



Quarta Turma

**AGRAVO INTERNO NO AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM
RECURSO ESPECIAL N. 775.401-DF (2015/0222121-3)**

Relator: Ministro Raul Araújo

Agravante: Distrito Federal

Advogados: Ludmila Lavocat Galvão Vieira de Carvalho e outro(s) -
DF011497

Lucas Terto Ferreira Vieira - DF034215

Agravado: Cláudio Alves Pereira

Advogado: Erik Franklin Bezerra e outro(s) - DF015978

Agravado: SA Correio Braziliense

Advogados: Ademir Coelho Araújo - DF018463

Júlia Khodr Bundchen e outro(s) - DF044615

EMENTA

Agravo interno no agravo interno no agravo em recurso especial. Direito Autoral e Processual Civil. Admissibilidade do recurso especial. Inexistência de óbices. Fotografia. Obra intelectual protegida. Art. 7º, VII, da Lei 9.610/98. Agravo não provido.

1. Não existem óbices processuais ao conhecimento do recurso especial. Os fundamentos do acórdão recorrido foram suficientemente impugnados e, ademais, a questão relativa aos direitos autorais da obra fotográfica foi debatida pelas instâncias ordinárias, sendo expresso o prequestionamento da Lei 9.610/98, em particular no que se refere ao seu art. 7º, VII. Por outro lado, a questão controvertida nem de longe se insere no campo do reexame de matéria fática, restringindo-se à interpretação da norma jurídica aplicável.

2. Nos termos do art. 7º, VII, da Lei 9.610/98, são consideradas obras intelectuais protegidas “as obras fotográficas e as produzidas por qualquer processo análogo ao da fotografia”. Dispõe também a lei que “cabe ao autor o direito exclusivo de utilizar, fruir e dispor da obra literária, artística ou científica”, dependendo “de autorização prévia e expressa do autor a utilização da obra, por quaisquer modalidades” (arts. 28 e 29).

3. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é firme no sentido que a fotografia, por si só, constitui obra intelectual protegida pela Lei Autoral e que, ainda que produzida no âmbito de uma relação contratual, mesmo nas relações de trabalho, torna-se propriedade exclusiva do autor, impedindo a cessão não expressa dos respectivos direitos.

4. O Tribunal de origem, examinando as circunstâncias da causa, concluiu que a fotografia em questão não teria a proteção da Lei de Direitos Autorais, porque produzida a pedido do contratante, consignando que o fotógrafo “foi convidado pela direção do Centro de Convenções para prestar serviço de *freelancer*, com o fim de fotografar o referido Centro de Convenções, por meio de tomada aérea, o que gera a presunção de que foi devidamente pago por esse serviço” e que “a própria direção do Centro de Convenções disponibilizou todos os meios e contraprestações para a execução do trabalho, tendo inclusive requisitado um helicóptero, o que sugere que a fotografia seja de domínio público, sobretudo porque, além de ter sido contratada pelo Ente Público, retrata imagem antiga de Brasília”.

5. A interpretação dada aos fatos descritos no acórdão recorrido, no entanto, não se mostra em consonância com a Lei 9.610/98. A mera circunstância de que a fotografia tenha sido executada a pedido do contratante para determinada finalidade - no caso, a confecção de uma maquete -, e que o contratado tenha, por isso, recebido a remuneração correspondente, não representa, *ipso facto*, a transferência dos respectivos direitos autorais, permitindo a utilização da obra fotográfica para fins diversos do contratado. A teor dos arts. 28 e 29, I, da Lei 9.610/98, a cessão dos respectivos direitos depende de autorização expressa do titular da obra, não podendo, portanto, ser presumida.

6. A inexistência de previsão do alcance da cessão objeto da contratação entre as partes, se total ou parcial, faz incidir, na espécie, a regra do art. 49, VI, da Lei 9.610/98, no sentido de que, “não havendo especificações quanto à modalidade de utilização, o contrato será interpretado restritivamente, entendendo-se como limitada apenas a uma que seja aquela indispensável ao cumprimento da finalidade do contrato”. Precedentes.

7. Agravo interno improvido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas, decide a Quarta Turma, por unanimidade, negar provimento ao agravo interno, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Maria Isabel Gallotti, Antonio Carlos Ferreira (Presidente), Marco Buzzi e Luis Felipe Salomão votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 28 de março de 2019 (data do julgamento).

Ministro Raul Araújo, Relator

DJe 11.4.2019

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Raul Araújo: Trata-se de agravo interno, interposto pelo *Distrito Federal*, contra a decisão de fls. 641/643, da relatoria do em. Ministro *Lázaro Guimarães*, que, reconsiderando decisão anterior (fls. 609/611), conheceu de agravo e deu provimento ao recurso especial de *Cláudio Alves Pereira*, para, reconhecendo a proteção do direito autoral de obra fotográfica, determinar a remessa dos autos ao Tribunal de origem “a fim de que se verifique a responsabilidade efetiva de cada uma das rés, assim como a extensão do evento danoso”.

Nas razões recursais, o agravante sustenta, preliminarmente, a existência de óbices processuais ao conhecimento do recurso especial, em razão da ausência de prequestionamento dos dispositivos legais invocados e da incidência das Súmulas 7/STJ e 283/STF.

No mérito, alega que a fotografia realizada pelo agravado não conta com a proteção da Lei Autoral, uma vez que representa mera reprodução da realidade, sem nenhuma inovação ou conteúdo criativo que a qualifique como obra de arte. Outrossim, afirma que a questão já teria sido decidida em ação anteriormente proposta pelo mesmo agravado contra o Distrito Federal, relativa à mesma fotografia em diferente contexto.

Não foi apresentada impugnação (fl. 682).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Raul Araújo (Relator): Em que pesem as razões articuladas pelo agravante, a insurgência não tem como prosperar.

Preliminarmente, observa-se que, diversamente do alegado, não existem óbices processuais ao conhecimento do recurso especial.

A incidência da Súmula 283/STF foi expressamente impugnada no agravo interno interposto pelo ora agravado, o qual cuidou de demonstrar que o recurso especial impugnou suficientemente os fundamentos do acórdão recorrido, buscando demonstrar que, ao contrário do afirmado pelo Tribunal de origem, a fotografia por ele realizada goza da proteção de direito autoral, não se justificando a aplicação do referido óbice, conforme já reconhecido na decisão de fls. 641/643.

Também não cabe falar em ausência de prequestionamento, uma vez que a questão referente aos direitos autorais relativos à obra fotográfica foi expressamente debatida pelas instâncias ordinárias, sendo expresso o prequestionamento da Lei 9.610/98, em particular no que se refere ao seu art. 7º, VI.

Nesse contexto, ademais, observa-se que a questão controvertida nem de longe se insere no campo do reexame de matéria fática, restringindo-se à interpretação do alcance da referida norma.

Superadas as preliminares, passa-se ao exame da questão controvertida.

O recurso especial foi interposto contra o acórdão assim ementado:

Apelação cível. Direito Autoral e Processual Civil. Preliminar de não conhecimento do recurso. Violação ao princípio da dialeticidade. Não ocorrência. Mérito. Fotografia. Trabalho técnico. Divulgação em jornal. Direito Autoral. Inexistência. Dano moral e material. Não configuração.

1. Não fere o princípio da dialeticidade o recurso de apelação interposto de forma clara e coesa e que combate os fundamentos de fato e de direito da sentença impugnada, visando pronunciamento judicial mais vantajoso que aquele que foi estabelecido na sentença.

2. A fotografia consistente em simples captação de imagem por meio mecânico, tirada com a finalidade de servir de parâmetro para confecção de uma maquete, caracteriza-se como mero trabalho técnico, desprovido de conteúdo artístico e, portanto, fora do âmbito de proteção da Lei n. 9.610/1998, que dispõe sobre os direitos autorais.

3. Em se tratando, portanto, de fotografia de conteúdo técnico e tendo esta sido contratada e adquirida por terceiro, a sua publicação em veículo de comunicação - jornal - por aquele que a adquiriu não requer autorização de quem a produziu, de modo que tal situação não gera dano moral e material indenizável.

4. Apelação Cível conhecida e não provida. (e-STJ, fl. 454)

As razões recursais apontaram violação dos arts. 7º, 11, 22, 27, 28, 30, § 1º, 31 e 79, § 2º, da Lei 9.610/98, 186 e 927 do CC/2002 e divergência jurisprudencial, alegando a parte recorrente, em síntese, que o uso não autorizado de obra fotográfica enseja indenização por violação de direitos autorais.

O Tribunal de origem, examinando as circunstâncias da causa, concluiu que, no caso, a fotografia produzida pelo agravado não teria proteção autoral, porque teria sido adquirida pelo GDF e porque, ademais, seria mera reprodução técnica de um objeto real, sem nenhum conteúdo artístico, tendo decidido à base da seguinte fundamentação:

Consoante observou com propriedade o sentenciante, o próprio autor informa na petição inicial que foi convidado pela direção do Centro de Convenções para prestar serviço de freelancer, com o fim de fotografar o referido Centro de Convenções, por meio de tomada aérea, o que gera a presunção de que foi devidamente pago por esse serviço. Reconhece ainda que a própria direção do Centro de Convenções disponibilizou todos os meios e contraprestações para a execução do trabalho, tendo inclusive requisitado um helicóptero, o que sugere que a fotografia seja de domínio público, sobretudo porque, além de ter sido contratada pelo Ente Público, retrata imagem antiga de Brasília.

Nesse contexto, a despeito da fotografia ter sido tirada pelo autor, a sua publicação no jornal da primeira ré, a pedido do Ente Público, Distrito Federal, com a qual pretendia divulgar a reforma e o novo desenho do Centro de Convenções, não causou qualquer prejuízo aos direitos autorais do autor, pois a foto foi adquirida pelo GDF, pertencendo, pois, à coletividade, que tem interesse pelas imagens históricas da sociedade.

Sem prejuízo dessa constatação, importante registrar, ademais, que, em consulta à jurisprudência desta Corte acerca do tema em debate, constatou-se que o autor, ora apelante, pleiteou indenização por danos morais e materiais contra o Distrito Federal, no processo n. 2005.01.1.11473658, já transitado em julgado, o qual tramitou perante a 4ª Vara de Fazenda Pública e foi objeto de apelação cível.

No referido processo, o pleito indenizatório referia-se à mesma fotografia objeto da presente demanda, mas divulgada pelo Distrito Federal em um "folder" na inauguração do novo Centro de Convenções, e não no jornal Correio Braziliense.

A diferença entre as duas demandas apontadas consiste apenas no veículo em que ocorreu a publicação da fotografia: no presente caso, no jornal Correio Braziliense; naquele, em um “folder”. Importante ressaltar que na ocasião do julgamento daquele processo, foi acertadamente destacado que a fotografia era mera reprodução técnica de um objeto da realidade, sem nenhum conteúdo artístico e, portanto, fora do âmbito de proteção da Lei de Direitos Autorais. Igual situação ocorre no presente caso.

A propósito, confira-se, porque esclarecedora, a fundamentação do julgamento da apelação cível interposta contra a sentença proferida nos autos do aludido processo n. 2005.01.1.11473658, cuja relatoria foi do Desembargador Hector Valverde Santana e de cujo entendimento compartilho:

(...)

O apelante, conforme se infere da petição inicial, prestou serviços fotográficos em 12/07/1990 ao Centro de Convenções de Brasília, consistente na produção de fotos aéreas do referido Centro, com o objetivo de auxiliar na construção de uma maquete, visando sua reforma e redesenho.

Afirma que tais fotografias foram utilizadas pela apelada para outros fins, e que foram modificadas em determinadas ocasiões, sem a devida autorização ou qualquer contrato visando sua utilização.

O art. 5º, XXVII, da Constituição Federal, dispõe que: “aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar.”

A Constituição Federal assegura, portanto, um tipo especial de propriedade, qual seja o direito do autor de obra intelectual e cultural, ou seja, o direito de propriedade intelectual compreendendo os direitos morais, analisado em função da criação, e patrimoniais, oriundos da introdução em circulação.

A Lei 9.610/1998 que protege os direitos autorais prevê no art. 7º, VI, que: “a proteção as obras fotográficas e as produzidas por qualquer processo análogo ao da fotografia.”

Carlos Eduardo Bittar⁷ leciona que “o objetivo do Direito do autor é a disciplinação das relações jurídicas entre o criador e sua obra, desde que de caráter estético, ou seja, são as emanações do gênio humano das artes, da literatura, da ciência que recebem a proteção no âmbito do Direito do autor.” Com efeito, deve-se distinguir se a fotografia tirada pelo apelante destaca-se como obra de arte ou trabalho técnico, a fim de estar protegida pelo direito autoral.

Ainda, segundo Carlos Alberto Bittar, “a obra protegida em seu contexto é aquela que constitui exteriorização de uma determinada expressão intelectual, inserida no mundo fático em forma ideada e materializada pelo

autor. A criatividade é, portanto, elemento ínsito nessa qualificação: a obra deve resultar de esforço intelectual, ou seja, de atividade criadora do autor, com o qual introduz na realidade fática manifestação intelectual estética não-existente (o plus que acresce ao acervo comum)."

A fotografia do Centro de Convenções foi tirada com a finalidade de servir de parâmetro para confecção de uma maquete, e para tanto, deveria ser efetuada tal qual era a edificação, ou seja, o apelante realizou um trabalho técnico, pois não houve nenhuma criação do apelante, que simplesmente captou a imagem por meio mecânico e a repassou ao apelado.

Ademais, o apelante foi contratado no ano de 1990 para efetuar o trabalho fotográfico sob encomenda do Centro de Convenções, cuja foto foi tirada em 12/07/2007, e sua utilização foi devidamente autorizada.

Como bem salientado na r. sentença, "o que diferencia o trabalho artístico de um trabalho técnico é a interferência do artista na realidade por ele captada. O trabalho técnico se limita a reproduzir a realidade. Já no artístico, há uma interferência do artista nessa realidade, de modo que de sua obra destaque-se uma expressão criadora, propiciando a contemplação da beleza aos olhos dos apreciadores, tenha ou não alguma funcionalidade. O trabalho técnico é funcional e não há qualquer interesse que dele se extraia a beleza contemplativa, ainda que esta possa se fazer presente. A fotografia de autoria do requerente não se confunde com uma obra de arte. Não houve qualquer interferência sua na realidade, limitando-se apenas a captá-la como esta se lhe apresentava para que fosse utilizada por especialistas nos estudos para a reforma do prédio. O autor utilizou-se da técnica de que dispunha à época para melhor captar o objeto que visava fotografar."

Nesse contexto, em relação à obra fotográfica, ensina Carlos Alberto Bittar que "a protegibilidade em concreto está relacionada ao caráter artístico da forma (art. 7º, inc. VII). Daí, nem toda fotografia (como comercial ou documental) merece acolhida no regime legal [...]".

Ademais, o apelado ao reutilizar a fotografia em um "folder" na inauguração do novo Centro de Convenções não violou nenhum direito autoral do apelante, pois como frisou o apelante na petição inicial: "a sua fotografia de anos atrás foi utilizada, sendo, inclusive, mencionada em sua lateral a autoria do autor, como fotógrafo da mesma."

As alegações do apelante de que houve alteração não se perfazem, pois se tratou de fotografia efetuada sob encomenda e nitidamente técnica, sem nenhuma originalidade, porquanto se buscava a fotografia do Centro de Convenções a fim de se confeccionar uma maquete, e não da paisagem ao seu redor.

Ante o exposto, *nego provimento* ao recurso e mantenho na íntegra a r. sentença recorrida.

Nessas condições, constatado que a fotografia discutida nos autos consubstancia simples captação de imagem por meio mecânico, pois, consoante destacado no julgado transcrito, foi tirada com a finalidade de servir de parâmetro para confecção de uma maquete, tal situação a torna um mero trabalho técnico, desprovido de emanção do gênio humano das artes, não se mostrando, assim, compatível com a proteção oriunda da Lei 9.610/98.

Por essa razão, inexistente dano moral e material a ser indenizado pela divulgação da fotografia pelo Distrito Federal no Correio Braziliense. (fls. 459/463)

Ao assim decidir, no entanto, o v. acórdão recorrido deixa de observar o regramento legal sobre o tema e, nesse passo, diverge do entendimento do Superior Tribunal Justiça.

Com efeito, nos termos do art. 7º, VII, da Lei 9.610/98, são consideradas obras intelectuais protegidas pela lei “as obras fotográficas e as produzidas por qualquer processo análogo ao da fotografia”, dispondo o art. 28 dessa mesma norma que “cabe ao autor o direito exclusivo de utilizar, fruir e dispor da obra literária, artística ou científica”.

O art. 29 da Lei Autoral, por sua vez, determina:

Art. 29. *Depende de autorização prévia e expressa do autor a utilização da obra, por quaisquer modalidades, tais como:*

I - a reprodução parcial ou integral;

II - a edição;

III - a adaptação, o arranjo musical e quaisquer outras transformações;

IV - a tradução para qualquer idioma;

V - a inclusão em fonograma ou produção audiovisual;

VI - a distribuição, quando não intrínseca ao contrato firmado pelo autor com terceiros para uso ou exploração da obra;

VII - a distribuição para oferta de obras ou produções mediante cabo, fibra ótica, satélite, ondas ou qualquer outro sistema que permita ao usuário realizar a seleção da obra ou produção para percebê-la em um tempo e lugar previamente determinados por quem formula a demanda, e nos casos em que o acesso às obras ou produções se faça por qualquer sistema que importe em pagamento pelo usuário;

VIII - a utilização, direta ou indireta, da obra literária, artística ou científica, mediante:

a) representação, recitação ou declamação;

b) execução musical;

- c) emprego de alto-falante ou de sistemas análogos;
 - d) radiodifusão sonora ou televisiva;
 - e) captação de transmissão de radiodifusão em locais de frequência coletiva;
 - f) sonorização ambiental;
 - g) a exibição audiovisual, cinematográfica ou por processo assemelhado;
 - h) emprego de satélites artificiais;
 - i) emprego de sistemas óticos, fios telefônicos ou não, cabos de qualquer tipo e meios de comunicação similares que venham a ser adotados;
 - j) exposição de obras de artes plásticas e figurativas;
- IX - a inclusão em base de dados, o armazenamento em computador, a microfilmagem e as demais formas de arquivamento do gênero;
- X - quaisquer outras modalidades de utilização existentes ou que venham a ser inventadas.

Nesse contexto, verifica-se que a interpretação dada pelo Tribunal de origem aos fatos descritos no próprio acórdão recorrido não se mostra em consonância com as regras citadas.

Efetivamente, a mera circunstância de que a fotografia tenha sido executada a pedido do Governo do Distrito Federal para determinada finalidade - no caso, a confecção de uma maquete -, e que o contratado tenha, por isso, recebido a remuneração correspondente, não representa, *ipso facto*, a transferência dos respectivos direitos autorais para o contratante, permitindo-lhe a utilização da obra fotográfica para fins diversos do contratado.

De fato, a teor dos arts. 28 e 29, I, da Lei 9.610/98, a cessão dos respectivos direitos depende de autorização expressa do titular da obra, não podendo, portanto, ser presumida.

