**MODELO DE PETIÇÃO**

**PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. ACÓRDÃO OMISSO. MATÉRIA IMPORTANTE. ART. 1.022. PROVIMENTO. RAZÕES RECURSAIS**

Rénan Kfuri Lopes

Comentários:

- O recurso especial é uma modalidade dirigida ao Superior Tribunal de Justiça quando para combater decisões dos Tribunais de Justiça ou Tribunais Regionais Federais que tenham violado a legislação infraconstitucional (CF, art. 105).

- É necessário que a decisão recorrida tenha contrariado tratado ou lei federal, negando vigência; julgado válida lei ou ato de governo local contestado em face de lei federal; dado a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal (art. 105, inciso III, alíneas a, b e c da CF).

- Uma vez interposto, caberá ao presidente do tribunal de origem ou quem autorizado a tanto proceder obrigatoriamente ao exame de admissibilidade, examinando não apenas os chamados pressupostos gerais, objetivos e subjetivos (tempestividade, regularidade formal, legitimidade, etc.), mas também e especialmente os pressupostos do art. 105, III, além dos óbices sumulares, regimentais e jurisprudenciais.

Exmo. Sr. Juiz Des. Vice- Presidente do Egrégio TJ...

(nome) já qualificada, por seu advogado *in fine* assinado, nos autos da apelação cível n. ....., no qual contende com (nome do recorrido) não se conformando com as v. decisões de fls. ../.. e fls. .../..., vem, respeitosamente, interpor o presente *recurso especial*, com fincas no art. 105, inciso III, letras *“a”* e *“c”* da Constituição Federal, em face da flagrante violação à legislação infraconstitucional catalogada nos artigos 1.022, 373 e 370 do CPC, e dissídio pretoriano com aresto do egrégio SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, pelas razões de fato e direito adiante articuladas:

I – O CASO *SUB IUDICE*

1. Trata-se de ação ordinária de cobrança promovida pela autora/recorrida ..., consubstanciada em diversas “*triplicatas*” anexadas às fls. ... deste processado, na qual busca a autora receber a importância de R$ ... (....), conforme narrado na exordial de fls. ...

2. Urge esclarecer aos nobres Ministros deste ilustrado Tribunal Superior, facilitando a compreensão da irresignação da recorrente, QUE OS REFERIDOS TÍTULOS QUE AÇAMBARCAM A PRESENTE AÇÃO (TRIPLICATAS), SUBORDINADOS À LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL N. 5.474/68:

\* NÃO POSSUEM ACEITE;

\* CONSTAM COMO ENDEREÇO DO RECORRENTE, A RUA ....;

\* OS PROTESTOS E AS MERCADORIAS FORAM REMETIDOS PARA ESTE ENDEREÇO EM ....;

\* NO PREÂMBULO DAS NOTAS FISCAIS ESTAMPAM O CORRETO ENDEREÇO DA APELANTE, *APESAR DE DIVERSO O ENDEREÇO DE ENTREGA*.

3. Apenas com estes adminículos era suficiente para a IMPROCEDÊNCIA total da pretensão da recorrida, pois, como Vs.Exas. poderão verificar neste caderno processual, A RECORRENTE NUNCA POSSUIU ESTABELECIMENTO EM ... INDICADO PELA RECORRIDA!!!

4. Contestando o feito, a RECORRENTE contrapôs os pedidos da RECORRIDA, demonstrando que JAMAIS negociou pessoalmente com a autora ou adquiriu as mercadorias relacionadas nas Notas Fiscais de fls. ...

5. Sustentando suas alegações, foram juntadas todas as suas alterações contratuais, desde o nascedouro da empresa ..., provando que sua sede sempre foi em ... (*vide*fls. ...).

6. Promoveu ainda a recorrente a RECONVENÇÃO de fls. .... objetivando a ineficácia das triplicatas que instruíram a exordial, diante da ausência de causa subjacente, cancelando definitivamente os protestos em seu desfavor, pleiteando ainda a condenação da recorrida nos danos morais.

7. Destacou a recorrente em sua peça reconvencional que o não-ajuizamento de ação cautelar de sustação de protesto se deu pelo único fato de que *NÃO TEVE CONHECIMENTO DOS RESPECTIVOS AVISOS*, já que foram remetidos irregularmente para .., e não para sua sede em ...

