

IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS

FORNECIMENTO MÚSICA EM RESTAURANTE

Tribunal

STJ

DAÇÃO EM PAGAMENTO — PROMESSA DE FAZÊ-LA NO ATO EM QUE CONTRATADO O MÚTUO - NULIDADE - SE ABRANGE A HIPOTECA

RESUMO

- ... afirma o recorrente que, na norma do artigo 765, não se encontra vedação à venda extrajudicial dos bens ou, como no caso, à promessa de dação em pagamento. Invoca, a seu prol, a opinião de CARVALHO SANTOS. Transcreve trecho daquele civilista em que se contém assertiva, fundada em AFONSO FRAGA e TITO FULGÊNCIO, no sentido de que, malgrado semelhante ao pacto comissório admite-se a convenção pela qual o devedor consente em ceder ao credor o objeto da garantia, pela datio in solutum. - Não se percebeu, entretanto, o ilustre firmatário do recurso, de que aquele autor acrescentara observação, pertinente à citada avença, em que explicitava a necessidade de não ser ela contemporânea ao contrato a que se liga: "O que é essencial a nosso ver, é que na penúltima hipótese, a convenção seja feita posteriormente ao contrato, quando este já estiver definitivamente ultimado, livre o devedor de toda coação moral, oriunda de qualquer temor ou receio de ameaças do credor." - "Código Civil Brasileiro Interpretado" - vol. X - 8ª ed. - Freitas Bastos - págs. 92/3. - No caso, o contrato de mútuo, hipoteca e promessa de dação em pagamento fizeram-se, todos, em um mesmo instrumento. Não se devesse reputar tal pacto como abrangido pela disposição do art. 765, melhor seria riscá-la de logo da lei, tão fácil seria contorná-la. -

..... - Em continuação, sustenta que o artigo 765 do Código Civil estabelece a nulidade apenas de cláusula que permite fique o devedor com o bem. E o art. 153 do mesmo Código prevê que "à nulidade parcial de um ato não o prejudicará na parte válida, se est a for separável". Assim, não havia razão para estender a declaração de nulidade à própria constituição da garantia hipotecária. - Nesse ponto, considero que tem razão o recorrente. Efetivamente o acórdão que julgou o pedido de declaração, embora afirmando que o rejeitava, teve como nula também a hipoteca, nos seguintes termos: "Entretanto, como a dação em pagamento se encontra incrustada, hibridamente, na escritura de hipoteca, compondo vedado pacto comissório, o ato se tornou incidível, sem possibilidade de ser válido em parte e inválido em parte, de permeio com o ato de alienação. "São partes incongruentes, de tríplice aspecto, que não podem juridicamente conviver." - Ora o art. 765 declara nulo o pacto comissório não abrangendo, nem haveria para isso qualquer razão, o ônus legitimamente estabelecido. O acórdão contrariou, nessa parte, o citado art. 765, assim como o art. 153 invocado. Isso, além de poder-se vislumbrar reformatio in pejus, já que a sentença não tinha tal amplitude. Merece o especial ser conhecido e provido quanto a esse tema. - Conheceram parcialmente do recurso e lhe deram provimento para excluir do julgado a parte em que estende a declaração de nulidade também à constituição da garantia hipotecária. Ac. de 29-10-1991 Arquivo do EMFOR - STJ/652 N. da R.: V. também o t. CONTRATO, st. PACTO COMISSÁRIO EMFOR 524

EMENTA

Admissível a dação em pagamento, não o é, entretanto, a promessa de fazê-la, mediante avença no mesmo ato em que contratando o mútuo e constituída a garantia hipotecária. A nulidade do pacto não envolve a parte do contrato em que criado aqueles ônus real.