Nesse sentido é a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, que firmou a orientação de que a fotografia, por si só, constitui obra intelectual protegida pela Lei Autoral e que, ainda que produzida no âmbito de uma contratação, mesmo nas relações de trabalho, torna-se propriedade exclusiva do autor, impedindo a cessão não expressa dos respectivos direitos. A propósito:

Direito Civil. Direito Autoral. Fotografia. Publicação sem autorização. Impossibilidade. Obra criada na constância do contrato de trabalho. Direito de cessão exclusivo do autor. Inteligência dos arts. 30, da Lei 5.988/73 e 28, da Lei 9.610/98. Dano moral. Violação do direito. Parcela devida. Direitos Autorais. Indenização.

I - A fotografia, na qual presente técnica e inspiração, e por vezes oportunidade, tem natureza jurídica de obra intelectual, por demandar atividade típica de criação, uma vez que ao autor cumpre escolher o ângulo correto, o melhor filme, a lente apropriada, a posição da luz, a melhor localização, a composição da imagem, etc.

II - *A propriedade exclusiva da obra artística a que se refere o art. 30, da Lei 5.988/73, com a redação dada ao art. 28 da 9.610/98, impede a cessão não-expressa dos direitos do autor advinda pela simples existência do contrato de trabalho, havendo necessidade, assim, de autorização explícita por parte do criador da obra.*

III - O dano moral, tido como lesão à personalidade, à honra da pessoa, mostra-se às vezes de difícil constatação, por atingir os seus reflexos parte muito íntima do indivíduo - o seu interior. Foi visando, então, a uma ampla reparação que o sistema jurídico chegou à conclusão de não se cogitar da prova do prejuízo para demonstrar a violação do moral humano.

IV - Evidenciada a violação aos direitos autorais, devida é a indenização, que, no caso, é majorada.

V - Recurso especial conhecido e parcialmente provido.

(REsp 617.130, Rel. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, Terceira Turma, DJe de 2/5/2005)

Direito Autoral. Fotógrafo contratado. Relação de trabalho. Propriedade imaterial inalienável das fotografias. Necessidade de autorização do autor da obra para a publicação por terceiros. Desnecessária a cessão, contudo, para a publicação pelo próprio empregador.

I - *A fotografia é obra protegida por direito do autor, e, ainda que produzida na constância de relação de trabalho, integra a propriedade imaterial do fotógrafo, não importando se valorada como obra de especial caráter artístico ou não.*

II - O empregador cessionário do direito patrimonial sobre a obra não pode transferi-lo a terceiro, mormente se o faz onerosamente, sem anuência do autor.

III - Pode, no entanto, utilizar a obra que integrou determinada matéria jornalística, para cuja ilustração incumbido o profissional fotógrafo, em outros produtos congêneres da mesma empresa.

IV - Recurso Especial provido.

(REsp 1.034.103/RJ, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Rel. p/ Acórdão Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, DJe de 21/09/2010)

Direito Civil. Direito Autoral. Fotografia. Publicação sem autorização. Impossibilidade. Obra criada na constância do contrato de trabalho. Direito de cessão exclusivo do autor. Aplicação do hoje revogado art. 649, CC. Dano

moral. Violação do direito. Parcela devida. Dano material. Prejuízo caracterizado. Apuração. Liquidação por arbitramento. Recurso acolhido.

I - A fotografia, na qual presentes técnica e inspiração, e por vezes oportunidade, tem natureza jurídica de obra intelectual, por demandar atividade típica de criação, uma vez que ao autor cumpre escolher o ângulo correto, o melhor filme, a lente apropriada, a posição da luz, a melhor localização, a composição da imagem, etc.

II - *Em se tratando de discussão que envolve contrato de trabalho entre as partes - verificação se a obra foi cedida ao empregador somente pela existência do emprego -, não há como deixar de aplicar a norma vigente ao tempo da celebração desse ajuste, sob pena de violação do ato jurídico perfeito. As partes, ao tratar da negociação do vínculo empregatício, tinham ciência das regras que regulavam a matéria à época, pelo que seria defeso alterar-se a situação atinente aos direitos e deveres de cada uma.*

III - *A propriedade exclusiva da obra artística a que se refere o revogado art. 649 do Código Civil impede a cessão não-expressa dos direitos do autor advinda pela simples existência do contrato de trabalho, havendo necessidade, assim, de autorização explícita por parte do criador da obra.*

IV - O dano moral, tido como lesão à personalidade, à honra da pessoa, mostra-se às vezes de difícil constatação, por atingir os seus reflexos parte muito íntima do indivíduo - o seu interior. Foi visando, então, a uma ampla reparação que o sistema jurídico chegou à conclusão de não se cogitar da prova do prejuízo para demonstrar a violação do moral humano.

V - Evidenciado, outrossim, o dano material, representado pela remuneração não percebida pelo artista que teve sua obra veiculada, sem autorização, em periódico comercializado.

VI - Ausentes elementos concretos que permitam, desde logo, a definição do montante dos danos patrimoniais, fica relegada sua apuração para a liquidação de sentença por arbitramento, nos termos do art. 1.553 do Código Civil.

(REsp 121.757/RJ, Rel. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, Quarta Turma, DJe de 8/3/2000)

Ademais, considerando que a cessão dos direitos de autor depende de autorização expressa do titular da obra, a inexistência de previsão do alcance da cessão objeto da contratação entre as partes, se total ou parcial, faz incidir, na espécie, a regra do art. 49, VI, da Lei 9.610/98, no sentido de que, “não havendo especificações quanto à modalidade de utilização, o contrato será interpretado restritivamente, entendendo-se como limitada apenas a uma que seja aquela indispensável ao cumprimento da finalidade do contrato”.

A propósito:

Direito Autoral. Obras fotográficas publicadas sem indicação de autoria. Dano moral. Extensão do consentimento do autor da obra. Reexame de provas. Incidência da Súmula 07.

1. Afigura-se despiciendo o rechaço, uma a uma, de todas as alegações deduzidas pelas partes, bastando ao órgão julgador que decline as razões jurídicas que embasaram a decisão, não sendo exigível que se reporte de modo específico a determinados preceitos legais.

2. O acórdão recorrido chegou à conclusão de não haver provas suficientes que indicassem a existência de acordo verbal. Com efeito, inviável a averiguação da existência de acordo verbal entre as partes, porquanto tal providência encontra óbice na Súmula 07 do STJ.

3. *A dúvida quanto aos limites da cessão de direitos autorais milita sempre em favor do autor, cedente, e não em favor do cessionário, por força do art. 49, inciso VI, da Lei n. 9.610 de 1998.*

4. A simples circunstância de as fotografias terem sido publicadas sem a indicação de autoria - como restou incontroverso nos autos - é o bastante para render ensejo à reprimenda indenizatória por danos morais.

5. O valor da condenação por danos morais (R\$ 15.000,00) deve ser mantido, uma vez não se distanciar dos parâmetros praticados por esta Corte.

6. Recurso especial não conhecido. (REsp 750.822/RS, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, DJe de 1º/3/2010)

Portanto, absolutamente equivocada a conclusão do Tribunal *a quo*, uma vez que, conforme dito, o simples fato de que a fotografia tenha sido executada a pedido do Governo do Distrito Federal para determinada finalidade, qual seja a confecção de uma maquete, e que o contratado tenha, por isso, recebido a remuneração correspondente, não representa a automática transferência dos respectivos direitos autorais para o contratante, permitindo-lhe a utilização da obra fotográfica para fins diversos do contratado.

Nesse contexto, deve ser mantida a decisão agravada, no sentido de reconhecer o direito à proteção da obra fotográfica e determinar o retorno dos autos ao Tribunal de origem, a fim de que se verifiquem as responsabilidades de cada um dos réus, assim como a extensão do dano.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo interno.

É como voto.

**AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL N.
1.336.881-DF (2018/0190204-0)**

Relator: Ministro Raul Araújo
Agravante: Alessandra Correia Marreta
Advogada: Ana Paula Almeida Naya de Paula e outro(s) - DF022915
Agravado: Taciano Vogado Rodrigues Junior
Agravado: Sarah Vogado de Souza
Advogados: Carlos Antônio Reis e outro(s) - DF007650
Gildásio Figueiredo Holanda - DF011775
Advogados: Kelly Karynne Costa Amorim - DF026524
Fabricio Reis Fonseca - DF036916
Evellyn Thaiga Reis Peixoto - DF041680

EMENTA

Agravo interno no agravo em recurso especial. Processual Civil e Civil. Cumprimento de sentença. Ação de despejo com cobrança de aluguéis residenciais. Penhora sobre percentual da remuneração do devedor. Possibilidade (CPC, art. 833, § 2º). Agravo interno parcialmente provido com parcial provimento do recurso especial.

1. O Novo Código de Processo Civil, em seu art. 833, deu à matéria da impenhorabilidade tratamento um tanto diferente em relação ao Código anterior, no art. 649. O que antes era tido como “*absolutamente impenhorável*”, no novo regramento passa a ser “*impenhorável*”, permitindo, assim, essa nova disciplina, maior espaço para o aplicador da norma promover mitigações em relação aos casos que examina, respeitada sempre a essência da norma protetiva. Precedente: EREsp 1.582.475/MG, Rel. *Ministro Benedito Gonçalves, Corte Especial*, julgado em 03/10/2018, REPDJe 19/03/2019, DJe de 16/10/2018.

2. Descabe manter imune à penhora para satisfação de créditos provenientes de despesa de aluguel com moradia, sob o pálio da regra da impenhorabilidade da remuneração (CPC, art. 833, IV, e § 2º), a pessoa física devedora que reside ou residiu em imóvel locado, pois a

satisfação de créditos de tal natureza compõe o orçamento familiar normal de qualquer cidadão e não é justo sejam suportadas tais despesas pelo credor dos aluguéis.

3. Note-se que a preservação da impenhorabilidade na situação acima traria grave abalo para as relações sociais, quanto às locações residenciais, pois os locadores não mais dariam crédito aos comuns locatários, pessoas que vivem de seus sempre limitados salários.

4. Agravo interno parcialmente provido para modificar a decisão agravada e, em novo exame do recurso, conhecer do agravo e dar parcial provimento ao recurso especial.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas, decide a Quarta Turma, por unanimidade, dar parcial provimento ao agravo interno para conhecer do agravo e dar parcial provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Maria Isabel Gallotti, Antonio Carlos Ferreira (Presidente) e Marco Buzzi votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Luis Felipe Salomão.

Brasília (DF), 23 de abril de 2019 (data do julgamento).

Ministro Raul Araújo, Relator

DJe 27.5.2019

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Raul Araújo: Trata-se de *agravo interno no agravo em recurso especial* interposto por *Alessandra Correia Marreta* contra decisão (fls. 561-565) que conheceu do agravo para não conhecer do recurso especial, sob os seguintes fundamentos: a) ausência de violação ao art. 1.022, II, do CPC/73; b) incidência da Súmula 83/STJ, quanto à alegada ofensa ao art. 833, § 2º, do CPC/2015.

Nas razões do presente agravo interno, *Alessandra Correia Marreta* afirma, em síntese, que, no caso, não incide a referida Súmula 83/STJ, pois “(...) o Superior Tribunal de Justiça, por inúmeras vezes, já decidiu pela possibilidade

de relativização da regra da impenhorabilidade, inclusive quando não se tratar de prestação de caráter alimentício, se a hipótese dos autos permitir que se bloqueie parte da verba remuneratória do devedor, preservando-se o suficiente para garantir a sua subsistência digna” (fl. 574).

Acrescenta que houve violação ao art. 1.022, II, do CPC/2015, sob o argumento de que “(...) o Tribunal *a quo* não enfrentou as circunstâncias de que i) a agravante vem tentando, há quase três anos, por diversas formas, satisfazer o seu crédito, sendo que todas as diligências, até o momento, foram infrutíferas; ii) a penhora mensal do subsídio recebido pelo primeiro agravado, magistrado do egrégio TJDFT, é o último recurso restante para a satisfação do seu crédito; e iii) o primeiro agravado é magistrado do TJDFT, cargo pelo qual obtém rendimento líquido mensal elevado, de mais R\$ 29 mil, conforme ficha de pagamento juntada à fl. 123 ID 2198994. Assim, a constrição de percentual módico dos rendimentos líquidos não comprometeria, de forma alguma, a sua subsistência digna” (fls. 579-580).

Ao final, requer a reconsideração da decisão agravada ou, se mantida, seja o presente recurso levado a julgamento perante a eg. Quarta Turma.

Sem impugnação (*vide* certidão de fl. 584).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Raul Araújo (Relator): A decisão agravada deve ser confirmada quanto ao fundamento de que não houve violação ao art. 1.022, II, do CPC/2015, na medida em que a eg. Corte de origem dirimiu, fundamentadamente, as questões que lhe foram submetidas. De fato, inexistem vícios no aresto recorrido, porquanto o Tribunal local, apesar de não ter acolhido os argumentos suscitados pela recorrente, manifestou-se expressamente acerca dos temas necessários à integral solução da lide.

Por outro lado, melhor examinando as razões da agravante, conclui-se que a decisão agravada deve ser reconsiderada no tocante à aplicação da Súmula 83/STJ, quanto à alegada ofensa ao art. 833, § 2º, do CPC/2015, uma vez que, de fato, o v. acórdão recorrido não se encontra em harmonia com a atual jurisprudência desta Corte sobre a exegese da referida norma.

No apelo nobre, apontando violação ao art. 833, § 2º, do CPC/2015, defende a recorrente, ora agravante, que “(...) o primeiro recorrido [ora agravado]

é magistrado do Tribunal de Justiça, cargo pelo qual obtém rendimento líquido mensal de R\$29.060,99. Assim, a constrição de percentual módico dos seus rendimentos líquidos não comprometeria, de forma alguma, a sua subsistência digna” (fls. 500). Pugna, assim, pelo provimento do apelo nobre para “(...) reforma o acórdão recorrido, determinando-se a penhora mensal do subsídio recebido pelo primeiro recorrido, magistrado do TJDFT, no percentual de 30 (trinta por cento) ou outro percentual a ser fixado” (fl. 506).

Neste momento, é valiosa a transcrição do entendimento do eg. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (TJDFT) quanto ao tema em exame (fl. 464):

Consoante art. 832 do CPC, não estão sujeitos à execução os bens que a lei considera impenhoráveis, dentre eles, os vencimentos, subsídios, soldos, salários, remunerações, proventos de aposentadoria, pensões, pecúlios e montepios nos termos descritos no art. 833, IV do Código de Ritos.

Ressalto que, em casos semelhantes, tenho tido o entendimento de que a literalidade da Lei processual deve ser preservada, não cabendo interpretação diversa da explicitada pelo legislador.

Na presente hipótese, observo que o Juiz de piso abalizou sua decisão na referida Lei (id n. 2187994 - fls. 204/205). Ademais, esta clara ao dispor sobre a impossibilidade de penhora se tal verba proveniente de subsídio, tendo, assim, natureza alimentar.

De tal forma, em que pesem as alegações da agravante no sentido de ser cabível um juízo de ponderação entre o mínimo existencial e o direito à satisfação executiva, entendo que o direito amparado pelo novel Código de Processo Civil, que manteve o mesmo sentido do Diploma de Ritos anterior, não pode ser mitigado em face de interpretações diversas pelo Poder Judiciário, razão pela qual é descabida a penhora parcial do subsídio da parte agravada, mesmo que no importe de 30%

Da leitura do excerto transcrito, infere-se que afirma a impenhorabilidade da verba remuneratória do devedor em termos peremptórios.

Ocorre que o novo Código de Processo Civil, em seu art. 833, deu à matéria tratamento um tanto diferente em relação ao Código anterior, no art. 649, substituindo no *caput* a expressão “absolutamente impenhoráveis” pela palavra “impenhoráveis”, dando, assim, margem à mitigação da regra pelo intérprete, ao considerar o caso concreto.

Para facilitar a compreensão, transcrevem-se os dispositivos de cada Código:

- No Código Buzaid:

Art. 649. *São absolutamente impenhoráveis:*

I - os bens inalienáveis e os declarados, por ato voluntário, não sujeitos à execução;

II - os móveis, pertences e utilidades domésticas que guarnecem a residência do executado, salvo os de elevado valor ou que ultrapassem as necessidades comuns correspondentes a um médio padrão de vida;

III - os vestuários, bem como os pertences de uso pessoal do executado, salvo se de elevado valor;

IV - *os vencimentos, subsídios, soldos, salários, remunerações, proventos de aposentadoria, pensões, pecúlios e montepios; as quantias recebidas por liberalidade de terceiro e destinadas ao sustento do devedor e sua família, os ganhos de trabalhador autônomo e os honorários de profissional liberal, observado o disposto no § 3º deste artigo;*

V - os livros, as máquinas, as ferramentas, os utensílios, os instrumentos ou outros bens móveis necessários ou úteis ao exercício de qualquer profissão;

VI - o seguro de vida;

VII - os materiais necessários para obras em andamento, salvo se essas forem penhoradas;

VIII - a pequena propriedade rural, assim definida em lei, desde que trabalhada pela família;

IX - os recursos públicos recebidos por instituições privadas para aplicação compulsória em educação, saúde ou assistência social;

X - até o limite de 40 (quarenta) salários mínimos, a quantia depositada em caderneta de poupança.

XI - os recursos públicos do fundo partidário recebidos, nos termos da lei, por partido político.

§ 1º A impenhorabilidade não é oponível à cobrança do crédito concedido para a aquisição do próprio bem.

§ 2º *O disposto no inciso IV do caput deste artigo não se aplica no caso de penhora para pagamento de prestação alimentícia.*

§ 3º (Vetado).

- No Código Fux:

Art. 833. *São impenhoráveis:*

I - os bens inalienáveis e os declarados, por ato voluntário, não sujeitos à execução;

II - os móveis, os pertences e as utilidades domésticas que guarnecem a residência do executado, salvo os de elevado valor ou os que ultrapassem as necessidades comuns correspondentes a um médio padrão de vida;

III - os vestuários, bem como os pertences de uso pessoal do executado, salvo se de elevado valor;

IV - *os vencimentos, os subsídios, os soldos, os salários, as remunerações, os proventos de aposentadoria, as pensões, os pecúlios e os montepios*, bem como as quantias recebidas por liberalidade de terceiro e destinadas ao sustento do devedor e de sua família, os ganhos de trabalhador autônomo e os honorários de profissional liberal, *ressalvado o § 2º*;

V - os livros, as máquinas, as ferramentas, os utensílios, os instrumentos ou outros bens móveis necessários ou úteis ao exercício da profissão do executado;

VI - o seguro de vida;

VII - os materiais necessários para obras em andamento, salvo se essas forem penhoradas;

VIII - a pequena propriedade rural, assim definida em lei, desde que trabalhada pela família;

IX - os recursos públicos recebidos por instituições privadas para aplicação compulsória em educação, saúde ou assistência social;

X - a quantia depositada em caderneta de poupança, até o limite de 40 (quarenta) salários-mínimos;

XI - os recursos públicos do fundo partidário recebidos por partido político, nos termos da lei;

XII - os créditos oriundos de alienação de unidades imobiliárias, sob regime de incorporação imobiliária, vinculados à execução da obra.

§ 1º A impenhorabilidade não é oponível à execução de dívida relativa ao próprio bem, inclusive àquela contraída para sua aquisição.

§ 2º *O disposto nos incisos IV e X do caput não se aplica à hipótese de penhora para pagamento de prestação alimentícia, independentemente de sua origem*, bem como às importâncias excedentes a 50 (cinquenta) salários-mínimos mensais, devendo a constrição observar o disposto no art. 528, § 8º, e no art. 529, § 3º.