8. Ainda na reconvenção, a recorrente anexou vários documentos que demonstram a veracidade de suas alegações, inclusive a cópia de um pedido de falência promovido pela recorrida, primeiramente em ...., cuja competência foi declinada para ...., sede da recorrente, *tudo com base nessas mesmas triplicatas*, e que ao final foi julgado extinto, DIANTE DA CONSTATAÇÃO DE QUE OS PROTESTOS FORAM TIRADOS IRREGULARMENTE, REMETIDOS PARA ENDEREÇO DIVERSO DA SEDE DA RECORRENTE, decisão esta devidamente confirmada pelo Eg. TJ –fls. ...

9. Réplicas à contestação e à reconvenção às fls. .... Em passo seguinte, foi determinado pelo douto magistrado primevo a especificação de provas, ressaltando-se a possibilidade de julgamento antecipado (fls. ...).

10. Na audiência de conciliação designada, restou frustrada a tentativa de acordo (fls. ...), tendo o douto juízo determinado a realização de prova pericial a requerimento da autora/recorrida.

11. Adentrada à etapa instrutória, a prova pericial técnica foi entregue às fls. ...com os documentos de fls. ...., tendo a ilustre perita requerido a apresentação de alguns documentos de ambas as partes, inclusive da transportadora que fez a entrega das mercadorias.

12. A recorrente justificou às fls. ...a impossibilidade da apresentação de alguns dos documentos solicitados pela perícia diante da longínqua data e a dispensa pela legislação fiscal, bem como a conclusão clara pelo Laudo Pericial da improcedência da ação, tendo a ilustre *expert* não se manifestado posteriormente a respeito.

Já a recorrida limitou-se a afirmar que não possuía os documentos solicitados em virtude da cisão ocorrida na empresa.

13. Designada em seguida a audiência de instrução e julgamento (fls. ...), apenas compareceram os advogados da ré recorrente, ausentes a parte autora e seu procurador, frustrando os depoimentos pessoais, portanto.

14. Em passo seguinte, o feito foi julgado procedente e improcedente a reconvenção da recorrente, que, não se conformando com a decisão monocrática, interpôs o recurso de apelação de fls. ..., contrarrazoado às fls. .... pela recorrida.

15. A apelação foi recebida no seu efeito legal (fls. ...).

16. O recurso de apelação já trazia em seu bojo como sustentáculo, o seguinte:

\* que as triplicatas objeto do feito não se adequavam à legislação infraconstitucional (n. 5.474/68);

\* que a prova pericial e documental concluiu que as mercadorias foram entregues em endereço diverso da recorrente;

\* que a recorrente nunca teve estabelecimento em ...;

\* que as triplicatas não possuem aceite e as mercadorias foram entregues à outra empresa;

\* que era ônus da recorrida comprovar que a recorrente foi quem adquiriu e recebeu as mercadorias.

17. No julgamento da apelação n. ..., a ilustrada ... Câmara Cível do Eg. TJ por meio do eminente Des. Relator ..., em acórdão, *data máxima venia*,equivocado, negou provimento ao apelo, sob a fundamentação de que entre a recorrente e as empresas ... e ..., eram feitas negociações comerciais, e que entre os seus sócios havia uma verdadeira coligação, *“isto é, o sócio de uma das empresas já foi sócio da outra e as empresas já possuíram suas sedes no mesmo endereço”* (*sic* fls. ...). Sustentou ainda o r. acórdão objurgado que *“é certo que houve a negociação referente às Notas Fiscais acostadas com a inicial, realizada através da empresa ..., instalada no endereço à época dos fatos”* (fls. ...).

18. Assim, a recorrente aviou os tempestivos embargos de declaração (fls. ...) com efeito modificativo (infringente) do julgado, para que fosse suprida a contradição diante da premissa equivocada do acórdão embargado, demonstrando que concluiu que as mercadorias foram entregues à terceira empresa *que sequer participou da relação processual*, todavia condenou a ora recorrente ao pagamento das mesmas.

19. Todavia, os embargos foram REJEITADOS por meio da decisão de fls. ..., sob a sempre invocada alegação de ausência de omissão, contradição e obscuridade no julgado guerreado, desafiando o presente recurso especial à instância *ad quem*, que, certamente, irá provê-lo, nos moldes legais.

Esta a síntese do caderno processual.

