfavor da apelada; e dos autos, de registro n. 001.05.13032-0, do processo da ação de rescisão contratual cumulada com a cobrança de rendas vencidas e vincendas pelo rito sumário, que a apelada aforou, perante esse mesmo Juízo de Direito, em face de Mário Vieira Cintra, Jani Mari Vieira Cintra, Donizete Vieira Cintra e Janete Miranda Hernandes Cintra, e b) o comprovante do pagamento das respectivas custas e do porte de retorno." (v. fls. 65/67)

Essas circunstâncias foram devidamente sopesadas pela eg. Corte Estadual, ao aplicar o princípio da fungibilidade recursal, como se viu no trecho supratranscrito.

Ao contrário do que alega a ora recorrente, o v. acórdão *a quo* não fundamentou a dúvida objetiva apenas nas alterações legislativas trazidas pela Lei 11.232/2005. Em verdade, a eg. Corte Local apenas levou em conta a influência da nova lei processual sobre as concepções doutrinárias em torno do tema, assentando que "(...) sempre existiu na doutrina, célebre discussão sobre o conceito de sentença, vale dizer, o que deve e o que não deve ser entendido por sentença e qual o critério a ser empregado para fixar tal conceito" (fl. 665). Prosseguiu afirmando que, após a edição da Lei 11.232/2006, "(...) agravou-se, ao menos num primeiro momento, a discussão doutrinária sobre a melhor forma de discernir uma sentença de uma decisão interlocutória, caindo por terra o sistema recursal pretérito" (fl. 665).

Logo, não merece acolhida a alegação da recorrente de que inexistia dúvida objetiva, porque a apelação foi interposta antes da vigência da Lei 11.232/2005, tampouco de que o eg. TJ-MS não atentou para tal fato.

Com efeito, o eg. Tribunal local, com acerto e refinada técnica, assentou que, diante da singularidade do conteúdo e da época da referida decisão, bem como das diferentes correntes doutrinárias, inclusive destacadas no douto voto vencedor, tinha-se dúvida fundada, objetiva sobre



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

qual recurso a interpor, afastando a ocorrência de erro grosseiro.

Na hipótese em liça, não merece reforma o v. acórdão estadual, pois estão presentes os requisitos para a aplicação do princípio da fungibilidade recursal, inclusive no tocante à tempestividade, pois a apelação foi interposta no prazo do agravo de instrumento, como assentou o eg. TJ-MS.

No mesmo sentido, os seguintes precedentes:

RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. EFICÁCIA EXECUTIVA DE SENTENÇA DECLARATÓRIA. AÇÃO DECLARATÓRIA DE QUE A AUTORA É LEGÍTIMA PROPRIETÁRIA DE LOTES DESCRITOS NO PROCESSO. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO. DECISÃO TRANSITADA EM JULGADO. EXECUÇÃO IMPRÓPRIA DO JULGADO. EXPEDIÇÃO DE MANDADO AO OFICIAL DE REGISTRO DE IMÓVEIS PARA AVERBAÇÃO DA DECISÃO. INDEFERIMENTO PELO JUÍZO SINGULAR. NATUREZA DA DECISÃO. DÚVIDA OBJETIVA. ERRO GROSSEIRO. INEXISTÊNCIA. PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE RECURSAL. APLICAÇÃO. RECURSO PROVIDO.

1. In casu, o d. Juízo de origem rejeitou o pedido de registro do conteúdo da sentença que declarara a autora legítima proprietária dos lotes, nos registros dos imóveis objeto da ação declaratória, entendendo ser o pedido juridicamente impossível, o que impediu a eficácia do próprio comando sentencial, deixando-se de valorizar a efetividade da prestação jurisdicional e a economia processual.