§ 3º Incluem-se na impenhorabilidade prevista no inciso V do caput os equipamentos, os implementos e as máquinas agrícolas pertencentes a pessoa física ou a empresa individual produtora rural, exceto quando tais bens tenham sido objeto de financiamento e estejam vinculados em garantia a negócio jurídico ou quando respondam por dívida de natureza alimentar, trabalhista ou previdenciária.

Portanto, o que antes era tido como “absolutamente impenhorável”, no novo regramento passa a ser “impenhorável”, permitindo, assim, essa nova

disciplina, maior espaço para o aplicador da norma promover mitigações em relação aos casos que examina.

Assim como o Código de 1973, o atual também traz, por si mesmo, expressamente, relativizações à regra da impenhorabilidade, como se vê, por exemplo, nos §§ 2º de cada artigo transcrito. Então, é para além disso, das próprias relativizações que expressamente já contempla, que o novo Código agora permite, sem descaracterização essencial da regra protetiva, mitigações, pois se estivessem estas restritas às próprias previsões já expressas não seria necessária a mudança comentada.

Atenta à novidade, a Corte Especial deste Tribunal, no julgamento dos EREsp 1.582.475/MG, da relatoria do eminente *Ministro Benedito Gonçalves*, firmou o entendimento de que a regra geral de impenhorabilidade de vencimentos pode ser excepcionada a fim de garantir a efetividade da tutela jurisdicional, desde que observado percentual capaz de assegurar a dignidade do devedor e de sua família. Eis a ementa desse v. acórdão:

Processual Civil. Embargos de divergência em recurso especial. *Execução de título extrajudicial. Impenhorabilidade de vencimentos. CPC/73, art. 649, IV. Dívida não alimentar. CPC/73, art. 649, parágrafo 2º. Exceção implícita à regra de impenhorabilidade. Penhorabilidade de percentual dos vencimentos. Boa-fé. Mínimo existencial. Dignidade do devedor e de sua família.*

1. Hipótese em que se questiona se a regra geral de impenhorabilidade dos vencimentos do devedor está sujeita apenas à exceção explícita prevista no parágrafo 2º do art. 649, IV, do CPC/73 ou se, para além desta exceção explícita, é possível a formulação de exceção não prevista expressamente em lei.

2. Caso em que o executado auferir renda mensal no valor de R\$ 33.153,04, havendo sido deferida a penhora de 30% da quantia.

3. A interpretação dos preceitos legais deve ser feita a partir da Constituição da República, que veda a supressão injustificada de qualquer direito fundamental. *A impenhorabilidade de salários, vencimentos, proventos etc. tem por fundamento a proteção à dignidade do devedor, com a manutenção do mínimo existencial e de um padrão de vida digno em favor de si e de seus dependentes. Por outro lado, o credor tem direito ao recebimento de tutela jurisdicional capaz de dar efetividade, na medida do possível e do proporcional, a seus direitos materiais.*

4. O processo civil em geral, nele incluída a execução civil, é orientado pela boa-fé que deve reger o comportamento dos sujeitos processuais. Embora o executado tenha o direito de não sofrer atos executivos que importem violação à sua dignidade e à de sua família, não lhe é dado abusar dessa diretriz com o fim de impedir injustificadamente a efetivação do direito material do exequente.

5. *Só se revela necessária, adequada, proporcional e justificada a impenhorabilidade daquela parte do patrimônio do devedor que seja efetivamente necessária à manutenção de sua dignidade e da de seus dependentes.*

6. *A regra geral da impenhorabilidade de salários, vencimentos, proventos etc. (art. 649, IV, do CPC/73; art. 833, IV, do CPC/2015), pode ser excepcionada quando for preservado percentual de tais verbas capaz de dar guarida à dignidade do devedor e de sua família.*

7. Recurso não provido.

(REsp 1.582.475/MG, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Corte Especial, julgado em 03/10/2018, REPDJe 19/03/2019, DJe de 16/10/2018)

No mesma linha de intelecção, ainda antes do novo Código, destaca-se o seguinte julgado:

Recurso especial. Execução extrajudicial. Penhora de valores em conta salário. Excepcional possibilidade. Questão a ser sopesada com base na teoria do mínimo existencial.

1. Controvérsia em torno da possibilidade de serem penhorados valores depositados na conta salário do executado, que percebe remuneração mensal de elevado montante.

2. *A regra geral da impenhorabilidade dos valores depositados na conta bancária em que o executado recebe a sua remuneração, situação abarcada pelo art. 649, IV, do CPC/73, pode ser excepcionada quando o montante do bloqueio se revele razoável em relação à remuneração por ele percebida, não afrontando a dignidade ou a subsistência do devedor e de sua família.*

3. Caso concreto em que a penhora revelou-se razoável ao ser cotejada com o valor dos vencimentos do executado.

4. Doutrina e jurisprudência acerca da questão.

5. *Recurso especial desprovido.*

(REsp 1.514.931/DF, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, DJe de 6/12/2016)

Na hipótese, alega a parte agravante que, decorridos mais de dois anos do trânsito em julgado da decisão que julgou procedente a ação de despejo cumulada com cobrança de aluguéis proposta contra o recorrido, não obteve meio de receber seus créditos. Daí pediu a penhora de percentual sobre a remuneração do antigo inquilino, magistrado da ativa, dado que não encontrou outros bens.

Mostra-se razoável e merece deferimento a pretensão, diante das dificuldades apontadas pela recorrente.

Como se vê, tem a promovente, pessoa física, créditos a receber do recorrido como locatário de apartamento residencial. Portanto, a dívida é existente entre pessoas naturais e tem como origem aluguéis de natureza residencial, ou seja, compromisso financeiro de caráter essencial para a vida de qualquer pessoa. Com efeito, despesas com moradia compõem necessariamente o orçamento de todas as pessoas arrimas de família e são normalmente quitadas mediante a utilização de parte da receita auferida com a remuneração mensal do obrigado.

Descabe, então, que se mantenha imune à penhora para satisfação de créditos provenientes de despesa de aluguel com moradia, sob o pálio da regra da impenhorabilidade da remuneração, a pessoa física que reside ou residiu em imóvel locado, pois a satisfação de créditos de tal natureza compõe o orçamento familiar normal de qualquer cidadão e não é justo sejam suportados pelo credor dos aluguéis.

Note-se que a preservação da impenhorabilidade na situação acima traria grave abalo para as relações sociais, quanto às locações residenciais, pois os locadores não mais dariam crédito aos comuns locatários, pessoas que vivem de seus sempre limitados salários.

Nesse panorama, tem-se que o v. acórdão distrital deve ser reformado, para alinhá-lo à jurisprudência desta eg. Corte no tocante à interpretação do art. 833, § 2º, do CPC/2015.

No caso, considerando que o ora agravado é magistrado de carreira, tem-se que percebe razoável remuneração mensal e, como tal, pode suportar a penhora sobre, ao menos, 15% (quinze por cento) de seus rendimentos brutos.

Com isso, adota-se medida que garante efetividade ao cumprimento de sentença, sem afrontar a dignidade ou a subsistência do agravado e de sua família.

Ante o exposto, dá-se parcial provimento ao agravo interno para modificar a decisão agravada e, em novo exame do recurso, conhecer do agravo para dar parcial provimento ao recurso especial, possibilitando a penhora do percentual de 15% (quinze por cento) da remuneração bruta mensal do recorrido.

É como voto.

HABEAS CORPUS N. 487.143-SP (2018/0346894-0)

Relator: Ministro Luis Felipe Salomão

Impetrante: D C P G G

Impetrante: J G

Advogados: Renata Nepomuceno e Cysne - DF025925

Maria Berenice Dias - RS074024

Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

Paciente: L G da S P (Menor)

EMENTA

Habeas corpus. Direito Civil. Família. Ação de guarda. Busca e apreensão de menor. Filha de mãe soropositiva. Necessidade de cuidados especiais. Medida protetiva de acolhimento institucional.

1. Sob o enfoque da doutrina da proteção integral e prioritária consolidada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/1990), torna-se imperativa a observância do melhor interesse do menor, de sorte que o cabimento de medidas específicas de proteção, tal como o acolhimento institucional (art. 101, VII, do ECA), apenas terá aptidão e incidência válida quando houver ameaça ou violação dos direitos reconhecidos pelo Estatuto, consoante exegese extraída do art. 98 do mesmo diploma.

2. Esta Corte Superior tem entendimento firmado no sentido de que, salvo evidente risco à integridade física ou psíquica da menor, não é de seu melhor interesse o acolhimento institucional ou o acolhimento familiar temporário (precedentes: HC n. 294.729/SP, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, DJe 29.08.2014; HC 279.059/RS, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, DJe 28.2.2014; REsp n. 1.172.067/MG, Rel. Ministro Massami Uyeda, Terceira Turma, DJe 14.4.2010).

3. Assim, tem-se que a ação do Juiz no sentido de colmatar desvios – tanto no âmbito da ação estatal quanto no âmbito familiar, seja por ato próprio da criança ou do adolescente, como também no domínio da sociedade – deve ser, sempre e sempre, pautada pela

precisa identificação de situação concreta de ameaça ou violação de direitos, notadamente em se tratando da medida de proteção que impõe o acolhimento institucional, por ser esta orientada pelo caráter da excepcionalidade e da provisoriedade, nos termos do que dispõe o § 1º do art. 101 do ECA.

4. No caso em exame, a manutenção da guarda de L. G. da S. P. com o casal D. C. P. G. G. e J. G. não representa situação concreta de ameaça ou violação de direitos da criança, pois nada há nos autos a demonstrar, ainda que vagamente, a ocorrência de exposição do menor a riscos para sua integridade física e psicológica. Ao revés, compulsando os autos verifica-se que a menor L. G. da S. P. necessita de cuidados especiais iminentes e preventivos por ser um bebê de mãe soropositiva, que teve contato e foi exposto ao vírus HIV, tendo inclusive que tomar antibióticos profiláticos 3 vezes ao dia para evitar possíveis sequelas e riscos de morte.

5. Por outro lado, até o momento, os impetrantes alegam que sua real intenção é manter a guarda provisória com os guardiães de fato, sem romper, no entanto, o vínculo parental da menor com seus genitores, sendo medida, por conseguinte, reversível. Diante desse contexto, a hipótese excepcionalíssima dos autos justifica a concessão da ordem, porquanto parece inválida a determinação de acolhimento institucional da criança em abrigo ou entidade congênere, uma vez que, como se nota, não se subsume em nenhuma das hipóteses do art. 98 do ECA.

6. Ordem concedida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, os Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça acordam, após o voto-vista do Ministro Marco Buzzi denegando a ordem de “habeas corpus”, divergindo do relator, por maioria, conceder a ordem de “habeas corpus”, confirmando a liminar deferida, nos termos do voto do relator.

Vencidos o Ministro Marco Buzzi e a Ministra Maria Isabel Gallotti.

Os Srs. Ministros Raul Araújo e Antonio Carlos Ferreira (Presidente) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 28 de março de 2019 (data do julgamento).

Ministro Luis Felipe Salomão, Relator

DJe 13.5.2019

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Luis Felipe Salomão: 1. Cuida-se de *habeas corpus* com pedido de liminar impetrado por D. C. P. G. G. e J. G. em favor da menor L. G. da S. P., contra decisão que indeferiu liminar em agravo de instrumento no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP).

A decisão impugnada adotou a seguinte fundamentação (fls. 13-14):

Trata-se de agravo de instrumento interposto contra a respeitável decisão de fls. 14/18, que, em medida de proteção à criança e adolescente, determinou a busca e apreensão da criança L.G.S.P. para seu acolhimento institucional.

Irresignados, agravam os réus alegando, em suma, que os genitores não possuem condições psicológicas e financeiras de cuidar da filha; que os guardiões de fato agiram de boa-fé; que o instituto da guarda é autônomo em relação à adoção, e não implica nenhuma ilicitude; que a decisão foi proferida de forma precipitada e gerará prejuízos para a infante e para os próprios agravantes; que a decisão combatida tem um caráter moralista, sancionatório, com base em juízos conservadores que extrapolam o bom direito; que ainda que se tratasse de adoção à brasileira, tal prática não é proibida; que já foram criados vínculos afetivos entre os guardiões e a menor; que proporcionam padrão de vida confortável à menor; que a criança não está em situação de risco; e que a medida é abrupta e precipitada, pois existem parentes próximos da menor que poderiam a acolher. Requer a concessão de efeito suspensivo ao recurso.

Não se vislumbra, por ora, fundamentação relevante que evidencie a probabilidade de ocorrência do direito invocado pelos agravantes que justifique, em sede de cognição sumária, a concessão de liminar pretendida, notadamente diante das bem lançadas razões da r. Decisão atacada.

Ausentes, pois, um dos requisitos legais, *indefere-se* a liminar pleiteada.

Sustentam os impetrantes que a mãe biológica da paciente é *soropositiva* e, por isso, a criança (então com oito meses) “nasceu com severas complicações de saúde, principalmente com relação à sua imunidade: além de *toxoplasmose*, possui um quadro de *infecção urinária* que está sendo combatido com o uso de um antibiótico (Zinnat) que não é oferecido pelo SUS. Trata-se, inclusive, de infecção recorrente, tendo já sido objeto de inexitoso tratamento”.

Salientam que, para regularizar a situação de cuidado com a menor, o casal requerente e os genitores ajuizaram pedido de guarda, porquanto os pais biológicos concordaram com o arranjo estabelecido, que também envolve o tio-avô da genitora.

Alegam que o ato da relatora do egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo claramente relegou a segundo plano o melhor interesse da paciente: ordenar a ida de um bebê para uma instituição, quando já amparado e ambientado num seio familiar, fere indubitavelmente a dignidade dessa criança, sendo que o fundamento de burla do cadastro de adotantes “não passa de mera especulação, não se coaduna com a realidade e viola o melhor interesse da paciente”.

Destacam que, “diversamente de casos em que se opera adoção ‘à brasileira’, na hipótese *sub judice*, o acaso envolvendo a fragilidade do estado de saúde de Laura aproximou seus pais biológicos daqueles que se tornaram seus guardiões. Ao passo que a dinâmica de cuidados foi se consolidando, os impetrantes buscaram formalizar a situação de guarda da criança”.

Afirmam que “não se verifica na espécie nenhuma circunstância que evidencie suposta ameaça ou perigo para a criança. Muito pelo contrário, o enredo fático revela verdadeira soma de afetos e de conjugação de esforços para bem atender às necessidades de L.”.

Asseveram que não encontra amparo em nenhum princípio ou regra jurídica cancelar a transferência de Laura a um acolhimento institucional, mormente porque necessita de cuidados especiais iminentes e preventivos, os quais, se não observados, podem acarretar-lhe sequelas irreversíveis e de alto risco de morte.

O Min. Presidente, João Otávio de Noronha, deferiu a liminar para que a paciente L. G. da S. P. fosse colocada sob a guarda dos impetrantes (fls. 251-257).

Instado a se manifestar, o *Parquet* opinou pela concessão da ordem, nos seguintes termos:

Habeas corpus. Direito da criança e do adolescente. Indeferimento de liminar em *writ* originário. Súmula 691 do STF. Mitigação. Busca e apreensão de menor. Possível prática de adoção à brasileira. Acolhimento institucional. Medida teratológica. Melhor interesse da criança. Precedentes.

- Parecer pela concessão da ordem, de ofício, confirmando-se a liminar deferida.

(fls. 294-300)

Informações prestadas às fls. 303-307 e às fls. 310-373.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Luis Felipe Salomão (Relator): 2. Cuida-se de impetração contra ato de Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina que julgou extinto, sem análise de mérito, anterior *habeas corpus* contrário à decisão proferida pela Juíza de Direito da 1ª Vara Cível da Comarca de Timbó/SC que concedeu tutela de urgência para suspender o poder familiar e, em consequência, determinou a busca e apreensão e o acolhimento institucional de criança, contando então com oito meses de idade, nos autos de uma ação de destituição do poder familiar, cumulada com pedido de busca e apreensão, acolhimento institucional, investigação de paternidade e anulação de registro civil, proposta pelo Ministério Público Estadual.

É bem verdade que há entendimento perfilhado por este Superior Tribunal de Justiça, inaugurado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do HC n. 109.956/PR (Rel. Min. Marco Aurélio, Primeira Turma, DJe de 11/9/2012), no sentido de não conhecer de *habeas corpus* impetrado como substitutivo de recurso ordinário.

Todavia, a mesma jurisprudência tranquila do Supremo e desta Corte Superior propugna que, antes de analisar a questão de fundo do presente *writ*, a utilização de *habeas corpus* como sucedâneo recursal não impede que seja verificada a existência de flagrante ilegalidade, teratologia ou abuso de poder que enseje ultrapassar o vício formal na impetração para a concessão de ofício da ordem vindicada, em reverência à magnitude dessa especial garantia constitucional.

A esse respeito:

Direito Penal. *Habeas corpus*. Furto tentado qualificado (art. 155, § 4º, I, c/c art. 14, II, ambos do Código Penal). Prévio *mandamus* denegado. *Writ* substitutivo de recurso ordinário. Inviabilidade. Via inadequada. Tentativa de subtração de gêneros alimentícios. Valor ínfimo. Bens recuperados pela vítima. Princípio da insignificância. Atipicidade material. Constrangimento ilegal. Reconhecimento. *Habeas corpus não conhecido*. *Ordem concedida de ofício*.

1. É imperiosa a necessidade de racionalização do emprego do *habeas corpus*, em prestígio ao âmbito de cognição da garantia constitucional e em louvor à lógica do

sistema recursal. In casu, foi impetrada indevidamente a ordem como substitutiva de recurso ordinário.

2. Consoante entendimento jurisprudencial, o “princípio da insignificância - que deve ser analisado em conexão com os postulados da fragmentariedade e da intervenção mínima do Estado em matéria penal - tem o sentido de excluir ou de afastar a própria tipicidade penal, examinada na perspectiva de seu caráter material.

(...) Tal postulado - que considera necessária, na aferição do relevo material da tipicidade penal, a presença de certos vetores, tais como (a) a mínima ofensividade da conduta do agente, (b) a nenhuma periculosidade social da ação, (c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e (d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada - apoiou-se, em seu processo de formulação teórica, no reconhecimento de que o caráter subsidiário do sistema penal reclama e impõe, em função dos próprios objetivos por ele visados, a intervenção mínima do Poder Público”. (HC n. 84.412-0/SP, STF, Min. Celso de Mello, DJU 19/11/2004)

3. Ao acusado foi imputado furto tentado qualificado (art. 155, § 4º, I, c/c art. 14, II, ambos do Código Penal), por ter tentado subtrair 01 lata de 300g de ervilha; 01 lata de 300g de milho verde; 03 sachês de molho de tomate de 300g; 01 lata de 500ml de azeite; 03 pacotes de 500g de massa de macarrão; e 1kg de feijão, com valor total de R\$ 16,89 (dezesseis reais e oitenta e nove centavos) - correspondente a menos de 3% do salário mínimo - não havendo falar, pois, em afetação do bem jurídico (patrimônio), não tendo, assim, havido qualquer prejuízo material, ante a recuperação total da res e da não comprovação de dano no alegado rompimento de obstáculo.

4. Habeas corpus *não conhecido*. Ordem concedida, de ofício, para, em razão do reconhecimento da atipicidade material da conduta, determinar o trancamento do processo penal.

(HC 362.253/SP, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 01/09/2016, DJe 12/09/2016) [g.n.]