II –PROVIMENTO DO RECURSO ESPECIAL – ALÍNEAS “A” E “C” DO ARTIGO 105 DA CF
– OFENSA LITERAL AOS ARTS. 370, 373 e 1.022, II DO NOVO CÓDIGO DEPROCESSO CIVIL BRASILEIRO

20. Dentro da toada contida na peça de ingresso deste caderno processual, foi proferida a v. sentença que julgou procedente a ação de cobrança e improcedente a reconvenção da recorrente, condenando a embargante a pagar pelas mercadorias que foram recebidas por terceira empresa.

Referido resultado foi integralmente confirmado pelo Tribunal local.

II.1.1 – DA VIOLAÇÃO AOS ARTS. 370 e 373 DO CPC

21. Fato incontroverso neste processado, não demonstrado de forma diferente pela autora/recorrida, quem efetivamente recebeu as mercadorias foi TERCEIRA EMPRESA, situada em endereço distinto da recorrente.

22. E foi sustentáculo TANTO PARA A DECISÃO DE 1º COMO PARA A DE 2º GRAU que as partes deixaram de fazer as provas orais, tidas como “*FUNDAMENTAIS*” para o julgado.

23. Tanto a sentença como o v. acórdão recorridos foram incisivos ao pontuarem como elemento fundamental de prova para a questão *sub judice*, *“tendo as mercadorias sido entregues pela transportadora ao Sr. ..., a apelante não requereu seu depoimento, o que seria de seu interesse...”*

24. Ora, se essa prova oral era tão FUNDAMENTAL assim para caracterizar que a recorrente não tem nenhuma responsabilidade para com o pagamento das mercadorias objeto das Notas Fiscais da exordial, caberia aos doutos julgadores, que não podem ser meros expectadores da *lide*, redobrada *venia*, determinar essa prova, ou outra que entendessem necessária para o julgamento mais seguro do feito.

25. Neste sentido, restaram ofendidos os seguintes artigos do Código de Processo Civil, devidamente prequestionados nas instâncias inferiores:

*“Art. 370.  Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito.* *Parágrafo único. O juiz indeferirá, em decisão fundamentada, as diligências inúteis ou meramente protelatórias.*

*Art. 373. O ônus da prova incumbe:*

*I - ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito;*...”

26. O Estado, como devedor da prestação jurisdicional, deve utilizar este princípio no campo da prova, em benefício do esclarecimento da VERDADE, posto que só por meio da prova se aproxima de uma melhor solução do conflito, explorando, ao máximo, a potencialidade do processo.

27. A moderna função social do processo oferece maior ingerência do juiz ao esclarecimento completo do litígio, fazendo desaparecer a imagem de um observador distante e impassível, o que, de certo, entristece a tão almejada boa e completa prestação jurisdicional.

28. Contundente a lição de SÉRGIO SAHIONE FADEL, no sentido da incumbência-obrigação do Poder Judiciário buscar a melhor solução do processo, não se podendo permanecer assistindo o processo, quando INDISPENSÁVEL a produção de provas, diante do poder que o art. 370 do CPC dispõe ao Juiz dentro de suas funções e atribuições:

*“Em verdade, o interesse público estará preservado se os juízes proferirem sentenças fundadas em verdades verdadeiras, mesmo que contra a vontade de uma ou de ambas as partes, do que em meias verdades, ou em falsas verdades, encobertas pelo silêncio intencional ou pelo engodo consentido do litigante aproveitador. Não é esse – da meia verdade – o fim que se persegue com o processo, na solução de um caso concreto. Passando por cima de fatos ponderáveis, omitindo circunstâncias relevantes ao deslinde da controvérsia, e aproveitando talvez a inércia ou a boa-fé do litigante contrário, a parte poder-se-ia beneficiar se o juiz, que a tudo contemplasse, devesse ficar inerte e indiferente a essa tentativa de encobrir a verdade” (CPC Comentado, ed. Forense, 5ª ed., vol. I, p. 265/266).*

29. O processualista ERNANE FIDÉLIS SANTOS preleciona que, *“em processo, vige o princípio da verdade real. Não propriamente da verdade absoluta, pois o homem e as coisas são falíveis. Mas, pelo menos, deve-se procurar, no julgamento, juízo de extrema possibilidade de existência ou inexistência dos fatos (...) Este princípio da verdade real também se relaciona com a prova, mas atenuado pelo do livre convencimento que permite a pesquisa da verdade real. O juiz pode sempre determinar complementação da prova, como ocorre com a testemunha referida (art. 458,I), e, sendo necessário, ou pelo menos, de evidente utilidade, determinar, de ofício, provas técnicas e de observação pessoal, hipótese de perícia (art. 420) e da inspeção judicial (art. 440)”* (Manual de Direito Processual Civil, ed. Saraiva, 4ª ed., vol. 1, p. 389/390).