2. A negativa ao pedido de registro contrasta com o anterior reconhecimento das condições da ação declaratória proposta, que possibilitou o proferimento da sentença a ser registrada. Se a ação declaratória fora regularmente processada e julgada foi porque reconheceu-se certa fragilidade no direito de propriedade da autora, que, assim, reunia legitimidade e interesse processual. Portanto, o pedido da promovente vinha embasado no binômio necessidade e utilidade da prestação jurisdicional buscada. A decisão declaratória que buscava a promovente visava justamente fortalecer seu direito de propriedade e incutir ou agregar maior confiança naquele registro imobiliário representativo da propriedade. Então o registro da sentença na respectiva matrícula imobiliária segue a mesma lógica da sentença declaratória demandada na ação.

3. Hipótese de dúvida objetiva quanto ao recurso a ser interposto da decisão que indeferiu o pedido de execução imprópria, o que permite a aplicação do princípio da fungibilidade recursal.

4. Recurso especial provido para determinar o retorno dos autos à origem, a fim de que seja recebido o recurso de apelação como agravo de instrumento.

(REsp 890.855/GO, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 1º/09/2016, DJe de 23/09/2016)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PROCESSO CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. EXCLUSÃO DE EXECUTADO DO POLO PASSIVO. RECURSO CABÍVEL. INDUÇÃO A ERRO PELO JUIZ. PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE RECURSAL.

1. A decisão que exclui da execução um dos litisconsortes, prosseguindo-se o feito com relação aos demais co-executados, desafia agravo de instrumento, e não recurso de apelação, cabível, contudo, a aplicação do princípio da fungibilidade recursal na hipótese em que o jurisdicionado for induzido a erro pelo magistrado.

2. Agravo regimental provido.

(AgRg no AREsp 228.816/RN, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, **TERCEIRA TURMA**, julgado em 05/05/2016, DJe de 10/05/2016)

Com essas considerações, é forçoso reconhecer a ausência de violação aos arts. 162, § 1º, 267, 269 e 513 do CPC.

Melhor sorte não socorre a recorrente no que concerne à contrariedade aos arts. 522 e 557 do CPC/73, em face da ausência de prequestionamento das matérias referentes a tais dispositivos legais, atraindo a incidência da Súmula 282/STF. Ademais, ao contrário do que se alega no presente apelo nobre, esses temas não foram suscitados nos embargos de declaração (fls. 716-721) opostos na eg. instância *a quo*.

Parte II - Violação dos arts. 147, II, e 178, § 9º, do Código Civil de 1916:

Esses dispositivos legais também serão analisados em conjunto, pois tratam da alegada ocorrência de prescrição da pretensão dos então embargantes, ora recorridos, de discutir a ocorrência de simulação no negócio jurídico (parceria pecuária) que embasa o título extrajudicial exequendo.

A referida prescrição foi primeiramente decretada pelo il. magistrado de piso, nos termos da r. decisão já acima transcrita, da qual se decalca também o seguinte excerto (fl. 49):

"Outrossim, alegou a embargada carência de ação embasada no art. 178 do Código Civil, um equívoco, por tratar-se de prescrição esse fundamento.

Seja como for, de fato, a pretensão dos embargantes de anular o negócio jurídico, com base na alegação de simulação, e, por via reflexa, desconstituir o título dela derivado, encontra-se prescrita.

Com efeito, a relação jurídica travada entre as partes, segundo afirmam os embargantes, envolve dois contratos: o primeiro foi firmado em 16/12/1992 e o segundo em 15/05/1998. Vê-se, assim, que ambos foram celebrados na vigência do Código Civil de 1916, o qual deve ser aplicável, em função do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

princípio tempus regit actum. O art. 178, § 9º, inciso V do mesmo codex, dispunha prescrever em 04 anos a ação para anular ou rescindir os contratos, para a qual não se tenha estabelecido menor prazo, contados este, no caso de coação, do dia em que esta cessar, no caso dos demais vícios de consentimento, do dia em que se realizar o ato ou o contrato, e no caso dos atos dos incapazes, do dia em que cessar a incapacidade.

Considerando o lapso temporal entre a data em que cada um dos contratos foi celebrado e a data em que os presentes embargos foram distribuídos, (19/08/2005), constata-se que se supera, em muito, o prazo de quatro anos indicado pela norma em comento.