Também é relevante e depreende-se do acórdão vergastado que, não obstante a inadequação da via eleita, a Corte de origem entendeu não haver razões para a concessão *ex officio* da ordem (fls. 13-14), *in verbis*:

Trata-se de agravo de instrumento interposto contra a respeitável decisão de fls. 14/18, que, em medida de proteção à criança e adolescente, determinou a busca e apreensão da criança L.G.S.P. para seu acolhimento institucional.

Irresginados, agravam os réus alegando, em suma, que os genitores não possuem condições psicológicas e financeiras de cuidar da filha;

que os guardiões de fato agiram de boa-fé; que o instituto da guarda é autônomo em relação à adoção, e não implica nenhuma ilicitude; que a decisão foi

proferida de forma precipitada e gerará prejuízos para a infante e para os próprios agravantes; que a decisão combatida tem um caráter moralista, sancionatório, com base em juízos conservadores que extrapolam o bom direito; que ainda que se tratasse de adoção à brasileira, tal prática não é proibida; que já foram criados vínculos afetivos entre os guardiões e a menor; que proporcionam padrão de vida confortável à menor; que a criança não está em situação de risco; e que a medida é abrupta e precipitada, pois existem parentes próximos da menor que poderiam a acolher. Requer a concessão de efeito suspensivo ao recurso.

Não se vislumbra, por ora, fundamentação relevante que evidencie a probabilidade de ocorrência do direito invocado pelos agravantes que justifique, em sede de cognição sumária, a concessão de liminar pretendida, notadamente diante das bem lançadas razões da r. Decisão atacada.

Ausentes, pois, um dos requisitos legais, *indefere-se* a liminar pleiteada.

Assim, penso que a questão em exame encerra tema bastante sensível a requerer um olhar mais percuciente acerca dos argumentos expendidos no presente *writ*, notadamente após o parecer do *Parquet* identificando a existência de constrangimento ilegal a ser sanado.

3. Com efeito, o objetivo do presente *habeas corpus* é afastar a determinação de busca e apreensão de menor impúbere que, à época da impetração, contava com menos de 8 meses de idade, em razão de sua suposta adoção irregular.

Na espécie, a paciente, hoje com 10 (dez) meses de idade, encontrava-se sob os cuidados dos impetrantes desde o primeiro mês de vida (25/05/2018), sendo que em 14/12/2018 foi determinada a sua busca e apreensão para que fosse recolhida em abrigo no bojo de uma ação de acolhimento institucional proposta pelo Ministério Público Estadual.

No entanto, não se constatou qualquer indício de que a criança tenha sofrido maus tratos, negligência ou abuso, seja por parte dos genitores, seja por ato de terceiros estranhos.

Ao deferir a tutela de urgência, a MM. Juíza da 2ª Vara Criminal da Comarca de Sumaré/SP asseverou em sua decisão, mantida pelo Tribunal *a quo*, *in verbis*:

1 - O casal que pretendeu, sem as devidas formalidades legais, em prejuízo dos demais cadastrados à adoção, obter a guarda da criança, para indisfarçável futura adoção, tinha plena ciência do procedimento legal, para adotar, uma vez que estava cadastrado à adoção.

A impaciência e o imediatismo talvez tenham feito com que o casal buscasse a via absolutamente inadequada (malgrado o casal sustente o contrário).

Teve-se, pois, a entrega irregular, sem intervenção do sistema de justiça, em característica adoção direta, fora do cadastro de adoção.

Determinou-se, então, a avaliação psicológica, para verificação da formação de vínculo socioafetivo entre a criança e o casal, concluindo-se que “não há como se falar em laços de afeto já consolidados da infante com os pretensos adotantes (...) a ruptura nos primeiros meses de vida de um infante, não será determinante para a produção de traumas imutáveis ao estado emocional e ao desenvolvimento global do indivíduo” (página 108).

O Ministério Público, antes de insistir no deferimento do liminar acolhimento institucional (páginas 166/169), buscou investigar, por meio do setor técnico, a preterição dos demais cadastrados à adoção, o que resultou patenteadado, pois os cadastrados que antecedem Jefferson Guedes e Daniela Cristina Pires Gloor Guedes são interessados na adoção de criança com o perfil daquela aqui tratada (o casal Jefferson Guedes e Daniela Cristina Pires Gloor Guedes encontra-se em número 17 na ordem cronológica correspondente ao perfil da criança, no cadastro/listagem de habilitados local páginas 103, 131 e 138).

Sendo assim, depois de cuidadosa análise do caso vertente, possível afirmar que a vinculação socioafetiva da criança Laura Gabrielly da Silva Pimentel de 08 (oito) meses de vida ao casal Jefferson Guedes e Daniela Cristina Pires Gloor Guedes é mínima, sendo que, ao que parece, houve a maliciosa burla ao cadastro à adoção, preterindo-se aqueles que confiaram e se submeteram ao referido cadastro.

Em caso parêlho, perante este Juízo da Infância e Juventude de Sumaré, decidiu o E. Tribunal de Justiça:

[...]

Dito isso e considerado ainda a impossibilidade de imediato retorno da criança aos pais, uma vez que negligenciaram nos cuidados com a filha, entregando-a para terceiros, determino a busca e apreensão da menor Laura Gabrielly da Silva Pimentel e o seu acolhimento institucional, por meio de Oficial de Justiça, autorizado o concurso da Polícia Militar, se necessário, e acompanhado de membro da entidade de acolhimento e do Conselho Tutelar, conforme autoriza o artigo 136, inciso I, do Estatuto da Criança e do Adolescente, para assegurar a inviolabilidade dos direitos da criança a ser acolhida, à luz do artigo 17 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Para que se evite a surpresa no cumprimento do mandado de busca e apreensão, apanhando abruptamente o casal, de modo a gerar porventura situação constrangedora aos envolvidos e até arriscada à própria criança, aguarde-se a publicação desta decisão, a qual deverá ser imediatamente encaminhada para publicação, expedindo-se o mandado de busca e apreensão, para acolhimento institucional, imediatamente à publicação da presente decisão no Diário de Justiça Eletrônico.

2 - Intime-se o dirigente da entidade de acolhimento a apresentar o plano individual de atendimento. Com a juntada da guia de acolhimento assinada pelo dirigente da entidade de acolhimento, providencie a abertura da ação de execução de acolhimento.

3 - Realize-se estudo psicossocial, a fim de que seja aquilatada a possibilidade de entrega da criança a integrante de sua família extensa, ficando desde já autorizada a expedição de carta precatória, se necessária.

4 - Abra-se vista ao Ministério Público, para réplica.

Intimem-se.

(fls. 164-188)

A razão pela qual se determinou a busca e apreensão da menor e seu acolhimento institucional foi o fato de - segundo consta do acórdão recorrido - ter havido uma maliciosa burla ao cadastro de adoção, preterindo-se aqueles que nele confiaram e a ele se submeteram, sendo a impaciência e o imediatismo, talvez, o que levou o casal a buscar a via absolutamente inadequada (malgrado o casal sustente o contrário). Houve, pois, a entrega irregular, sem intervenção do sistema de justiça, em característica adoção direta, fora do cadastro de adoção.

4. Nesse passo, em relação ao mérito, é bem de ver que, sob o enfoque da doutrina da proteção integral e prioritária consolidada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA (Lei n. 8.069/1990), torna-se imperativa a observância do melhor interesse do menor, de sorte que o cabimento de medidas específicas de proteção, tal como o acolhimento institucional (art. 101, VII, do ECA), apenas terá aptidão e incidência válida quando houver ameaça ou violação dos direitos reconhecidos pelo Estatuto, consoante exegese extraída do art. 98 do mesmo diploma.

Portanto, as medidas de proteção devem ser aplicadas sempre que as crianças ou os adolescentes estiverem em situação de risco, pois têm o objetivo precípuo de afastar ou evitar perigo ou lesão aos direitos tutelados pelo ECA.

Assim, tem-se que a ação do Juiz no sentido de colmatar desvios — tanto no âmbito da ação estatal quanto no âmbito familiar, seja por ato próprio da criança ou do adolescente, como também no domínio da sociedade — deve ser, sempre e sempre, pautada pela precisa identificação de situação concreta de ameaça ou violação de direitos, notadamente em se tratando da medida de proteção que impõe o acolhimento institucional, por ser esta orientada pelo caráter da excepcionalidade e da provisoriedade, nos termos do que dispõe o § 1º do art. 101 do ECA.

Sobre o tema, aliás, esta Corte tem entendimento firmado no sentido de que, salvo evidente risco à integridade física ou psíquica do menor, não é de seu melhor interesse o acolhimento institucional ou o acolhimento familiar temporário, consoante se infere dos seguintes julgados:

Direito Civil. Família. Relação de parentesco. Adoção. Busca e apreensão de menor. Suspeita de simulação. Medida socioeducativa de acolhimento institucional. *Habeas corpus*.

1. O Estatuto da Criança e do Adolescente-ECA, ao preconizar a doutrina da proteção integral (artigo 1º da Lei n. 8.069/1990), torna imperativa a observância do melhor interesse da criança. As medidas de proteção, tais como o acolhimento institucional, são adotadas quando verificada quaisquer das hipóteses do art. 98 do ECA.

2. No caso em exame, a avaliação realizada pelo serviço social judiciário constatou que a criança E K está recebendo os cuidados e atenção adequados às suas necessidades básicas e afetivas na residência do impetrante. Não há, assim, em princípio, qualquer perigo em sua permanência com o pai registral, a despeito da alegação do Ministério Público de que houve adoção *intuitu personae*, a chamada “adoção à brasileira”, ao menos até o julgamento final da lide principal.

3. A hipótese dos autos, excepcionalíssima, justifica a concessão da ordem, porquanto parece inválida a determinação de acolhimento de abrigo da criança, vez que não se subsume a nenhuma das hipóteses do art. 98 do ECA.

4. Esta Corte tem entendimento firmado no sentido de que, salvo evidente risco à integridade física ou psíquica do infante, não é de seu melhor interesse o acolhimento institucional ou o acolhimento familiar temporário.

5. É verdade que o art. 50 do ECA preconiza a manutenção, em comarca ou foro regional, de um registro de pessoas interessadas na adoção. Porém, a observância da preferência das pessoas cronologicamente cadastradas para adotar criança não é absoluta, pois há de prevalecer o princípio do melhor interesse do menor, norteador do sistema protecionista da criança.

6. As questões suscitadas nesta Corte na presente via não infirmam a necessidade de efetiva instauração do processo de adoção, que não pode ser descartado pelas partes. Na ocasião, será imperiosa a realização de estudo social e aferição das condições morais e materiais para a adoção da menor. Entretanto, não vislumbro razoabilidade na transferência da guarda da criança - primeiro a um abrigo e depois a outro casal cadastrado na lista geral -, sem que se desatenda ou ignore o real interesse da menor e com risco de danos irreparáveis à formação de sua personalidade na fase mais vulnerável do ser humano.

7. Ordem concedida.

(HC 279.059/RS, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 10/12/2013, DJe 28/02/2014). [g.n.]

Habeas corpus. Direito de Família. Guarda e adoção. Menor impúbere (3 meses de vida) entregue pela mãe à casal interessado em sua adoção. Guardiães de fato. Situação irregular. Ação de acolhimento institucional ajuizada pelo Ministério Público. Busca e apreensão deferida em primeiro grau. Liminar negada pelo Tribunal de origem. Encaminhamento do paciente ao abrigo. Medida teratológica. Melhor interesse do menor. Ordem concedida de ofício.

[...]

5. Denúncia anônima formalizada junto ao Conselho Tutelar local de que o menor, ora paciente, estaria sendo vítima de maus-tratos, tendo, ainda, sido adotado de forma ilegal. Malgrado afastada, de plano, a ocorrência de maus-tratos, o MPE ajuizou ação de acolhimento institucional requerendo a busca e apreensão do menor e seu imediato encaminhamento à abrigo, sob o principal argumento de ter havido “adoção/guarda” irregular.

6. Situação anômala que, entretanto, não importou em prejuízo ao infante, pelo contrário, ainda que momentaneamente, a guarda de fato tem se revelado satisfatória aos seus interesses, havendo rico lastro probatório que exsurge à demonstração de que os guardiães tem dispensado cuidados (médicos, assistenciais, afetivos etc.) suficientes à elisão de qualquer risco imediato à integridade física e/ou psíquica do menor.

7. Não se descarta que a higidez do processo de adoção é um dos objetivos primordiais a ser perseguido pelo Estado, no que toca à sua responsabilidade com o bem-estar de menores desamparados, tampouco que, na busca desse desiderato, a adoção deve respeitar rígido procedimento de controle e fiscalização estatal, com a observância, v.g., do Cadastro Único Informatizado de Adoções e Abrigos (CUIDA), o qual, aliás, pelos indícios probatórios disponíveis, teria sido vulnerado na busca de uma adoção *intuitu personae*.

9. Contudo, o fim legítimo não justifica o meio ilegítimo para sancionar aqueles que burlam as regras relativas à adoção, principalmente quando a decisão judicial implica evidente prejuízo psicológico para o objeto primário da proteção estatal para a hipótese: a própria criança.

10. Ademais, dita burla ainda está no campo do juízo perfunctório, o que igualmente torna temerária a adoção de um procedimento que, por sua natural demora, pode prolongar a permanência do menor em abrigo ou instituição de acolhimento, numa verdadeira inversão da ordem legal imposta pelo ECA, na qual esta opção deve ser a última e não a primeira a ser utilizada.

11. Medida que, na hipótese, notoriamente beira a teratologia, pois inconcebível se presumir que um local de acolhimento institucional possa ser preferível a um lar estabelecido, onde a criança não sofre nenhum tipo de violência física ou moral.

12. Ordem concedida de ofício.

(HC 274.845/SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 12/11/2013, DJe 29/11/2013)

No mesmo sentido, confirmam-se as seguintes decisões monocráticas: HC n. 268.943/SP, Relator Ministro *João Otávio de Noronha*, julgado em 26/4/2013; HC n. 250.203/SP, Relator Ministro *Ricardo Villas Bôas Cueva*, julgado em 7/8/2012; MC n. 15.097/MG, Relator Ministro *Massami Uyeda*, julgado em 17/12/2008.

Ressalte-se, por oportuno, que os postulados da proteção integral e do atendimento prioritário, dos quais se extrai também a superioridade do melhor interesse da criança e do adolescente, são mais do que apenas princípios, pois, segundo a melhor doutrina, traduzem verdadeiras regras jurídicas de cumprimento e observância obrigatórios.

Logo, devem-se afastar medidas que, embora *prima facie* pareçam atender ao caráter de proteção da norma, diante do caso concreto, revelam-se como excessivo formalismo a aviltar o melhor interesse da criança de conviver em um lar estabelecido.

Em outros termos, repita-se, a aplicação de medida protetiva de acolhimento institucional é regida pelo caráter de provisoriedade e excepcionalidade, deduzindo-se que sua duração deverá ser pelo menor tempo possível e só pelo imprescindível até o retorno da criança ou do adolescente à família natural ou adotiva, bem como não deverá ser imposta diante de outra alternativa que atenda ao melhor interesse do menor.

Não se pode olvidar que é assente também o posicionamento desta Corte no sentido de que, para evitar a formação de laços afetivos em situações em que a guarda é obtida mediante ardil, com indícios de ilegalidade e cometimento de crime, é razoável eventual medida protetiva de acolhimento institucional.

Nesse sentido:

Habeas corpus. Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA). Medida protetiva. Busca e apreensão de menor. Determinação de acolhimento institucional. Grave suspeita de fraude na aquisição da guarda. Genitora adolescente de condição humilde. Entrega da filha para outro casal criar, intermediada por advogado, com posterior arrependimento. Genitora mãe registral impedida de ver a criança. Medida proporcional à gravidade do fato. Legalidade da decisão. Ordem denegada.

1. As medidas protetivas previstas no ECA, para repelir ameaça de violação a direitos de crianças e adolescentes, podem ter natureza cautelar, devendo atender a intervenção judicial a três requisitos fundamentais: (i) precoce; (ii) mínima e (iii) proporcional.

2. Na estreita via do *habeas corpus*, somente é possível a verificação da legalidade da ordem de acolhimento institucional de menor, mediante a análise da proporcionalidade da decisão judicial, ponderando-se a necessidade e a utilidade da medida.

3. A jurisprudência desta Corte orienta-se no sentido de que, salvo risco evidente à integridade física e psíquica da criança, não é do seu melhor interesse o acolhimento institucional.

4. *Contudo, para evitar a formação de laços afetivos em hipóteses em que a guarda foi obtida de forma fraudulenta, com indícios de ilegalidade e cometimento de crime, mostra-se razoável a medida de protetiva de acolhimento institucional.*

5. No caso, o pai registral conquistou a guarda de forma obscura de genitora adolescente, que foi afastada da filha, sem poder manter contato com ela, com posterior arrependimento de sua entrega.

6. Envolvimento de terceiros na intermediação do ato de entrega da menor, com fortes indícios do cometimento de crime, tornando duvidosa a alegada paternidade.

7. Intervenção judicial, no caso, feita de forma precoce, mínima e proporcional à gravidade dos fatos imputados ao pai registral.

8. Legalidade da medida protetiva da criança.

9. *Ordem denegada.*

(HC 342.325/RJ, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 18/02/2016, DJe 09/03/2016)

No entanto, como se viu, nenhuma dessas circunstâncias está presente no caso em apreço.

5. De fato, a norma (ECA, art. 50), ao prever a manutenção dos cadastros de adotantes e adotandos tanto no âmbito local e estadual quanto em nível nacional — este último regulamentado pela Resolução n. 54/2008 do Conselho Nacional de Justiça —, visa conferir maior transparência, efetividade, segurança e celeridade ao processo de adoção, assim como obstar a adoção *intuitu personae*.

É muito relevante e louvável, claro, tal cadastro. É importante anotar, porém, que o registro e a classificação de pessoas interessadas em adotar não têm um fim em si mesmos, antes devem servir, precipuamente, ao melhor interesse das crianças e dos adolescentes.

Por conseguinte, a ordem cronológica de preferência das pessoas previamente cadastradas para a adoção não tem caráter absoluto, pois deverá ceder ao princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, a razão de

ser de todo o sistema de proteção erigido pelo Estatuto, que tem na doutrina da proteção integral sua pedra basilar, máxime se não há nos autos nenhum indício real de fraude ou conluio.

Destarte, penso que há necessidade de serem analisadas caso a caso todas as situações que conduzam ao abrigo de menor, pois, decerto, a sua institucionalização, em detrimento da sua manutenção no lar familiar, salvo evidente risco concretamente identificado, não é a solução que traduz o seu melhor interesse.

Colhe-se do escólio de abalizada doutrina:

A regra geral de que somente as pessoas inseridas nas listas é que podem adotar exige temperamentos. Com efeito, a própria legislação, no § 13 do art. 50 do Estatuto da Criança e do Adolescente, autoriza a adoção por família ou pessoa não cadastrada, havendo a comprovação do preenchimento dos requisitos exigidos pelo sistema. *Outrossim, com base nos princípios informadores da adoção, em especial a proteção integral infantojuvenil e a real vantagem ao adotando, é possível ao juiz, em cada caso concreto, autorizar a adoção por pessoa ou casal fora da lista ou fora de sua vez. É que, ao nosso visto, a adoção deve ter em mira a proteção dos interesses da criança ou adolescente, e não dos adultos interessados em adotar.*

(DE FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: Famílias*. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2018. p. 1.020)

Em casos análogos, esta Corte Superior, ao aplicar o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, relativizou a obrigatoriedade da observância do cadastro de adotantes. Confira-se:

Habeas corpus. Ação de destituição do poder familiar c/c com adoção. Determinação de acolhimento institucional. Cadastro de adotantes. Melhor interesse da criança. Ordem concedida.