30. O Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA é categórico ao pontuar que *“o juiz deverá tomar a iniciativa probatória ao conhecimento da verdade que interessa ao melhor e mais justo julgamento da causa”* (CPC Anotado, ed. Saraiva, 6ª ed., p. 98).

31. Outro Magistrado de escol, o gaúcho ATHOS GUSMÃO CARNEIRO com sua capacidade ímpar afirma sempre que *“é amplo o poder do juiz no sentido de complementar as provas, em busca da verdade real”* (RJTJRS 124:231).

32. Ademais, o ônus de demonstrar que as mercadorias foram entregues à recorrente pertence à recorrida, e o contrário restou patenteado na instrução processual, inclusive pela prova pericial, entretanto o resultado veio de encontro à legislação processual enfocada, *permissa venia.*

II.1.2 – DA VIOLAÇÃO AOS ARTS. 8º e 15 DA LEI N. 5.474/68 (LEI DE DUPLICATA)

*33. Importante frisar que se trata de ação de cobrança fundada em TRIPLICATA, sem nenhum aceite, e, diante da sua natureza causal, não pode ser vista com sentido absoluto de autonomia.*

34. JOÃO EUNÁPIO BORGES, nos ensina que:

*“...é claro que a obrigação do comprador está condicionada ao exato cumprimento, por parte do vendedor, daquela que lhe incumbe: a entrega da coisa vendida na forma e na época convencionada, pelo preço ajustado, a ser pago na época fixada.”*

Mais adiante acrescenta:

*“Se a mercadoria não foi recebida, ou não é a mesma que foi adquirida, ou se o valor da duplicata não corresponde ao que foi pactuado, em tais casos, o comprador pode recusar tranquilamente o seu aceite. A lei o ampara, e o aceite recusado por um dos motivos do art. 8º é, para todos os efeitos, insuprível. Protestada ou não a duplicata, nenhuma obrigação dela resultará para o comprador.”* (TAMG – 3ª Câm. Civ., Ap. Civ. 258.017-6, Rel. Juiz Kildare Carvalho; *in* ADCOAS 8171498).

35. Assim, patente a ofensa também aos dispositivos que tratam a Lei das Duplicatas n. 5.474/68:

*Art. 8º O comprador só poderá deixar de aceitar a duplicata por motivo de:*

*I – avaria ou não-recebimento das mercadorias, quando não expedidas ou não entregues por sua conta e risco;*

*Art. 15. A cobrança judicial de duplicata ou triplicata será efetuada de conformidade com o processo aplicável aos títulos executivos extrajudiciais, de que cogita o Livro II do Código de Processo Civil, quando se tratar: ...*

*II – de duplicata ou triplicata não aceita, contanto que, cumulativamente:*

*a) haja sido protestada.*

*b) esteja acompanhada de documento hábil comprobatório da entrega e recebimento da mercadoria;*

36. Salta aos olhos a ofensa aos dispositivos de lei infraconstitucionais enfrentados, frente ao caso concreto, trazendo para o mundo jurídico uma decisão que não traduz na correta aplicação do direi­to em face das circunstâncias havidas na negociação em debate, recaindo sobre a embargante uma INJUSTIÇA TAMANHA, a lhe imputar responsabilidade por uma compra de mercadoria que sequer recebeu, *concessa venia*.

37. O próprio acórdão recorrido deixou claro em seu bojo que as mercadorias NÃO FORAM entregues à recorrente, e admitir que mesmo assim há responsabilidade da recorrente .... em pagar por elas é no mínimo temerário, *concessa maxima venia.*

38. Surge então essa relevante questão de direito debatida no presente Apelo Extremo: Se a lei especial de duplicatas (5.474/68) estipula as condições para a estabilidade das relações envolvendo entrega de mercadorias negociadas e a forma de cobrança de duplicatas/triplicatas, o fato de as triplicatas não aceitas serem objeto de ação de cobrança, sem nem mesmo acompanhadas de documento hábil comprovando a entrega das mercadorias é plausível?? É justo a recorrente ser penalizada por débitos representados por triplicatas cujas mercadorias sequer recebeu, estando esta situação claramente demonstrada nos autos e reconhecida nos acórdãos recorridos??