Outrossim, não se pode acatar a tese dos embargantes, exposta às fls. 261/264 (réplica aos embargos), de que a nulidade não decorreria propriamente da simulação, mas sim de ofensa à lei de ordem pública que limita os juros, razão pela qual não haveria que falar em prescrição ou preclusão.

Sucedendo que, para saber que houve ou não a prática de mútuo com juros moratórios ao arrepio da lei, necessário primeiro reconhecer que houve a simulação de um contrato de parceria pecuniária para encobrir aquele, sem o que este último permanece, para todos os efeitos, como sendo o verdadeiro e lícito negócio jurídico celebrado entre as partes.

Se os embargantes, entretanto, não poderiam mais, como meio de defesa, pretender o reconhecimento da simulação, porquanto prescrita a exceção correspondente, não há como considerar sequer que o contrato foi de mútuo e não de parceria pecuniária.

Assim, prospera a pretensão da embargada de se reconhecer a prescrição do direito dos embargantes de anular o contrato, com base na alegação de simulação, razão pela qual acolho esta preliminar, apenas, neste particular.

(...)

Diante do exposto, rejeito as preliminares de carência das condições da ação, inépcia da inicial argüidas pela embargada, e acolho a preliminar de prescrição para indeferir parcialmente a inicial, no tocante a pretensão de desconstituição do título executivo extrajudicial com base na alegação de simulação, prosseguindo o feito quanto à tese de exceção de contrato não cumprido

Por conseguinte, julgo saneado o feito. Fixo como ponto controvertido a entrega do gado objeto do contrato executado aos embargantes. Defiro o depoimento pessoal das partes e a produção de prova testemunhal e designo audiência de instrução e julgamento para o dia 18/10/2016, 14:00 horas.

(...)"

Por sua vez, o eg. Tribunal de Justiça reformou a decisão transcrita e, afastando a prescrição, determinou o prosseguimento dos embargos à execução, possibilitando a discussão quanto à simulação, nos termos do v. acórdão do qual se extrai o seguinte excerto (fls. 710-711):

"Os contratos de parceria pecuniária entabulados entre as partes foram formalizados por meio da escritura pública, a primeira lavrada no dia 16 de dezembro de 1992, e a segunda lavrada no dia 15 de junho de 2002.

Em razão de o fato da relação jurídica travada entre as partes ter sido celebrado na Vigência do Código Civil de 1916 e o então art. 178, § 9º, inciso V, alínea b, do Código Civil anterior estabelecia o prazo prescricional de quatro



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

anos para anulação de contrato simulado, o magistrado acolheu a preliminar de prescrição para indeferir, parcialmente, a inicial no tocante a pretensão de desconstituição do título executivo com base na simulação.

Neste ponto deve ser reformada a decisão.

Conforme prevêm os artigos 167 e 169 do Código Civil, são nulos os negócios jurídicos simulados e seus efeitos, não sendo estes suscetíveis de confirmação, nem convalescem pelo decurso de tempo.

Destarte, o ato simulado configura violação de norma de ordem pública (STJ-Resp 2604621PR-2001), impondo, via de consequência, o reconhecimento neste instituto (na simulação) da condição de defeito do negócio jurídico, como o era no vetusto Código Civil, quando era causa apenas de sua anulabilidade, para a condição de invalidante do negócio jurídico.

Dessa forma, a sua ocorrência, agora, conforme estatui o art. 167 do NCC, gera sua nulidade, o que implica dizer que o negócio pode até ser considerado como inexistente.

Acrescente-se a circunstância de que a nulidade, por ser matéria de ordem pública, deve ser declarada pelo Juiz (art. 168, par. único, do NCC), não lhe sendo nem sequer permitido supri-la, mesmo que a requerimento dos contratantes, pois o negócio jurídico nulo, como estabelece o art. 169 do NCC, 'não é suscetível de confirmação, nem convalesce pelo decurso do tempo', ou seja, 'reconhecida e proclamada a nulidade de ato ou de negócio jurídico, esse reconhecimento tem eficácia declaratória porque afirma a existência de uma circunstância preexistente, razão pela qual essa decisão retroage à data em que foi celebrado o ato ou negócio nulo', isto é, terá efeitos ex tunc. (cf. Nelson Nery, in Novo Código Civil e Legislação Extravagante Anotados, RT, p. 83).