1.- Não é do melhor interesse da criança o acolhimento institucional ou familiar temporário, salvo diante de evidente risco à sua integridade física ou psíquica, circunstância que não se faz presente no caso dos autos. Precedentes.

2.- *A observância do cadastro de adotantes, não é absoluta. A regra legal deve ser excepcionada em prol do princípio do melhor interesse da criança, base de todo o sistema de proteção ao menor. Tal hipótese configura-se, por exemplo, quando existir vínculo afetivo entre a criança e o pretendente à adoção, como no presente caso.*

3.- Ordem concedida.

(HC 2294729/SP, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, julgado em 07/082014, DJe 29/08/2014). [g.n.]

Recurso especial. Aferição da prevalência entre o cadastro de adotantes e a adoção *intuitu personae*. Aplicação do princípio do melhor interesse do menor. Verossímil estabelecimento de vínculo afetivo da menor com o casal de adotantes não cadastrados. Permanência da criança durante os primeiros oito meses de vida. Tráfico de criança. Não verificação. Fatos que, por si, não denotam a prática de ilícito. Recurso especial provido.

I - A observância do cadastro de adotantes, vale dizer, a preferência das pessoas cronologicamente cadastradas para adotar determinada criança não é absoluta. Excepciona-se tal regramento, em observância ao princípio do melhor interesse do menor, basilar e norteador de todo o sistema protecionista do menor, na hipótese de existir vínculo afetivo entre a criança e o pretendente à adoção, ainda que este não se encontre sequer cadastrado no referido registro;

II - É incontroverso nos autos, de acordo com a moldura fática delineada pelas Instâncias ordinárias, que esta criança esteve sob a guarda dos ora recorrentes, de forma ininterrupta, durante os primeiros oito meses de vida, por conta de uma decisão judicial prolatada pelo i. desembargador-relator que, como visto, conferiu efeito suspensivo ao Agravo de Instrumento n. 1.0672.08.277590-5/001. Em se tratando de ações que objetivam a adoção de menores, nas quais há a primazia do interesse destes, os efeitos de uma decisão judicial possuem o potencial de consolidar uma situação jurídica, muitas vezes, incontornável, tal como o estabelecimento de vínculo afetivo;

III - Em razão do convívio diário da menor com o casal, ora recorrente, durante seus primeiros oito meses de vida, propiciado por decisão judicial, ressalte-se, verifica-se, nos termos do estudo psicossocial, o estreitamento da relação de maternidade (até mesmo com o essencial aleitamento da criança) e de paternidade e o conseqüente vínculo de afetividade;

IV - Mostra-se insubsistente o fundamento adotado pelo Tribunal de origem no sentido de que a criança, por contar com menos de um ano de idade, e, considerando a formalidade do cadastro, poderia ser afastada deste casal adotante, pois não levou em consideração o único e imprescindível critério a ser observado, qual seja, a existência de vínculo de afetividade da infante com o casal adotante, que, como visto, insinua-se presente;

V - O argumento de que a vida pregressa da mãe biológica, dependente química e com vida desregada, tendo já concedido, anteriormente, outro filho à adoção, não pode conduzir, por si só, à conclusão de que houvera, na espécie, venda, tráfico da criança adotanda.

Ademais, o verossímil estabelecimento do vínculo de afetividade da menor com os recorrentes deve sobrepor-se, no caso dos autos, aos fatos que, por si só, não consubstanciam o inaceitável tráfico de criança;

VI - Recurso Especial provido.

(REsp 1.172.067/MG, Rel. Ministro Massami Uyeda, Terceira Turma, julgado em 18/03/2010, DJe 14/04/2010)

6. No caso em exame, vislumbro que a manutenção da guarda de L. G. da S. P com o casal D. C. P. G. G. e J. G. não representa situação concreta de ameaça ou violação de direitos da criança, pois nada há nos autos a demonstrar, ainda que vagamente, a ocorrência de exposição a riscos para sua integridade física e psicológica.

Ao revés, compulsando os autos verifica-se que a menor L. G. da S. P. necessita de cuidados especiais iminentes e preventivos por ser um bebê de mãe soropositiva, que teve contato e foi exposto ao vírus HIV, tendo inclusive que tomar antibióticos profiláticos 3 vezes ao dia para evitar possíveis sequelas e riscos de morte.

Como sabido, “a mulher portadora do HIV pode transmitir o vírus para seu bebê basicamente em três momentos: durante a gestação pela passagem de vírus pela placenta, no momento do parto pela exposição do bebê ao sangue e secreções maternas e durante a amamentação, já que o vírus pode ser encontrado no leite materno quando a mulher é portadora da infecção. Quanto maior a carga viral plasmática (quantidade de vírus no sangue) do portador do HIV, maior é o risco de transmissão, e isso se aplica também à mulher grávida” (<https://agencia.fiocruz.br/filho-de-infetada-com-o-hiv-nasce-sem-o-v%C3%ADrus>).

Nesse diapasão, verifica-se que a decisão de acolhimento do bebê fulcrou-se tão somente nos argumentos apontados pelo *Parquet* estadual de que houve adoção irregular, sem, contudo, arrolar quaisquer evidências de que a criança esteja em situação de perigo físico ou psíquico ao conviver com os impetrantes.

Por outro lado, até o momento, os impetrantes alegam que sua real intenção é manter a guarda provisória com os guardiães de fato, sem romper, no entanto, o vínculo parental da menor com seus genitores, sendo medida, por conseguinte, reversível.

Diante desse contexto, tenho que a hipótese excepcionalíssima dos autos justifica a concessão da ordem, porquanto parece inválida a determinação de acolhimento institucional da criança em abrigo ou entidade congênere, uma vez que, como se nota, não se subsume em nenhuma das hipóteses do art. 98 do ECA.

Nesse sentido, em casos semelhantes, é a jurisprudência da Casa:

Habeas corpus. Direito da criança e do adolescente. Adoção ‘intuitu personae’. Burla ao cadastro de adoção. Busca e apreensão. Acolhimento institucional em abrigo. Primazia do acolhimento familiar. Melhor interesse da criança. Ilegalidade flagrante. Concessão da ordem de ofício.

1. Controvérsia a respeito do acolhimento institucional de criança entregue à adoção 'intuitu personae'.

2. Inadmissibilidade da impetração de *habeas corpus* diretamente neste Superior Tribunal de Justiça em face de decisão de relator que, no tribunal de origem, indeferiu liminar (Súmula 691/STF).

Ressalva da possibilidade de concessão da ordem de ofício, conforme jurisprudência desta Corte Superior.

3. Caso concreto em que a criança foi retirada do ambiente familiar e institucionalizada em abrigo com fundamento na burla ao Cadastro Nacional de Adoção.

4. *Inexistência, nos autos, de indício de fatos que desabonem o ambiente familiar em que a criança se encontrava.*

5. Nos termos do art. 34, § 1º, do ECA: "A inclusão da criança ou adolescente em programas de acolhimento familiar terá preferência a seu acolhimento institucional, observado, em qualquer caso, o caráter temporário e excepcional da medida, nos termos desta Lei".

6. *Primazia do acolhimento familiar em detrimento do acolhimento institucional. Precedentes desta Corte Superior.*

7. Existência flagrante ilegalidade no ato coator, a justificar a concessão da ordem de ofício.

8. *Ordem de habeas corpus concedida de ofício.*

(HC 487.812/CE, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 26/02/2019, DJe 01/03/2019)

Habeas corpus. Direito Civil. Família. Destituição do poder familiar. Busca e apreensão de menor. Suspeita de fraude em registro civil. Medida protetiva de acolhimento institucional.

1. Sob o enfoque da doutrina da proteção integral e prioritária consolidada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente Lei n. 8.069/1990, torna-se imperativa a observância do melhor interesse do infante, de sorte que o cabimento de medidas específicas de proteção, tal como o acolhimento institucional (art. 101, VII, do ECA), apenas terá aptidão e incidência válida quando houver ameaça ou violação dos direitos reconhecidos pelo Estatuto, consoante exegese extraída do art. 98 do mesmo diploma.

2. Assim, tem-se que a ação do Juiz no sentido de colmatar desvios tanto no âmbito da ação estatal, quanto no âmbito familiar, seja por ato próprio da criança ou do adolescente, como também no domínio da sociedade deve, necessariamente, ser pautada pela precisa identificação de situação concreta de ameaça ou violação de direitos, notadamente em se tratando da medida de proteção que impõe o acolhimento institucional, por ser esta orientada pelo

caráter da excepcionalidade e da provisoriedade, nos termos do que dispõe o § 1º do art. 101 do ECA.

3. No caso em exame, a manutenção da guarda de A.M DO R. com o casal W.G.DO R, o pai registral, e P.R.M.M, sua companheira, não representa uma situação concreta de ameaça ou violação de direitos do infante, pois nada há nos autos a demonstrar, ainda que vagamente, a ocorrência de exposição do infante a riscos para sua integridade física e psicológica.

4. Nesse diapasão, verifica-se que a decisão de acolhimento do infante fulcrou-se tão somente nos argumentos apontados pelo *Parquet* estadual de que houve adoção irregular mediante fraude no registro civil, sem, contudo, arrolar quaisquer evidências de que a criança estivesse em situação de perigo físico ou psíquico ao conviver com o pai e a sua companheira.

5. A esse respeito, não se pode olvidar que o registro civil é dotado de fé pública e, até prova em contrário, impõe presunção de verdade em favor de suas declarações, de onde se conclui que a declaração do pai, ao reconhecer e registrar o filho, não pode ser elidida por simples argumentações e conjecturas acerca de sua autenticidade sob o ponto de vista da paternidade biológica. Mais do que isso, assim deve ser tal conclusão, pois é a que melhor prestigia o interesse da criança de ter reconhecida a sua paternidade, bem como de ter um lar e convívio familiar.

6. Por óbvio, essa presunção pode ser elidida por meio de prova idônea, a exemplo do teste de DNA. Todavia, até que se ultime a contraprova para verificar a paternidade biológica do pai registral do infante, não se pode concluir que a suposta adoção irregular, mediante fraude no registro civil, importe, por si só, em risco à integridade física ou psíquica do infante. Isso porque, utilizando-se a técnica do art. 98 do ECA que impõe a aplicação de medidas de proteção nas situações que especifica, não se prescinde, concretamente, da evidência de quaisquer situações de ameaça ou violação de direitos tutelados naquele diploma.

7. A excepcionalíssima hipótese dos autos justifica a concessão da ordem, porquanto parece inválida a determinação de acolhimento institucional da criança em abrigo ou entidade congênere, uma vez que, como se nota, não se subsume a nenhuma das hipóteses do art. 98 do ECA.

8. Esta Corte Superior tem entendimento firmado no sentido de que, salvo evidente risco à integridade física ou psíquica do infante, não é de seu melhor interesse o acolhimento institucional ou o acolhimento familiar temporário (Precedentes: HC n. 294.729/SP, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, DJe 29.08.2014; HC 279.059/RS, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, DJe 28.2.2014; REsp n. 1.172.067/MG, Rel. Ministro Massami Uyeda, Terceira Turma, DJe 14.4.2010).

9. A disciplina do art. 50 do ECA, ao prever a manutenção dos cadastros de adotantes e adotandos, tanto no âmbito local e estadual quanto em nível

nacional, este último regulamentado pela Resolução n. 54/2008 do Conselho Nacional de Justiça, visa conferir maior transparência, efetividade, segurança e celeridade no processo de adoção, assim como obstar a adoção *intuitu personae*. Contudo, não se pode perder de vista que o registro e classificação de pessoas interessadas em adotar não têm um fim em si mesmos, antes devem servir, precipuamente, ao melhor interesse das crianças e dos adolescentes. Portanto, a ordem cronológica de preferência das pessoas previamente cadastradas para a adoção não tem um caráter absoluto, pois deverá ceder ao princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, razão de ser de todo o sistema de defesa erigido pelo Estatuto, que tem na doutrina da proteção integral sua pedra basilar.

10. As questões suscitadas nesta Corte na presente via não infirmam a necessidade de efetiva instauração do processo de adoção, que não pode ser descartado pelas partes. Na ocasião, será imperiosa a realização de estudo social e aferição das condições morais e materiais para a adoção da criança. Entretanto, não vislumbro razoabilidade na transferência da sua guarda primeiro a um abrigo e depois a outro casal cadastrado na lista geral, sem que se desatenda ou ignore o real interesse do menor, com risco de danos irreparáveis à formação de sua personalidade na fase mais vulnerável do ser humano.

11. Ordem concedida.

(HC 468.691/SC, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 12/02/2019, DJe 11/03/2019)

7. Ante o exposto, concedo a ordem para, confirmando a liminar deferida, determinar que a paciente L. G. da S.P. permaneça sob os cuidados de D. C. P. G. G. e J. G. até que se ultime o exame do mérito da ação de guarda (n. 1005339-27.2018.8.26.0604, da 3ª Vara Cível da Comarca de Sumaré).

É como voto.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Marco Buzzi: Cuida-se de *habeas corpus* impetrado pelos guardiões de fato em favor da menor L G D A S P, no bojo de *pedido de medida de proteção/acolhimento institucional* formulado pelo Ministério Público do Estado de São Paulo, objetivando seja concedida ordem de liberação da infante do abrigo ao qual foi recolhida por determinação judicial (fls. 184-188, e-STJ), a fim de que retorne ao lar dos requerentes.

Em análise preliminar do *writ*, a Presidência desta Corte, ante a ausência de indícios de violência física ou psicológica e por considerar que “a condução da criança a abrigo, quando ela possui lar e família que a deseja, constitui violência

maior que a fraude perpetrada contra os integrantes da lista de pretendentes à adoção” (fl. 256, e-STJ), *deferiu* o pedido liminar para que a paciente, L. G. da S. P., fosse colocada sob a guarda dos impetrantes.

Parecer do Ministério Público Federal às 294-300, e-STJ, pelo não conhecimento do *habeas corpus*, por ter sido impetrado em face de decisão singular de relator, providência vedada pela Súmula 691/STF. No mérito, manifestou-se pela concessão da ordem, pois embora haja irregularidades no procedimento de adoção, deve-se dar preferência à manutenção da criança em um lar estabelecido.

Na sessão de 26/03/2019, o e. relator, exarou voto concedendo a ordem de *habeas corpus*, com a manutenção da liminar deferida, ante os seguintes argumentos: *a)* o entendimento deste Tribunal Superior no sentido de não conhecer de *writ* substitutivo de recurso próprio não impede seja verificada flagrante ilegalidade, teratologia ou abuso de poder, caso em que se admite ultrapassar o vício formal na impetração; *b)* o enfoque da doutrina da proteção integral e prioritária consolidada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente torna imperativa a observância do melhor interesse do infante, cujas medidas de proteção devem ser aplicadas sempre que a criança estiver em situação de risco, pois têm o objetivo precípua de afastar ou evitar o perigo ou a lesão aos direitos tutelados pelo ECA; *c)* a medida de acolhimento institucional deve ser adotada excepcionalmente, quando verificada alguma das hipóteses previstas no referido estatuto e somente até o retorno da criança à família natural ou adotiva, bem como não deverá ser imposta diante de outra alternativa que atenda ao melhor interesse da criança; *d)* o cadastro de adotantes e adotandos no âmbito local, estadual e nacional é muito relevante e louvável, porém o registro e a classificação de pessoas interessadas em adotar não têm um fim em si mesmos, cuja ordem das pessoas preferencialmente cadastradas não tem caráter absoluto, antes devem servir, precipuamente, ao melhor interesse da criança; *e)* no caso em exame, a manutenção da guarda de L. G. da S. P com o casal ora impetrante não representa situação concreta de ameaça ou violação de direitos do infante, pois nada há nos autos a demonstrar, ainda que vagamente, a ocorrência de exposição do infante a riscos para sua integridade física e psicológica; ao contrário, a criança necessita de cuidados especiais por ser um bebê de mãe soropositiva; *f)* a decisão de acolhimento do infante fulcrou-se tão somente nos argumentos apontados pelo *Parquet* estadual de que houve adoção irregular, sem, contudo, arrolar quaisquer evidências de que a criança esteja em situação de perigo físico ou psíquico ao conviver com os impetrantes; *g)* a hipótese excepcionalíssima dos

autos justifica a concessão da ordem porquanto parece inválida a determinação de acolhimento institucional da criança em abrigo, uma vez que não se subsume a nenhuma das hipóteses do art. 98 do ECA.

Ante as peculiaridades do caso, pedi vista dos autos para melhor exame.

É o relatório.

Voto

Em que pesem os judiciosos argumentos expendidos, rogando vênua ao eminente Relator, dele divirjo nos termos a seguir propostos.

1. Inicialmente, é imprescindível referir que o presente *writ* fora impetrado em face da deliberação monocrática exarada pela Desembargadora Relatora do agravo de instrumento (n. 2258040-30.2018.8.26.0000) que indeferiu a liminar pleiteada. Tal recurso fora interposto contra decisão proferida pelo Juiz de Direito da 2ª Vara Criminal da Comarca de Sumaré que, por sua vez, nos autos do *pedido de aplicação de medida de proteção* promovido pelo Ministério Público, determinou o acolhimento institucional da criança L G DA S P.

Quanto ao fato levantado pelo Ministério Público Federal, no sentido de ser descabido o *habeas corpus* contra decisão monocrática de relator, embora plausível, esta Corte tem superado tal questão, nas hipóteses em que as peculiaridades do caso exigirem.

Inegavelmente, a decisão monocrática do relator do agravo de instrumento é passível de recurso próprio, porém, optaram os requerentes por protocolar o presente *habeas corpus* a fim de que fosse mitigado o entendimento desta Corte Superior no sentido de não se admitir a impetração originária de *writ* como sucedâneo recursal, ressalvada a hipótese excepcional de concessão *ex officio* da ordem quando constatada flagrante ilegalidade ou decisão teratológica, ressalta-se, *que não é o caso dos autos*.

Nesse sentido, precedentes: HC 347.005/SP, Rel. Ministro *Raul Araújo*, *Quarta Turma*, DJe 01/08/2017; HC 374.764/SP, Rel. Ministro *Moura Ribeiro*, *Terceira Turma*, DJe 18/04/2017; HC 298.009/SP, Rel. Ministra *Nancy Andrigbi*, *Terceira Turma*, DJe 04/09/2014; AgRg no HC 300.827/PR, Rel. Ministro *Raul Araújo*, *Quarta Turma*, DJe 06/10/2014.

Na hipótese em julgamento é inadequada a utilização do presente expediente processual face a inexistência de decisão teratológica ou de manifesta ilegalidade da ordem. Ao contrário, o juízo *a quo* pautou-se nas diretrizes do

Estatuto da Criança e do Adolescente, que veda a transferência de guarda de criança sem autorização judicial para tanto.

É de se recordar que o *habeas corpus* não é sucedâneo de via recursal própria e que, no âmbito do seu muito restrito contexto probatório, quanto às evidências factuais, *a priori* apuradas perante o juízo de origem, nesta instância superior não é dado proceder ao revolvimento do exame das circunstâncias materiais que, reiterar-se, o juiz de base, ao determinar o internamento da criança - expressa e objetivamente - procedeu quando sopesou as condições do abrigo e as razões da necessidade da medida extrema ordenada.