39. A resposta para estas questões leva a concluir que está a merecer reforma o v. acórdão combatido, sob pena de se negar eficácia ao disposto nos arts. 8º e 15 da Lei n. 5.474/68, conforme exaustivamente demonstrado.

II.1.3 – DA VIOLAÇÃO AO ART. 1.022, DO CPC

40. Primeiramente, cumpre salientar que todas as questões trazidas à apreciação desse Colendo Tribunal foram exaustivamente debatidas nas instâncias *a quo.* Entretanto, pelo princípio da eventua­lidade, caso se entenda não prequestionada a matéria, impende seja o presente recurso admitido pela violação ao art. 1.022 do CPC.

41. Inobstante tenha o Eg. Tribunal *a quo* incitado pelo recorrente, através de embargos declaratórios a se manifestar acerca da violação aos arts. 370 e 373 do CPC, ele se manteve silente, argumentando que não haviam quaisquer das omissões ou contradições apontadas no v. acórdão recorrido.

42. *Data venia*, cuidando-se de questão relevante para o deslinde do litígio instaurado entre as partes, e não tendo ela sido dirimida na instância inferior, impõe-se a cassação do v. acórdão recorrido, uma vez que SE OMITIU SOBRE PRONUNCIAMENTO DE CONTRADIÇÃO CABAL E DE EXTREMA RELEVÂNCIA PARA A CONCLUSÃO DO JULGADO, pertinente a alegação de violação ao art. 1.022, II, do CPC a justificar o provimento do Apelo Extremo para o completo exame da matéria, conforme confronto analítico adiante debruçado.

43. Todavia, os aludidos Embargos de Declaração foram rejeitados em inadmissível afronta ao inciso II do artigo 1.022 do Código de Processo Civil, ao fundamento de que não havia qualquer omissão, contradição ou obscuridade no acórdão embargado.

44. O Eg. Superior Tribunal de Justiça por inúmeras vezes já apreciou esta matéria, no tocante à possibilidade da modificação do julgado nestas ocasiões:

“*Suprida a omissão, pode, eventualmente, ser alterada a conclusão do acórdão, se incompatível com esse suprimento*.”

Neste sentido: STJ-3ª T., REsp 3.192-ES, rel. Min. Waldemar Zveiter, DJU 3.9.90, p. 8.844; RSTJ 36/435, 40/459; RTJ 86/359, 88/325, 112/314, 119/439; RT 569/172, 578/185, 606/210; JTJ 171/246; JTA 88/405.

45. Outro não é o entendimento do Eg. STJ com relação à necessidade de que O EXAME DAS PROVAS NAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS SEJA POR INTEIRO: *“Não examinadas por inteiro as provas e circunstâncias da causa, cabe suprir, em embargos de declaração, a omissão”* (RSTJ 55/269).

46. Portanto, indiscutível neste processado que o acórdão que negou provimento à apelação cível, bem como o que rejeitou os embargos de declaração FORAM OMISSOS quanto à prova crucial e preponderante para a reforma da decisão monocrática, que restou prejudicada, e CONTRADITÓRIOS com a própria fundamentação do v. *decisum*.

47. Manifesta a situação de que a v. decisão ultrajou ao disposto nos arts. 1.022, II, 370 e 373 do Novo Código de Processo Civil, impondo-se sua NULIDADE, acolhendo-se o presente apelo extremo com fulcro na alínea “a” do art. 105 do permissivo constitucional, ou, consoante julgado em circunstância idêntica à *sub cogitabondo*, conforme adiante demonstrado, nos termos da alínea “c” do citado dispositivo legal, para a reforma integral da decisão em reexame.

II.1.4 – RECURSO ESPECIAL – ALÍNEA “C” DO ARTIGO 105 DA CF
– DISSÍDIO PRETORIANO – OMISSÃO E CONTRADIÇÃO
DO JULGADO *­–* NULIDADE – COMPROVAÇÃO DO DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL COM JULGADO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

48. *Rogata venia*, ultrapassada a primeira premissa suscitada (alínea “a”), o que se admite em homenagem ao princípio da eventualidade, a recorrente adentra o apelo extremo no tocante ao dissídio pretoriano existente, eis que os vs. acórdãos recorridos vieram OMISSOS e CONTRADITÓRIOS, violando-se o art. 1.022 do CPC.