Considerando que o reconhecimento da nulidade absoluta tem eficácia declaratória não se convalesce, viável então a rejeição da preliminar de prescrição acolhida pelo magistrado.

A par disso, a decisão, ao acolher a preliminar de prescrição e, consequentemente, o julgamento antecipado da lide quanto a esta matéria cerceou o direito dos embargantes/agravantes, uma vez que não lhes fora oportunizado a realização da prova do alegado.

E, para se configurar a ocorrência do conhecido contrato 'vaca-papel', é necessário que haja ampla produção de provas pelo interessado, com o intuito de comprovar a veracidade dos fatos alegados, já que tal matéria é eminentemente de fato.

Veja-se que tal incumbência decorre do comando legal do artigo 333, I, do Estatuto Processual Civil, que dispõe que o 'ônus da prova incumbe: I - ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito'.

Portanto, in casu, o acolhimento da preliminar de prescrição configura cerceamento de defesa ante a impossibilidade dos embargantes produzirem as provas necessárias para a comprovação do fato constitutivo de seu direito."

(grifou-se)

Da leitura dos excertos transcritos, infere-se que o eg. TJ-MS, com base nos arts. 167 e 169 do Código Civil de 2002, cassou a decisão singular (fls. 46-52) que decretara a prescrição, com arrimo no art. 178, § 9º, V, b, do CC/1916.

No entanto, o próprio v. acórdão recorrido expressamente afirma que os negócios



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

jurídicos, os quais os recorridos afirmam simulados, foram pactuados em 06/12/1992 e 15/06/2002 (ou em 15/5/1998), isto é, ainda sob a égide do Código Civil de 1916.

Nesse cenário, como preceitua o princípio *tempus regit actum*, aos fatos se aplica a lei vigente à época de sua ocorrência, que era o Código Civil de 1916.

Assim, são inaplicáveis as regras do Código Civil de 2002, motivo pelo qual se reconhece a violação ao art. 178, § 9º, V, *b*, do Código Civil de 1916, devendo ser parcialmente reformado o v. acórdão recorrido, para reconhecer a ocorrência de prescrição relativa ao vício de simulação.

Em face da parcial reforma do v. acórdão estadual, fica prejudicada a análise da suscitada violação aos arts. 535 e 538 do CPC/73.

Ante o exposto, dá-se parcial provimento ao recurso especial, para reconhecer a prescrição da pretensão dos ora recorridos em alegar a simulação dos negócios jurídicos que embasam o título executivo extrajudicial, nos termos da fundamentação *supra*.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUARTA TURMA

Número Registro: 2007/0241589-6 **PROCESSO ELETRÔNICO REsp 1.004.729 / MS**

Números Origem: 1041297319 1051197856 1051197856000 20060147117
20060147117000201

PAUTA: 18/10/2016

JULGADO: 20/10/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **RAUL ARAÚJO**

Presidente da Sessão

Exma. Sra. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. MARIA HILDA MARSIAJ PINTO

Secretária

Dra. TERESA HELENA DA ROCHA BASEVI

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : HIDROSERVICE CENTRO OESTE AGROPECUÁRIA E INDUSTRIAL LTDA
ADVOGADO : ARILDO ESPÍNDOLA DUARTE E OUTRO(S) - MS004175
RECORRIDO : PRONCOR UNIDADE INTENSIVA E CARDIORESPIRATÓRIA LTDA E
OUTROS
ADVOGADO : ONOFRE DA COSTA LIMA FILHO E OUTRO(S) - MS000477B

ASSUNTO: DIREITO CIVIL - Obrigações - Espécies de Contratos

CERTIDÃO

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

A Quarta Turma, por unanimidade, deu parcial provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Maria Isabel Gallotti (Presidente), Antonio Carlos Ferreira, Marco Buzzi e Luis Felipe Salomão votaram com o Sr. Ministro Relator.