Portanto, *preliminarmente*, é de se examinar o cabimento da via procedimental eleita pelas partes e, nessa esteira, ante as circunstâncias do caso concreto, não é de se conhecer do *habeas corpus* impetrado.

2. Caso superada a preliminar, a despeito disso, ante a existência de acórdãos desta Corte Superior que analisam o mérito da impetração a fim de avaliar acerca da adequação da medida protetiva de acolhimento institucional da menor, prossegue-se no exame da controvérsia posta a julgamento.

Em face dos elementos fático-probatórios disponíveis no presente caderno processual, verifica-se ter ocorrido a entrega espontânea da menor (no seu primeiro mês de vida) pela genitora residente na cidade de São José da Laje/AL aos ora impetrantes, cujo domicílio é em Sumaré/SP, não possuindo esses qualquer vínculo de parentesco com a criança ou mesmo mero relacionamento social com os respectivos familiares. Estes, por sua vez, não demonstraram interesse em assumir responsabilidade alguma perante a infante. Por outro lado, os requerentes, desde 2015, estão inscritos no Cadastro Nacional de Adoção (fl. 90, e-STJ) e estavam em 17º lugar na ordem cronológica correspondente ao perfil da criança, quando da elaboração do estudo social (fl. 117, e-STJ). É incontroverso que o período de convivência entre a infante e os impetrantes, até a deliberação exarada no bojo do pedido de medida de proteção, fora de aproximadamente sete meses, contando a menor atualmente com apenas onze meses de idade.

Inegavelmente, a *irregularidade na entrega da criança* e a “transferência da guarda” da mãe biológica ao casal guardião (ora impetrante) é notória, porquanto admitida pelos próprios requerentes, e pelos familiares, nas entrevistas realizadas pela equipe de assistência social.

O artigo 30 do ECA é de clareza solar ao determinar que “*a colocação em família substituta não admitirá transferência da criança ou adolescente a terceiros*”

ou a entidades governamentais ou não-governamentais, **sem autorização judicial**, permissão/aquiescência essa que não ocorreu no caso *sub judice*.

O MM. Juiz de primeiro grau, cuja decisão fora mantida pelo Tribunal paulista, asseverou que “O casal que pretendeu, sem as devidas formalidades legais, **em prejuízo dos demais cadastrados à adoção, obter a guarda da criança, para indisfarçável futura adoção, tinha plena ciência do procedimento legal, para adotar, uma vez que estava cadastrado à adoção**” (fl. 184, e-STJ).

Ademais, segundo averiguação promovida pela equipe de *assistência social* (fls. 111-117, e-STJ), constatou-se que, a despeito de os impetrantes demonstrarem exercer proteção e cuidado para com a menor, *tinham pleno conhecimento do procedimento legal de adoção*, tanto que estão inscritos no cadastro, porém, como os próprios impetrantes afirmam, tomaram a “decisão na fé” e “não conseguiram falar não para a criança, embora soubessem dos riscos”.

A conclusão técnica do *estudo psicológico* realizado (fls. 118-123, e-STJ), não deixou dúvidas de que o casal impetrante teve contato prévio com a mãe biológica para a entrega direta do recém-nascido, inclusive se deslocaram de São Paulo até o Nordeste para tratar com a gestante, embora tivessem pleno conhecimento dos trâmites legais necessários para uma adoção. Daí pode-se concluir que houve *cumplicidade prévia ao nascimento da criança*, entre a mãe biológica e os impetrantes, sendo que em relação aos últimos verificou-se verdadeira má-fé quanto à observância dos procedimentos regulares previstos em lei e do pleno conhecimento dos mesmos, os quais visaram nitidamente burlar o Cadastro Nacional de Adoção e infringir a legislação pertinente.

Práticas como esta não podem ser referendadas pelo Poder Judiciário.

Na hipótese, dado o curto período de convivência com o casal guardião, não se vislumbra qualquer prejuízo à infante com o acolhimento institucional provisório, até que seja colocada em família substituta.

No ponto, destaca-se consideração da psicóloga judiciária que acompanhou o caso:

Do ponto de vista psicológico, entende-se que apesar do amparo psíquico e do afeto se mostrarem fundamentais desde os primeiros dias de vida de uma criança, a construção e a discriminação das figuras de referência na vida de um indivíduo ocorre ao longo de um período significativo e constante de convivência, não havendo, na fase atual de desenvolvimento de Laura, maturação fisiológica/cognitiva suficiente para a definição destes papéis sociais e o estabelecimento do senso de filiação. Para a criança, neste estágio

de vida, o casal corresponde a seus cuidadores primários, que apesar de serem importantíssimos para oferecer todo amparo (físico e emocional) e cuidado necessário, **não há como se falar em laços de afeto já consolidados da infante com os pretensos adotantes.** (fls. 121-122, e-STJ)

A avaliação psicológica aponta, ainda, que os estudos sobre o desenvolvimento infantil e teorias da personalidade estabelecem como consenso que “os vínculos afetivos entre um bebê e seu cuidador, vão se formando gradativamente e que **este cenário não estará consolidado antes do primeiro ano de vida**”, bem como que “**uma eventual ruptura nos primeiros meses de vida de um infante, não será determinante para a produção de traumas imutáveis ao estado emocional e ao desenvolvimento global do indivíduo ainda no início de seu desenvolvimento.**” (fl. 122, e-STJ).

Frente a tais circunstâncias, é cabido concluir que os elos de convivência com os impetrantes, na hipótese *sub judice*, não perduram por período tão significativa de modo a formar - **frise-se, para o infante** -, vínculo indissolúvel ou qualquer prejuízo ao seu desenvolvimento, a tal ponto, *capaz de autorizar o Poder Judiciário a relegar as exigências legais para a guarda ou para a adoção.*

E, como bem observou o órgão ministerial, “**o Cadastro de Adotantes conta com pessoas ansiosas por sua vez na lista de adoção; desejosas de filho e que esperam confiando no Poder Judiciário**” (fl. 182, e-STJ).

Ademais, deve-se dar especial relevo às ponderações e análises proferidas pelo juízo de piso e pelo Ministério Público da Comarca, órgãos esses que, em razão de sua atuação em primeiro grau, estão inegavelmente mais próximos do contexto fático e muito melhor aparelhados para acompanhar e averiguar as peculiaridades inerentes à proteção dos interesses da infante. E por tais razões, suas impressões e conclusões devem ser preservadas, haja vista que tomadas com base em ação ordinária com ampla carga cognitiva, enquanto que aqui, trata-se de medida extraordinária de *habeas corpus*, o qual não permite a extensiva dilação probatória.

Na hipótese ora em foco, com a vênua do e. Ministro Relator, momentaneamente, *a defesa do melhor interesse da criança se consubstancia no acolhimento provisório institucional*, assim como determinou o juízo de piso e o Tribunal Paulista, tanto em razão do pequeno lapso de tempo de convívio com os impetrantes, *de modo a evitar o estreitamento desses laços afetivos*, quanto para resguardar a adequada aplicação da lei e a observância aos procedimentos por ela instituídos.

A propósito, caso se aguarde a tomada das providências necessárias para reverter a prática irregular realizada pelos impetrantes, passando-se mais alguns anos, estará se consolidando a situação fática da adoção ilegal, tão repelida pelas políticas públicas que regulamentam a matéria.

Desta forma, *diante da evidente prática de adoção à brasileira*, mostra-se razoável e prudente a medida protetiva de acolhimento institucional determinada pelas instâncias ordinárias, com a devida vênua ao entendimento do eminente Relator, porquanto, da análise do caso, a medida determinada pelo magistrado *a quo* é a que melhor atende aos interesses presentes e futuros da criança, observando-se as leis pertinentes à hipótese e as políticas públicas construídas para o enfrentamento de casos como o ora em julgamento, sob pena de se criar exceção autorizadora ao absoluto descumprimento dessas normas e políticas públicas ora referidas.

Há precedentes da Casa, inclusive, no sentido de o *acolhimento institucional ser a melhor medida nos casos em que a guarda fora obtida de modo fraudulento*, a fim de evitar a formação de laços afetivos, a saber:

Habeas corpus. *Estatuto da Criança e do Adolescente. Ação de destituição de poder familiar e medida protetiva de acolhimento institucional. Entrega irregular do infante pela mãe biológica a terceiros. O abrigo é medida que se impõe, no caso. Ordem denegada.* [...] 2. Na origem fora determinado o acolhimento institucional face a suspensão do poder familiar em razão da inadequação na entrega espontânea do infante, pela mãe biológica residente na Bahia, ao casal impetrante domiciliado em São Paulo, que não possui qualquer vínculo de parentesco com a criança, tampouco é inscrito no cadastro de pretendentes à adoção. 3. Em princípio, não se afigura teratológica a deliberação do magistrado a quo e do Desembargador relator do agravo de instrumento que, frente às circunstâncias fáticas do caso entenderam prudente o acolhimento institucional do menor, ante a existência de fortes indícios acerca da irregularidade na conduta da genitora e dos impetrantes, ao afrontarem a legislação regulamentadora da matéria sobre a proteção de crianças e adolescentes, bem assim às políticas públicas implementadas, com amparo do Conselho Nacional de Justiça, que visam coibir práticas como a da adoção à brasileira. 3. Na hipótese ora em foco, momentaneamente, a defesa do melhor interesse da criança se consubstancia no acolhimento provisório institucional, tanto em razão do pequeno lapso de tempo de convívio com os impetrantes, de modo a evitar o estreitamento desses laços afetivos, quanto para resguardar a adequada aplicação da lei e a observância aos procedimentos por ela instituídos, já que, segundo se depreende dos elementos colhidos na análise desta controvérsia, para fins de adoção, os impetrantes não estão aptos visto sequer estarem inscritos no cadastro nacional de pretensos

adotantes. 4. Assim, dada a pouca idade do infante e em razão de que os elos de convivência não perduram por período tão significativo a ponto de formar, para o menor, vínculo indissolúvel, prudente e razoável a manutenção do abrigo.

5. Ordem denegada e, por consequência, revogada a liminar anteriormente concedida. (HC 439.885/SP, Rel. Ministro Lázaro Guimarães (Desembargador Convocado do TRF 5ª Região), Rel. p/ Acórdão Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma, julgado em 15/05/2018, DJe 21/05/2018) [grifou-se]

Habeas corpus. Estatuto da Criança e do Adolescente. Ação de destituição de poder familiar e medida protetiva de acolhimento institucional. *Entrega irregular e ilegal da infante pela mãe biológica a terceiros.* Suspeita de tráfico de criança. O abrigo é medida que se impõe, no caso. Ordem denegada.

[...] 1. **Na origem fora determinado o acolhimento institucional em razão da ilegalidade na obtenção da guarda da infante pelo casal impetrante, que fora entregue, de forma ilícita, pela mãe biológica logo após o seu nascimento.**

2. É notória a irregularidade na conduta dos impetrantes, ao afrontar a legislação regulamentadora da matéria sobre a proteção de crianças e adolescentes, bem assim às políticas públicas implementadas, com amparo do Conselho Nacional de Justiça, visando coibir práticas como esta. 3. "Para evitar a formação de laços afetivos em hipóteses em que a guarda foi obtida de forma fraudulenta, com indícios de ilegalidade e cometimento de crime, mostra-se razoável a medida protetiva de acolhimento institucional." Precedentes. 4. Na hipótese, dada a pouca idade da infante e em razão de que os elos de convivência não perduram por período tão significativo a ponto de formar, para a menor, vínculo indissolúvel, prudente e razoável a manutenção do abrigo. 5. **Ordem denegada e, por consequência, revogada a liminar anteriormente concedida.** (HC 406.739/RS, Rel. Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma, julgado em 17/08/2017, DJe 24/08/2017) [grifou-se]

Habeas corpus. Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA). **Medida protetiva. Busca e apreensão de menor. Determinação de acolhimento institucional. Grave suspeita de fraude na aquisição da guarda.** Genitora humilde. Entrega do filho para outro casal, com posterior arrependimento. Necessidade de ampla dilação probatória. Ordem denegada. 1. Consoante entendimento jurisprudencial desta Corte de Justiça, salvo risco evidente à integridade física e psíquica da criança, não é do seu melhor interesse o acolhimento institucional, cuja legalidade pode ser examinada mediante a estreita via do *habeas corpus*. 2. **Todavia, no caso dos autos, o acolhimento institucional fora determinado em razão da descoberta de fraude na obtenção da guarda da criança pelo casal impetrante que, em conjunto com a genitora, utilizou-se de documentos falsos durante o pré-natal e no parto do menor.** 3. Ademais, há informações no sentido da viabilidade do retorno da criança à mãe biológica, que mostrou arrependimento pela entrega do filho ao casal impetrante. 4. *Dadas as peculiaridades do caso, tem-se a necessidade de ampla dilação probatória, o que é incompatível com a via do habeas corpus, que só admite cognição sumária.* 5. Ordem denegada. (HC 370.636/SP, Rel. Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 14/02/2017, DJe 21/02/2017) [grifou-se]

Habeas corpus. *Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA). Medida protetiva. Busca e apreensão de menor. **Determinação de acolhimento institucional. Grave suspeita de fraude na aquisição da guarda.** Genitora adolescente de condição humilde. Entrega da filha para outro casal criar, intermediada por advogado, com posterior arrependimento. Genitora mãe registral impedida de ver a criança. Medida proporcional à gravidade do fato. Legalidade da decisão. Ordem denegada. [...] 3. A jurisprudência desta Corte orienta-se no sentido de que, salvo risco evidente à integridade física e psíquica da criança, não é do seu melhor interesse o acolhimento institucional. 4. **Contudo, para evitar a formação de laços afetivos em hipóteses em que a guarda foi obtida de forma fraudulenta, com indícios de ilegalidade e cometimento de crime, mostra-se razoável a medida protetiva de acolhimento institucional.** 5. No caso, o pai registral conquistou a guarda de forma obscura de genitora adolescente, que foi afastada da filha, sem poder manter contato com ela, com posterior arrependimento de sua entrega. 6. Envolvimento de terceiros na intermediação do ato de entrega da menor, com fortes indícios do cometimento de crime, tornando duvidosa a alegada paternidade. 7. Intervenção judicial, no caso, feita de forma precoce, mínima e proporcional à gravidade dos fatos imputados ao pai registral. 8. *Legalidade da medida protetiva da criança.* 9. *Ordem denegada.* (HC 342.325/RJ, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 18/02/2016, DJe 09/03/2016) [grifou-se]*

Portanto, esta Corte tem orientação uniforme para casos semelhantes, estando nesta uniformização de entendimento uma das mais preciosas funções desta Casa que também é a de dirimir conflitos com segurança jurídica.

Por fim, este signatário não ignora a peculiaridade ressaltada pelo eminente Relator acerca da necessidade de *cuidados especiais* da menor, em razão de sua mãe biológica ser soropositivo para HIV. Contudo, entende-se que tal especificidade não é suficiente para afastar o cumprimento da legislação pertinente.

Quanto a esses *cuidados* exigidos pela criança, certamente serão providos pela família substituta, apta a receber a guarda, regularmente cadastrada e em fila de espera para a adoção e, enquanto a medida não se concretizar, caberá ao Estado, sob fiscalização do Ministério Público, prestar a assistência necessária.

Inclusive, destaca-se a informação contida à fl. 117, e-STJ, no sentido de que *há 16 famílias na lista do Cadastro de Adoção*, em posição anterior aos ora impetrantes, candidatando-se a acolher a criança e, conseqüentemente, prover os cuidados por ela exigidos.

Frisa-se que, ao tomar medida diversa da ora proposta, esta Corte Superior estaria, não só preterindo as referidas famílias, bem como incentivando a burla à legislação que regulamenta a matéria e o próprio “Cadastro Nacional

de Adoção”, este último instituído pelo Conselho Nacional de Justiça como política pública direcionada à proteção dos direitos da infância e juventude.

Cumpra ao juízo de origem, inclusive de ofício, valendo-se da sua equipe interdisciplinar de apoio, tomar as medidas cabíveis e urgentes para evitar o prolongamento indefinido dessa situação transitória da infante, de modo a deslindar a questão da atribuição da criança à sua família originária ou à família substituta.

3. Do exposto, dirijo do e. Relator para, preliminarmente, *não conhecer* do *habeas corpus* e, se superada por este Colegiado a referida questão, voto pela *denegação da ordem*, com a revogação da liminar deferida nesta Corte Superior.

É como voto.

VOTO-VOGAL

O Sr. Ministro Raul Araújo: Senhor Presidente, relativamente ao aspecto preliminar, embora eu conheça casos em que foi adotada essa técnica de julgamento, julgo incompatível com o instituto do *habeas corpus*, porque é uma ação constitucional e não um recurso, de modo que não podemos “não conhecer de *habeas corpus*”. Entendo assim, com a devida vênia, embora, repito, saiba que, em vários casos, se faz isso na jurisprudência de todo o País.

Não adoto esse tipo de solução, nem para o mandado de segurança, nem para o *habeas corpus*. Em nenhuma das chamadas ações constitucionais, pois não são recursos.

Rejeito a preliminar.

Indo adiante, entendo que a letra fria da lei não deve prevalecer nesses casos dramáticos que chegam até a Corte Superior, envolvendo menores em situação de risco. Até abdicamos um tanto da nossa condição de Corte Superior nessas questões que envolvem interesses de menor ou investigações de paternidade. Atuamos um pouco como instância ordinária nesses casos, dada à relevância dos direitos fundamentais envolvidos nessas ações.

Então, peço vênia ao eminente Ministro Marco Buzzi, que sei que em seu voto traz a solução, talvez, de melhor técnica do que aquela que nos apresenta o nobre Relator, pedindo vênia também ao Ministro Luis Felipe Salomão, para assim me expressar. Penso que o Ministro Salomão está usando mais o sentimento do que a pura técnica, mas é também isso o que faço nesses casos dramáticos.

E me sinto confortável em assim me expressar porque vou acompanhar Sua Excelência, o eminente Relator, apenas ponderando que se faça um mínimo de referência ao mérito da ação. Deixemos que o mérito da ação de guarda seja definido, com o destino da criança, pelas instâncias ordinárias, oportunamente. Esse mérito pode até ultrapassar o âmbito da mera guarda do menor, já que outras questões poderão ser ali também avaliadas pelo julgador, como salienta o voto-vista, muito técnico, primoroso, do eminente Ministro Marco Buzzi.

Entendo que, com isso, não estaremos fugindo aos procedimentos legais, mas apenas deixando que, provisoriamente, a criança fique numa situação melhor, recebendo atenção mais específica, direta, imediata, pessoal do casal, em favor de quem concedemos a ordem de *habeas corpus*. Tudo isso sem subtrair, das instâncias ordinárias, o cumprimento de seu dever, que é de definir, após exame bem abalizado, bem adequado, a situação definitiva da criança.

Apenas de forma provisória é que concedemos a ordem de *habeas corpus* para que a criança possa ficar não em abrigo, onde receberia um tratamento menos pessoal, menos imediato, menos eficaz, talvez, e, sim, com um casal que se dispõe a ter atenções direcionadas para a criança em situação de risco.

Então, peço vênia para acompanhar o eminente Relator.