49. Passa-se a seguir, em atenção ao regimento interno do Eg. STJ, a devida confrontação dos julgados:

49.1. FONTE: STJ – 5ª Turma – EDcl nos EDcl no REsp n. 121.012-RS, Rel. Min. Edson Vidigal – DJU 30.11.1998, p. 184.

*“PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ERRO. EFEITO MODIFICATIVO. RECURSO ESPECIAL PARA ALÍNEA “C” DA CONSTITUIÇÃO. CPC, Art. 535. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. CONCURSO PÚBLICO. PRETERIÇÃO. MÉDICOS. IDENTIDADE DAS FUNÇÕES E PRAZO DE VALIDADE DO CONCURSO.*

*1. Havendo no acórdão embargado omissão cujo reparo é passível de alterar o julgado, confere-se aos embargos declaratórios o efeito modificativo pretendido.*

*2. Ainda que o recurso especial baseou-se unicamente no dissídio pretoriano, se os paradigmas trazidos à colação demonstrarem a divergência entre eles e o acórdão recorrido no trato do CPC, art. 535, quanto a esgotar, ou não, a prestação jurisdicional em embargos declaratórios, é de ser conhecido o recurso especial que, explicitamente, acusou o malferimento dessa norma.*

*3. Admitida a divergência e conhecido o recurso, pois que o acórdão recorrido, em embargos declaratórios ainda na instância de origem, não complementou, positiva ou negativamente o acórdão embargado*, deixando sem análise temas essenciais e relativos à desconsideração absoluta da prova, merece provimento o recurso especial para anular o acórdão proferido nos embargos declaratórios, determinando-se seja outro proferido como o enfrentamento de todos os temas nele aventados, mormente no que concerne à alegada desconsideração absoluta do contexto probatório, pena de malferição do CPC, art. 535.

*4.*...”

A Similitude com este Processo:

Neste caso similar ao *sub cogitabondo*,vê-se que o ponto central da discussão é a desconsideração absoluta da prova que sequer foi suprida ou enfrentada nos embargos declaratórios aventados, malferindo o art. 1.022 do CPC, sobre questão inclusive destacada na decisão, de que as mercadorias não foram entregues à recorrente.

Fundamentação do v. acórdão confrontante com o r.*decisum* recorrido:

Encaixa-se como luvas a fundamentação do eminente Min. do STJ, no caso em confronto. Palavras do Ministro:

*“É que, realmente, a falta de prestação jurisdicional nos embargos declaratórios opostos ainda na instância inferior, além de malferir o CPC, art. 535, põe-se em dissonância com incontáveis julgados desta Corte, postos no sentido de que, havendo omissão do acórdão declaratório quanto a um ou mais pontos aventados nos embargos, deve ser anulado, exatamente por ofensa ao CPC, art. 535, para que outro seja proferido, sanando-se a omissão.”*

49.2. FONTE: STJ – 3ª Turma – EDcl no REsp n. 599.653-SP, Rel. Min. Nancy Andrighi – DJU 22.08.2005, p. 261.

*“RECURSO ESPECIAL. ERRO DE FATO PRESENTE. CORREÇÃO DO ERRO PELA VIA DOS EMBARGOS DECLARATÓRIOS. VIABILIDADE. EMBARGOS ACOLHIDOS COM EFEITOS MODIFICATIVOS.*

*- É admitido o uso de embargos de declaração com efeitos infringentes, em caráter excepcional, para a correção de premissa equivocada, com base em erro de fato, sobre o qual tenha se fundado o acórdão embargado, quando tal for decisivo para o resultado do julgamento.*

*(...)*

*Embargos de declaração acolhidos com efeitos modificativos.”*

A Similitude com este Processo:

*Neste caso também vê-se que a premissa sobre o qual se funda o acórdão é a correção da questão equivocada por meio de embargos declaratórios, ademais quando tal fato for decisivo para o resultado do julgamento.*

*No julgamento em debate, a recorrente demonstrou nos autos e o próprio Tribunal a quo reconheceu quando do julgamento que as mercadorias relativas as Notas Fiscais deste processado não foram entregues à recorrente mas à terceira empresa.*

*Este detalhe é fundamental para possibilitar ao credor promover a cobrança das duplicatas/triplicatas em tela, nos termos dos arts. 8º e 15 da Lei n. 5.474/68, sem a qual impossibilitado restará a via judicial.*