VOTO VENCIDO

A Sra. Ministra Maria Isabel Gallotti: Senhor Presidente, compreendo todos os motivos de conveniência que inspiram o voto do eminente Relator e do Ministro Raul Araújo, mas, penso, assim como o Ministro Buzzi, que decisões do gênero podem inviabilizar o cadastro de adoção. Penso que, se deferirmos a guarda por liminar, em *habeas corpus* - num caso em que ambas as instâncias de origem entenderam, após analisar a situação de fato mais de perto, e tendo elas conhecimento do sistema de abrigamento que existe na origem e, inclusive, com parecer psicológico de que não haveria prejuízo no abrigamento da criança, enquanto não se designava uma das várias famílias cadastradas com antecedência aos impetrantes - com essa guarda, na prática, vai se consumir aquilo que o Ministério Público busca evitar, que é exatamente a consolidação desses laços afetivos.

Penso que, após deferida essa guarda, não haverá como se emprestar o valor que a lei quis dar ao procedimento de cadastro de adoção. Considero também que não é caso de *habeas corpus*. Na prática, a preliminar se confundiria

com o mérito. Penso que a questão deverá ser resolvida na via cível com todas as possibilidades de recurso que existem na via cível, inclusive agravo de instrumento, medidas cautelares, mandados de segurança, mas não *habeas corpus*.

Acompanho, portanto, com a devida vênua do eminente Relator, a divergência.

**RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA N. 59.322-MG
(2018/0298229-5)**

Relator: Ministro Antonio Carlos Ferreira

Recorrente: F S D

Advogado: Francisco Sales Dantas (em causa própria) - BA038052

Recorrido: Estado de Minas Gerais

Interes.: C M Z L

Interes.: M A L

Interes.: Ministério Público do Estado de Minas Gerais

EMENTA

Processual Civil. Recurso em mandado de segurança. Ato judicial. Impetração. Excepcional cabimento. Ilegalidade, teratologia ou abuso de poder. Advogado. Terceiro interessado. Súmula n. 202/STJ. Litigância de má-fé. Imposição de multa ao profissional. Impossibilidade. Recurso provido.

1. É excepcional o cabimento de mandado de segurança contra ato judicial impugnável por recurso em relação ao qual se faz possível atribuir efeito suspensivo. A impetração, nessa hipótese, somente é admitida em casos de flagrante ilegalidade, teratologia ou abuso de poder.

2. Os advogados, públicos ou privados, e os membros da Defensoria Pública e do Ministério Público não estão sujeitos à aplicação de pena por litigância de má-fé em razão de sua atuação

profissional. Eventual responsabilidade disciplinar decorrente de atos praticados no exercício de suas funções deverá ser apurada pelo respectivo órgão de classe ou corregedoria, a quem o magistrado oficiará. Aplicação do art. 77, § 6º, do CPC/2015. Precedentes do STJ.

3. A contrariedade direta ao dispositivo legal antes referido e à jurisprudência consolidada desta Corte Superior evidencia flagrante ilegalidade e autoriza o ajuizamento do mandado de segurança, em caráter excepcional.

4. “A impetração de segurança por terceiro, contra ato judicial, não se condiciona à interposição de recurso” (Súmula n. 202/STJ). O advogado, representante judicial de seu constituinte, é terceiro interessado na causa originária em que praticado o ato coator, e, nessa condição, tem legitimidade para impetrar mandado de segurança para defender interesse próprio.

5. Recurso provido.

ACÓRDÃO

A Quarta Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso ordinário, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Marco Buzzi, Raul Araújo e Maria Isabel Gallotti votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, o Sr. Ministro Luis Felipe Salomão.

Brasília (DF), 05 de fevereiro de 2019 (data do julgamento).

Ministro Antonio Carlos Ferreira, Relator

DJe 14.2.2019

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Antonio Carlos Ferreira: F. S. D. impetrou mandado de segurança perante o TJMG contra ato do Juiz de Direito da 5ª Vara Cível do Foro da Comarca de Governador Valadares - MG, impugnando o comando contido em decisão que lhe impôs, em demanda que patrocinou e solidariamente com sua constituinte, pena por litigância de má-fé no equivalente a 10% (dez por cento) sobre o valor da causa.

Na petição inicial (e-STJ, fls. 1/15), o recorrente argumentou ser descabida a imposição da pena em seu desfavor, procedimento que contraria o art. 77, § 6º, do CPC/2015. Aduziu, ainda, que “[o] advogado não pode ser punido no processo em que supostamente atua como litigante de má-fé, ainda que incorra em falta profissional. Eventual conduta desleal praticada pelo profissional deve ser apurada em processo autônomo, nos termos do artigo 32 do Estatuto da Advocacia (Lei 8.906/1994)” (fl. 7).

O TJMG, com fundamento nos arts. 5º, II, e 10 da Lei Federal n. 12.016/2009 e outrossim no entendimento expresso na nota n. 267 da Súmula do STF, indeferiu liminarmente a petição inicial e julgou extinto o processo, ante o cabimento de recurso de agravo, na forma instrumental, contra a decisão proferida pela autoridade coatora (art. 1.015, § ún., do CPC/2015).

Irresignado, o impetrante interpôs o presente recurso ordinário, com fundamento no art. 105, II, “b”, da CF/1988, reiterando os fundamentos pela adequação do *Writ* e defendendo ser teratológica a decisão impugnada. Pediu a suspensão liminar do ato e, ao final, o provimento do recurso.

Por meio da decisão juntada às fls. 123/125, deferi liminar para suspender, em relação ao advogado impetrante, os efeitos da decisão que lhe impôs multa por litigância de má-fé.

Remetidos os autos ao Ministério Público Federal, sobreveio parecer da lavra do em. Subprocurador-Geral da República *Antonio Carlos Alpino Bigonha*, que opinou pelo provimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Antonio Carlos Ferreira (Relator): A irresignação prospera.

Não cabe mandado de segurança contra decisão judicial passível de impugnação por meio de recurso dotado de efeito suspensivo. É esse o comando do art. 5º, II, da LMS:

Art. 5º Não se concederá mandado de segurança quando se tratar:

(...)

II - de decisão judicial da qual caiba recurso com efeito suspensivo;

Embora não seja dotado de efeito suspensivo *ex vi legis*, ao agravo de instrumento é possível atribuir essa condição, conforme previsão do art. 1.019, I, do CPC/2015. Por esse motivo, a rigor, a impetração é descabida. No ponto:

Processual Civil. Agravo interno no mandado de segurança. Enunciado Administrativo 3/STJ. Interposição de recurso ordinário durante a vigência do CPC/1973. Impossibilidade de aplicação da teoria da causa madura. Jurisprudência remansosa. Pretensão mandamental manifestamente incabível. Ausência de teratologia da decisão.

1. Não cabe ação de mandado de segurança contra ato judicial de que caiba recurso ao qual seja possível, nos termos dos arts. 995, parágrafo único, e 1.026, § 1º, do CPC/2015, agregar efeito suspensivo. Inteligência do art. 5º, inciso II, da Lei 12.016/2009.

(...)

(AgInt no MS 23.248/CE, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Corte Especial, julgado em 07/03/2018, DJe 23/03/2018)

A jurisprudência desta Corte Superior, todavia, admite seja impetrada a ação constitucional nos casos em que o ato coator revela-se teratológico, de flagrante ilegalidade ou abuso de poder. Cito, dentre muitos julgados nesse sentido, o seguinte:

Mandado de segurança contra decisão judicial. Intempestividade do agravo. Tema apreciado pelo Tribunal. Inexistência de ilegalidade, teratologia e abuso de poder. Ordem denegada.

1. O mandado de segurança impetrado contra ato jurisdicional é medida excepcional, somente cabível em casos de flagrante ilegalidade, teratologia ou abuso de poder (...)

(...)

(MS 21.463/SP, Rel. Ministro Raul Araújo, Rel. p/ Acórdão Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Corte Especial, julgado em 19/08/2015, DJe 18/11/2015)

No caso presente, o impetrante é advogado e foi multado, em conjunto com sua cliente, por supostamente ter incorrido em litigância de má-fé (e-STJ, fls. 16/17).

Ocorre que o art. 77, § 6º, do CPC/2015 é expresso em prever que os advogados, por sua atuação profissional, não estão sujeitos a penas processuais, cabendo o Magistrado oficial ao respectivo órgão de classe (OAB) para a apuração de eventual responsabilidade disciplinar:

Art. 77. Além de outros previstos neste Código, são deveres das partes, de seus procuradores e de todos aqueles que de qualquer forma participem do processo:

I - expor os fatos em juízo conforme a verdade;

II - não formular pretensão ou de apresentar defesa quando cientes de que são destituídas de fundamento;

III - não produzir provas e não praticar atos inúteis ou desnecessários à declaração ou à defesa do direito;

IV - cumprir com exatidão as decisões jurisdicionais, de natureza provisória ou final, e não criar embaraços à sua efetivação;

V - declinar, no primeiro momento que lhes couber falar nos autos, o endereço residencial ou profissional onde receberão intimações, atualizando essa informação sempre que ocorrer qualquer modificação temporária ou definitiva;

VI - não praticar inovação ilegal no estado de fato de bem ou direito litigioso.

§ 1º Nas hipóteses dos incisos IV e VI, o juiz advertirá qualquer das pessoas mencionadas no *caput* de que sua conduta poderá ser punida como ato atentatório à dignidade da justiça.

§ 2º A violação ao disposto nos incisos IV e VI constitui ato atentatório à dignidade da justiça, devendo o juiz, sem prejuízo das sanções criminais, civis e processuais cabíveis, aplicar ao responsável multa de até vinte por cento do valor da causa, de acordo com a gravidade da conduta.

§ 3º Não sendo paga no prazo a ser fixado pelo juiz, a multa prevista no § 2º será inscrita como dívida ativa da União ou do Estado após o trânsito em julgado da decisão que a fixou, e sua execução observará o procedimento da execução fiscal, revertendo-se aos fundos previstos no art. 97.

§ 4º A multa estabelecida no § 2º poderá ser fixada independentemente da incidência das previstas nos arts. 523, § 1º, e 536, § 1º.

§ 5º Quando o valor da causa for irrisório ou inestimável, a multa prevista no § 2º poderá ser fixada em até 10 (dez) vezes o valor do salário-mínimo.

§ 6º Aos advogados públicos ou privados e aos membros da Defensoria Pública e do Ministério Público não se aplica o disposto nos §§ 2º a 5º, devendo eventual responsabilidade disciplinar ser apurada pelo respectivo órgão de classe ou corregedoria, ao qual o juiz oficiará.

(...)

A jurisprudência deste Tribunal Superior firmou-se nessa mesma linha de inteligência, embora formada na vigência do sistema processual revogado (CPC/1973, art. 14, § ún.), cuja redação nem mesmo era tão impositiva e eloquente como a do novel diploma:

Art. 14. (...)

Parágrafo único. **Ressalvados os advogados[,] que se sujeitam exclusivamente aos estatutos da OAB**, a violação do disposto no inciso V deste artigo constitui ato atentatório ao exercício da jurisdição, podendo o juiz, sem prejuízo das sanções criminais, civis e processuais cabíveis, aplicar ao responsável multa em montante a ser fixado de acordo com a gravidade da conduta e não superior a vinte por cento do valor da causa; não sendo paga no prazo estabelecido, contado do trânsito em julgado da decisão final da causa, a multa será inscrita sempre como dívida ativa da União ou do Estado.

Confira-se:

Civil e Processo Civil. Litigância de má-fé. Condenação solidária do advogado. Impossibilidade.

(...)

4. Responde por litigância de má-fé (arts. 17 e 18) quem causar dano com sua conduta processual. Contudo, nos termos do art. 16, somente as partes, assim entendidas como autor, réu ou interveniente, em sentido amplo, podem praticar o ato. Com efeito, todos que de qualquer forma participam do processo têm o dever de agir com lealdade e boa-fé (art. 14, do CPC). Em caso de má-fé, somente os litigantes estarão sujeitos à multa e indenização a que se refere o art. 18, do CPC.

5. Os danos eventualmente causados pela conduta do advogado deverão ser aferidos em ação própria para esta finalidade, sendo vedado ao magistrado, nos próprios autos do processo em que fora praticada a alegada conduta de má-fé ou temerária, condenar o patrono da parte nas penas a que se refere o art. 18, do Código de Processo Civil.

6. Recurso especial conhecido em parte e, nesta parte, provido.

(REsp 1.173.848/RS, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 20/04/2010, DJe 10/05/2010)

Agravo interno. Recurso especial. Subscrição de ações. Contrato de participação financeira. Aquisição de linha telefônica. Cumprimento de sentença. Impugnação. Litigância de má-fé. Cerceamento de defesa. Reexame de matéria fática. Negativa de prestação jurisdicional. Não ocorrência. Condenação solidária do advogado por litigância de má-fé. Impossibilidade.

(...)

3. As penas por litigância de má-fé, previstas nos artigos 14 e 16 do CPC de 1973, são endereçadas às partes, não podendo ser estendidas ao advogado que atuou na causa, o qual deve ser responsabilizado em ação própria, consoante o artigo 32 da Lei 8.906/1994. Precedentes.

4. Agravo interno a que se nega provimento.

(AgInt no REsp 1.590.698/RS, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, julgado em 04/05/2017, DJe 11/05/2017)

Recurso especial. Processual Civil. Recursos especiais interpostos pela OAB/SP e pelo autor da ação possessória e seus patronos. Litigância de má-fé. Dano processual. Indenização. Não demonstração do prejuízo. Multa. Condenação solidária do promovente e seus advogados. Impossibilidade. Necessidade de ação própria. Acolhimento das teses recursais.

(...)

6. Em caso de litigância de má-fé (CPC, arts. 17 e 18), descabe a condenação solidária da parte faltosa e de seus procuradores. A conduta processual do patrono da parte é disciplinada pelos arts. 14 do CPC e 32 do Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil - EAOAB (Lei 8.906/94), de maneira que os danos processuais porventura causados pelo advogado, por dolo ou culpa grave, deverão ser aferidos em ação própria.

7. Recurso especial da OAB/SP provido.

8. Recurso especial do autor e seus patronos parcialmente provido.

(REsp 1.331.660/SP, Rel. Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 17/12/2013, DJe 11/04/2014)

No mesmo sentido, ainda: REsp 1.370.503/BA, Rel. Ministra *Eliana Calmon*, Segunda Turma, julgado em 04/06/2013, DJe 11/06/2013; RMS 27.868/DF, Rel. Ministra *Laurita Vaz*, Quinta Turma, julgado em 25/10/2011, DJe 11/11/2011; REsp 1.247.820/AL, Rel. Ministro *Humberto Martins*, Segunda Turma, julgado em 28/06/2011, DJe 01/07/2011; AgRg nos EDcl no Ag 918.228/RS, Rel. Ministro *Paulo de Tarso Sanseverino*, Terceira Turma, julgado em 14/09/2010, DJe 22/09/2010; EDcl no RMS 31.708/RS, Rel. Ministra *Nancy Andrigli*, Terceira Turma, julgado em 10/08/2010, DJe 20/08/2010; REsp 140.578/SP, Rel. Ministro *Luis Felipe Salomão*, Quarta Turma, julgado em 20/11/2008, DJe 15/12/2008.

A contrariedade direta ao dispositivo legal antes referido e à jurisprudência consolidada desta Corte Superior evidencia flagrante ilegalidade e autoriza o ajuizamento do mandado de segurança, em caráter excepcional.

Além disso, no caso concreto o impetrante não figura como parte na demanda principal, ostentando a condição de terceiro, o que enseja a aplicação do entendimento consolidado na nota n. 202 da Súmula de Jurisprudência do STJ:

A impetração de segurança por terceiro, contra ato judicial, não se condiciona à interposição de recurso.

Vejamos:

Recurso em mandado de segurança. Processual Civil. Impetração de terceiro prejudicado contra ato judicial. Súmula 202/STJ. Cabimento. Retorno do feito à origem.

O advogado da cliente que teve negado seu pedido de reserva de honorários quando do precatório, na qualidade de terceiro prejudicado, tem legitimidade para impetrar a ação mandamental em comento – Súmula 202/STJ.

Recurso provido com o retorno dos autos ao Tribunal de origem para análise do mérito da impetração.

(RMS 16.440/RJ, Rel. Ministro José Arnaldo da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 09/12/2003, DJ 02/02/2004, p. 340)

Quanto ao mérito da controvérsia, por força da disposição contida nos arts. 1.027, § 2º, e 1.013, § 3º, ambos do CPC/2015, este Tribunal Superior poderia desde logo julgar a demanda, haja vista tratar-se de discussão puramente jurídica.

Contudo, observo que a autoridade coatora não foi notificada a prestar informações, tampouco cientificado o órgão de representação judicial da pessoa jurídica interessada – Estado de Minas Gerais – para ingressar no feito, se assim o quiser, na forma prevista pelo art. 7º, incisos I e II, da Lei Federal n. 12.016/2009

Em tais circunstâncias, entendo que o processo não está em condições de imediato julgamento.

Ante o exposto, *dou provimento* ao presente recurso ordinário para cassar o acórdão recorrido e determinar o prosseguimento do mandado de segurança perante o TJMG, a quem caberá julgá-lo como entender de direito.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.149.487-RJ (2009/0132773-3)

Relator: Ministro Antonio Carlos Ferreira

Recorrente: Pedro Henrique de Orleans e Bragança e outros

Advogados: Mário Alberto Pucheu e outro(s) - RJ008447

Sergio Bermudes e outro(s) - RJ017587

Recorrente: Isabel de Orleans e Bragança e outros

Advogado: Dirceu Alves Pinto e outro(s) - RJ007570

Recorrente: Estado do Rio de Janeiro

Procurador: Sérgio Teixeira Firmo e outro(s) - RJ034823

Recorrido: Os Mesmos

Recorrido: União

Interes.: Pedro de Orleans e Bragança - Espólio

Repr. por: Afonso de Bourbon de Orleans e Braganca - Inventariante

Advogado: José Carlos de Araújo Almeida Filho e outro(s) - RJ071627

EMENTA

Civil e Processual Civil. Recurso especial. Ação de força velha (demanda possessória, processada pelo rito ordinário) proposta em 1895. Dotação para a aquisição de prédio destinado à habitação da Princesa Imperial Dona Isabel e seu marido. Atual Palácio Guanabara. Direito de habitação. Obrigação do Estado vinculada à monarquia. Próprio nacional. Prescrição.

1. Caso em que a petição inicial de “ação de força velha” (demanda possessória, processada pelo rito ordinário), proposta em 1895 pelo Conde e pela Condessa d’Eu (Princesa Isabel), discute a posse do Palácio Isabel (atual Palácio Guanabara) e também a propriedade, repelindo a natureza de próprio nacional declarada no Decreto n. 447, de 18.7.1891, e afirmando a existência de esbulho e de confisco por parte do Estado. Em tal contexto, a posse está sendo postulada, igualmente, com fundamento no domínio.

2. Coisa julgada material descaracterizada quanto ao tema de mérito relativo ao domínio, tendo em vista que, no julgamento da Petição n. 100, ocorrido em 10.8.1895, o STF indeferiu a ação de incorporação proposta pela União tão somente diante de aspectos processuais afetos ao Decreto n. 447/1891, que não serviria como argumento para viabilizar a utilização e o processamento do referido tipo de ação. Remeteu as partes, então, às vias ordinárias.

3. O Palácio Guanabara, adquirido com recursos do Tesouro Nacional a título de dote, com fundamento nas Leis n. 166, de 29.9.1840, 1.217, de 7.7.1864, e 1.904, de 17.10.1870, destinava-se exclusivamente à habitação do Conde e da Condessa d'Eu por força de obrigação legal do Estado vinculada à monarquia e ao alto decoro do trono nacional e da família imperial.