*Fundamentação do v. acórdão confrontante com o r. decisum recorrido:*

*No dissídio em confronto, a Ministra Nancy Andrighi discorre sobre a possibilidade do acolhimento dos embargos declaratórios com efeitos modificativos, em face do equivoco ocorrido no julgado, citando o insigne Min. Sidney Sanches, para quem o erro do julgado decorre da “inadvertência do juiz, que, lendo os autos, neles vê o que não está, ou não vê o que está. (RT 501/25)”.*

*Tal como verificado neste caderno processual, deixou o Tribunal a quo de debruçar efetivamente sobre a questão equivocada que levou ao improvimento do apelo.*

50. Deixa a recorrente nesta oportunidade de enfrentar o mérito desta peleja, por ser vedado nesta sede recursal o reexame do conjunto probatório, tal como dispõe a Súmula n. 07, adentrando exclusivamente na questão processual da omissão e contradição do julgado quanto às questões expostas nos embargos declaratórios, cuja fundamentação/conclusão do acórdão recorrido viola a lei federal esculpida nos artigos 8º e 15 da Lei n. 5.474/68, o que modificaria completamente o julgado, tal como foi embasado.

51. Destarte, evidenciado que a v. decisão se caracterizou nula por omissão, transgredindo aos ditames do art. 1.022 do CPC, restará ser cassada, *data venia*, acolhendo-se o presente Recurso Especial, para, em primeiro plano, declarar nulo acórdão que julgou os embargos de declaração na apelação cível interposta pela recorrente, em flagrante ofensa literal ao art. 1.022 do CPC, nos moldes legais, seja pela alínea “a” ou “c” do permissivo constitucional supra citado, para determinar que seja outro proferido com a observância dos ditames legais, sob pena de ofensa ao princípio maior do DEVIDO PROCESSO LEGAL.

III – PEDIDOS:

III.1 – A ADMISSIBILIDADE DO RECURSO ESPECIAL

52. Douto Des. Vice-Presidente, da análise detida do presente Recurso Especial, vê-se que restaram cumpridas todas as exigências legais, regimentais e sumulares para sua admissibilidade, prequestionados os temas em relevo.

53. E a motivação maior para a subida deste Apelo Extremo é a flagrante NULIDADE DO ACÓRDÃO objurgado que se omitiu quando do julgamento dos Embargos Declaratórios de fls. ...., fechando os olhos para a contradição apontada, e da aplicação da Lei infraconstitucional n. 5.474/68, que certamente alteraria a conclusão do julgado *in examen.*

54. A recorrente demonstrou de forma segura que as r. decisões recorridas (apelação e embargos declaratórios), *data venia*, restaram contraditórias e violaram dispositivos de lei federal, sobretudo as disposições da lei processual civil (arts. 1.022, II, 370 e 373, CPC).

55. A matéria recursal foi abrangida nas decisões combatidas, além do expresso prequestionamento formulado em sede de embargos de declaração.

56. ***Ex positis***, requer seja ADMITIDO O PRESENTE RECURSO ESPECIAL, guindando-o ao Eg. Superior Tribunal de Justiça, para o reexame dos julgados em destaque, intimando a recorrida para, querendo, respondê-lo, nos moldes legais.

III.2 - PROVIMENTO DO RECURSO ESPECIAL

57. Outrossim, a recorrente requer seja CONHECIDO E DADO PROVIMENTO AO PRESENTE RECURSO ESPECIAL para, restabelecido o império da Lei Federal, que seja reformado o v. Acórdão do Eg. Tribunal de ..., para o fim de:

- anular a decisão em face da ofensa ao art. 1.022 do CPC, empreendida pela omissão e contradição do julgado quanto às questões enfrentadas, com a determinação do retorno dos autos ao TJ... para que sejam sanadas as omissões e contradições apontadas nos embargos de declaração, ou;

- seja reformada a decisão combatida, para julgar IMPROCEDENTE a ação de cobrança de triplicata não aceite, e sem comprovante de entrega de mercadoria à recorrente e, consequentemente, PROCEDENTE A RECONVENÇÃO, porquanto alicerçada na melhor interpretação dos artigos 8º e 15 da Lei n. 5.474/68 e dos arts. 370 e 373 do novo Código de Processo Civil.

Em anexo, a guia do preparo recursal nos moldes legais.

P. Deferimento.

(Local e data)

(Assinatura e OAB do Advogado)