4. Com a proclamação e a institucionalização da República, as circunstâncias fundamentais que justificavam a manutenção da posse do palácio deixaram de existir, tendo em vista que foram extintos os privilégios de nascimento, os foros de nobreza, as ordens honoríficas, as regalias e os títulos nobiliárquicos. Em decorrência, as obrigações do Estado previstas nas leis da época perante a família imperial foram revogadas *ipso facto* pela nova ordem imposta, dentre as quais a posse de que trata a ação.

5. A legislação editada durante a monarquia (Leis n. 166/1840 e 1.904/1870) expressamente conferiu aos imóveis adquiridos para a residência da família imperial natureza de próprio nacional, ou seja, bens de propriedade da Fazenda Nacional.

6. Durante o regime imperial, não se cogitava da abolição da monarquia, razão pela qual a instituição da república, extinguindo o anterior regime, qualificou nova hipótese de “fim da sucessão” dos privilégios dos membros da família imperial relacionados aos imóveis adquiridos a título de dote com dinheiro público.

7. Prejudicado o recurso adesivo do Estado do Rio de Janeiro, tendo em vista que o pedido de decretação da prescrição foi subordinado, pelo próprio recorrente, ao efetivo acolhimento da pretensão dos herdeiros do Conde e da Condessa d'Eu. No julgamento, todavia, os referidos recursos especiais não foram providos.

8. Recursos especiais interpostos por Pedro Henrique de Orleans e Bragança e outros e por Isabel de Orleans e Bragança e outros conhecidos parcialmente e desprovidos, e recurso adesivo interposto pelo Estado do Rio de Janeiro prejudicado.

ACÓRDÃO

A Quarta Turma, por unanimidade, conheceu parcialmente e, nesta parte, negou provimento aos recursos especiais interpostos por Pedro Henrique de

Orleans e Bragança e outros e por Isabel de Orleans e Bragança e outros; e julgou prejudicado o recurso adesivo interposto pelo Estado do Rio de Janeiro, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Marco Buzzi, Raul Araújo e Maria Isabel Gallotti votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Luis Felipe Salomão.

Brasília (DF), 06 de dezembro de 2018 (data do julgamento).

Ministro Antonio Carlos Ferreira, Relator

DJe 15.2.2019

VOTO

A Sra. Ministra Maria Isabel Gallotti: Senhor Presidente, acompanho o magnífico voto de Vossa Excelência, o qual, aliado às belíssimas sustentações orais, nos fizeram rememorar importantes momentos de nossa história.

Ressalto, como já fez Vossa Excelência, que não estamos julgando aqui uma possível reparação global que fosse devida à nossa Família Imperial quando de seu banimento do País, mas apenas a questão relativa ao título pelo qual o Palácio Izabel, hoje Palácio Guanabara, era ocupado e eventual direito de indenização pelo seu desapossamento.

Esse prédio foi adquirido, com recursos da Nação, para habitação da Princesa Imperial. Não era de propriedade do Conde e da Condessa d' Eu, Princesa Isabel. Idêntica questão foi decidida pelo Supremo Tribunal Federal, em acórdão proferido em 16.3.1898, relação ao denominado Palácio Leopoldina, em ação possessória ajuizada por Dom Pedro Augusto de Saxe Coburgo Gotha e Bragança, cujo regime jurídico era o mesmo, estabelecido pelas mesmas leis e semelhantes contratos matrimoniais.

Sustentam os recorrentes que não seriam iguais as circunstâncias do Palácio Leopoldina e do Palácio Izabel, porque o Palácio Leopoldina teria sido indenizado ao viúvo da precocemente falecida Princesa Leopoldina.

Ocorre que, dos próprios documentos trazidos nos memoriais, observo que o acordo relativo ao dote da falecida Princesa Leopoldina, que foi firmado em 1888, portanto, durante a Monarquia, estabelecia que fosse pago o dote da falecida Princesa - devido em decorrência do falecimento, nos termos do contrato matrimonial - na importância de 1.200 (mil e duzentos) contos de

réis: um terço para o viúvo e dois terços para os quatro filhos, valores esses que deveriam ficar em usufruto dos beneficiários. Além disso, foi estabelecido que, fora essa quantia, o Palácio Leopoldina ficaria em “administração e usufruto” do segundo Duque de Saxe, filho da Princesa Leopoldina, o qual já havia atingido a maioridade.

Portanto, essas quantias que foram destinadas à família da Princesa Leopoldina, ainda durante a Monarquia, foram pagas por força de outras cláusulas do contrato matrimonial que não estipulavam apenas o valor para aquisição para moradia do que viria a ser depois denominado “Palácio Leopoldina” (assim como o Palácio Isabel). Elas previam dotação para compra de móveis, enxoval e apetrechos para guarnecer os Palácios e também previam dotação anual para a manutenção da família e havia estipulação também do que aconteceria em caso de morte de um dos cônjuges. Tudo isso estava disciplinado nesses contratos.

No caso da Princesa Leopoldina, pois, como ela faleceu ainda durante a Monarquia, foi seguido à risca o contrato matrimonial e houve o pagamento dessa dotação, que não correspondia ao valor do Palácio, mas a outras estipulações. O Palácio, expressamente nesse acordo, ficou sob usufruto e administração do filho mais velho da falecida Princesa Leopoldina, que era o morgado, Príncipe Pedro Augusto. Quando proclamada a República, também o Palácio Leopoldina foi tomado, o que ensejou essa ação possessória julgada pelo Supremo Tribunal Federal, a propósito do Palácio da Leopoldina, que, a meu ver, constitui precedente de hipótese absolutamente semelhante para que se julgue o presente caso.

Assim, não estamos aqui discutindo outras indenizações a que pudesse fazer jus a Princesa Isabel e que, certamente, não foram recebidas, porque ela foi banida, juntamente com a Família Imperial, ao contrário da Princesa Leopoldina, que faleceu antes do fim da Monarquia.

No tocante a ela, o seu contrato matrimonial foi completamente cumprido com o pagamento da dotação destinada ao seu viúvo e filhos, ficando o Palácio na administração do seu filho mais velho, tendo sido posteriormente ocupado pelo Governo republicano, assim como ocorreu com o Palácio Izabel.

Nesse sentido, reporto-me a escrito de Dom Carlos Tasso de Saxe-Coburgo e Bragança, bisneto da Princesa Leopoldina, publicado em 2012 pela Editora Senac/SP, sob o título “A Intriga”, em que são narradas, dentre outros fatos atinentes à Monarquia, as circunstâncias do casamento das princesas Isabel e Leopoldina:

Dom Pedro II, um homem de grande prestígio, mas que não era rico, vivia unicamente com sua dotação, que, por sua vontade, nunca foi aumentada durante todo o seu longo reinado. Ele destinava grande parte dos seus recursos a ações beneficentes e bolsas de estudo. Abnegado, vivia como um modesto burguês.

Portanto, do ponto de vista econômico, suas filhas não podiam ser vistas como grandes herdeiras. Receberiam um dote, fixado pelas câmaras, uma casa em uso de propriedade do Governo e uma vasta área de terreno, sempre pertencente ao Estado, que deveriam medir e beneficiar às próprias custas. Se vendessem algum lote daquela porção de terra, o dinheiro seria convertido em títulos da dívida pública, os quais não eram comerciáveis. Era um presente realmente curioso!

Acompanho, portanto, o voto do Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Antonio Carlos Ferreira: Trata-se, na origem, de “ação de força velha” (ação possessória, processada pelo rito ordinário) proposta em 24.9.1895 pelo Conde e pela Condessa d’Eu, Princesa Isabel, contra a Fazenda Nacional, afirmando que “desde 25 de janeiro de 1865 entraram na legítima posse do prédio urbano situado na rua da Guanabara conhecido por Palácio Izabel e nella se conservaram, mansa e pacificamente, sem dúvida ou contestação de quem quer que seja, até que em 1891, isto é, 26 anos depois, por Decreto n. 447, de 18 de julho, o poder executivo, sem forma nem figura de justiça declarou que ficavam incorporados aos próprios nacionais todos os bens que constituíam o dote ou patrimônio concedidos por actos do extinto regime à Princeza Imperial Condessa d’Eu. Nestes bens se compreende o Palácio Izabel” (e-STJ fl. 4). Posteriormente à edição do decreto, o “Palácio Izabel” veio a ser ocupado militarmente em 28.5.1894.

A ação, em primeiro grau, foi julgada improcedente em 10.4.1897, sendo “considerado próprio nacional o Palácio Izabel, a fim de ser a Fazenda Nacional imitada na posse do mesmo predio por meio do respectivo processo judicial de incorporação nos propios nacionais” (e-STJ fl. 91).

Os autores interpuseram apelação para o Supremo Tribunal Federal em 20.4.1897 (e-STJ fls. 95/96), sendo os autos encaminhados à instância superior em 18.6.1897 (e-STJ fl. 101). No STF, os autos teriam sido remetidos ao arquivo, sem regular distribuição.

Em 14.7.1964, o processo, sem número, oriundo do Supremo Tribunal Federal, foi recebido no antigo Tribunal Federal de Recursos – TFR (e-STJ fl. 102), autuado como Apelação Cível n. 28.558 e distribuído ao Ministro *Henrique D’Avila* (e-STJ fl. 174).

Os presentes autos (Apelação Cível n. 28.558), ainda no antigo TFR, foram apensados à Apelação Cível n. 25.448 (ação reivindicatória – REsp n. 1.141.490) em 18.9.1973 (e-STJ fls. 190/192).

A Primeira Turma do antigo Tribunal Federal de Recursos – TFR julgou as duas apelações (AC n. 25.448 e AC n. 28.558) em 17.12.1979, dando-lhes provimento, por maioria, para afastar a prescrição decretada nos autos da ação reivindicatória em apenso (AC n. 25.448 – REsp n. 1.141.490/RJ), estando o acórdão assim ementado:

Civil e Processual Civil. Palácio Guanabara (antigo Palácio Isabel). Ação de força velha. Ação reivindicatória. Conexidade. Prescrição extintiva e prescrição intercorrente. Inocorrência. Prescrição quinquenal (Decretos 20.910/32 e 4.597/42). Inaplicabilidade às ações reais. A ação reivindicatória não prescreve enquanto o titular do direito não o houver perdido por efeito da prescrição aquisitiva (AC n. 25.448). Processo arquivado sem determinação judicial. Falta de impulso oficial (AC n. 28.558).

1) Não-incidência da prescrição extintiva extraordinária, antigamente trintenária, porquanto a ocupação militar, decorrente da Revolta da Armada, que se iniciara em 6 de setembro de 1893 e se prolongou por cerca de dois anos, ocorreu no dia 28 de maio de 1894, não se somando, para aquele fim, o período anterior e o posterior ao início da vigência do Código Civil, em 1º de janeiro de 1917 (Cód. Civ., art. 1.806): – quanto ao primeiro período, porque houve citação válida da União, interrompendo a prescrição; e quanto ao segundo, porque somente em 1947, trinta anos após o início da vigência do Código Civil, ocorreria a prescrição, interrompida em 1946, mediante protesto judicial (Cód. Civ., art. 172, II; Cód. de Proc. Civ. de 1939, art. 720).

2) Inocorrência da prescrição quinquenal prevista nos Decretos n. 20.910/32 e 4.597/42, porquanto inaplicável às ações reais, sendo certo que a ação reivindicatória não prescreve enquanto o titular do direito não o houver perdido por efeito da prescrição aquisitiva. Precedentes do Supremo Tribunal Federal.

3) Constitui embaraço judicial, impeditivo do fluxo prescricional, a remessa do processo ao Arquivo do Egrégio Supremo Tribunal Federal, sem ordem do Relator, porquanto efetuada antes mesmo de qualquer registro ou distribuição.

4) Apelos providos. (e-STJ fls. 600/601 do REsp n. 1.141.490/RJ – AC n. 25.448, em apenso.)

Os respectivos embargos de declaração, em 19.6.1987, foram acolhidos para se reconhecer a existência de omissão, corrigindo-se o ponto omissivo. Oportuno extrair do voto do em. Ministro *Washington Bolívar*, Relator, as seguintes passagens:

Conforme descrito no relatório, verifica-se que os três embargos pedem, em síntese, que seja reconhecida a omissão do julgado quanto à existência de uma sentença de mérito, já proferida na ação possessória (fl. 47, da AC n. 28.558), bem assim que a Turma prossiga no julgamento, já que repeliu, por maioria, a prejudicial de mérito relativa à prescrição.

Todos os embargantes têm razão e, como Relator, devo reconhecer o erro e procurar corrigi-lo.

[...]

É evidente a contradição entre o que me parecera acertado – prosseguir a Turma o julgamento, interrompido pela aposentadoria intercorrente do Relator, o eminente Ministro *Corrêa Pina*, o Relator originário – e a conclusão do voto pela remessa dos autos à Vara de origem a fim de que, afastada a prescrição, possa o Juiz julgar as ações intentadas, como lhe parecer de direito.

Ademais, como se ressaltou em todas as razões ofertadas com os embargos declaratórios, olvidou-se a circunstância de que o Juiz de primeiro grau já se pronunciara, na ação possessória, quanto ao mérito, julgando-a improcedente e na outra, de reivindicação, cingira-se o Juiz à prejudicial da prescrição, que também integra o mérito do litígio, extinguindo o processo.

Ante o exposto, acolho todos os embargos, para reconhecer a omissão e eliminar a contradição, declarando que a Turma deve prosseguir o julgamento, o que de logo não se empreende pela circunstância de haver também se aposentado o eminente Ministro *Márcio Ribeiro*, que era o Revisor, a indicar o adiamento, para que seja o processo encaminhado ao meu eminente Revisor, o Sr. Ministro *Carlos Thibau*, a fim de que tome conhecimento pessoal e direto de todas as relevantes questões de fato e de Direito expostas em ambas as ações, de inegável interesse para as Letras Jurídicas nacionais e para a História de nosso País. Essa solução, ademais, permitirá não sejam os embargantes surpreendidos, já que devem ser cientificados, na oportunidade própria, de que se vai prosseguir no julgamento, ante o acolhimento dos embargos. (e-STJ fls. 665/667 do REsp n. 1.141.490/RJ – AC n. 25.448, em apenso.)

O acórdão dos referidos aclaratórios encontra-se assim ementado:

Processual Civil. Embargos de declaração. Omissão do julgado e contradição.

1) Reconhecimento de omissão do julgado quanto à existência de sentença de mérito já proferida numa das ações (AC n. 28.558) e para eliminar contradição,

declarando-se que a Turma deve prosseguir no julgamento, uma vez afastada, por maioria, a prescrição.

2) Embargos declaratórios recebidos. (e-STJ fl. 672 do REsp n. 1.141.490/RJ – AC n. 25.448, em apenso.)

O mencionado aresto dos embargos de declaração transitou em julgado (e-STJ fl. 674 do REsp n. 1.141.490/RJ – AC n. 25.448, em apenso).

Com a extinção do TFR, o processo foi recebido e, em 16.11.1992, autuado no Tribunal Regional Federal da 2ª Região como AC n. 92.02.19258-8, distribuído ao Juiz *Celso Gabriel de Rezende Passos* (e-STJ fls. 193/194).

A Terceira Turma do TRF 2ª Região, em 20.6.1995, em relação à possessória, negou provimento ao recurso. O acórdão está assim ementado:

Constitucional e Civil. Ação possessória. Preliminar de prescrição. Palácio Guanabara é bem próprio nacional. Lei 166 de 29.09.1840. Decreto n. 447, de 18.07.91

– Ordem de julgamento das ações possessória e reivindicatória obedece ao art. 923, do CPC, que afirma que “na pendência do processo possessório é defeso, assim ao autor como ao réu, intentar ação de reconhecimento do domínio”.

– A possessória foi proposta em 1895, ao passo que a reivindicatória só foi ajuizada em 1955. Enquanto não fosse aquela julgada, não seria possível a abertura desta.

– Preliminar de prescrição não conhecida.

– Imóvel em causa, Palácio Isabel, hoje Palácio Guanabara, foi adquirido especificamente para habitação de Suas Altezas Imperial e Real, fundando-se um patrimônio em terras pertencentes à Nação (Art. 8º do Contrato de Casamento da Princesa Isabel e Gastão de Orléans, Conde e Condessa d’Eu).

– Este bem, entre outros, conforme cita o Contrato de Matrimônio e a Lei n. 166 de 29.09.1840, é *próprio nacional* e por conseguinte, os consortes só tinham direito de habitação, que cessou com a queda da Monarquia.

– Título de propriedade da União sobre o Palácio Guanabara é a escritura de aquisição do imóvel que tinha finalidade justificativa na habitação dos consortes, e foi feita em cumprimento de determinações e nos termos dos contratos de matrimônio e das Leis 166 de 29.09.1840 e 1.217 de 07.07.1864.

– Ademais na forma da documentação acima referida, em 18.07.91, foi baixado o Decreto n. 447 de 18.07.91 que incorporou aos próprios nacionais todos os bens que constituíram o dote ou patrimônio do casal, em concessão do extinto regime.

– Em conseqüência, o Palácio Guanabara, sede hoje do Governo do Estado do Rio de Janeiro, ficou definitivamente incorporado aos próprios nacionais,

conforme o Decreto citado, que goza da presunção da legalidade, ínsita a todo ato administrativo, permanecendo até hoje intocado.

– Apelações às quais se nega provimento. (e-STJ fl. 316.)

Rejeitados monocraticamente os primeiros embargos de declaração (e-STJ fls. 339/340), foram opostos novos aclaratórios e interposto agravo regimental (e-STJ fls. 346/351 e 354/361), os quais foram decididos pelo colegiado, em 14.3.2000, assim:

Processual Civil. Rejeição de embargos de declaração. Agravo regimental e embargos de declaração. Ação possessória concomitante à reivindicatória. Aplicabilidade do art. 923, do CPC. Inexistência de ofensa à coisa julgada. Erro material que não influencia o julgamento. Aquisição de áreas com recursos próprios. Não comprovação.

I – Em face ao princípio da imediata aplicação das leis processuais, escorreito o entendimento de incidência do art. 923, do CPC, em que pese o ajuizamento das ações possessória e reivindicatória ter ocorrido anteriormente à edição do CPC/73, que se aplica ao processo no estado em que se encontra.

II – Inexiste ofensa à coisa julgada quando a decisão que se diz violada tratou apenas de inadequação de procedimento, não tendo sido apreciada questão de mérito; inexistência de vedação à propositura de nova demanda veiculada de forma correta.

III – Erro material ocorrido em transcrição de documento que não influenciou o julgamento não é causa de anulação ou modificação do mesmo.

IV – A referência a acórdão do STF que se manifestou sobre situação similar a da hipótese em julgamento – e não idêntica, como referida no voto – não é erro material idôneo a justificar a modificação do julgado.

V – O silêncio da decisão embargada quanto à existência de áreas adquiridas com recursos pessoais incorporadas ao imóvel objeto das ações possessória e reivindicatória – que se reconhece, suprindo-se a omissão – não acarreta a aquisição de qualquer direito ante a carência de comprovação.

VI – Agravo Regimental provido para conhecer dos Embargos de Declaração (fls. 247/257), estes providos parcialmente para sanar as omissões apontadas, sem que tal importe em modificação do julgado (Acórdão de fls. 241/242). Embargos de Declaração (fls. 273/280) prejudicados. (e-STJ fls. 386/387.)

O TRF 2ª Região, em 12.5.2008, negou provimento a outros embargos de declaração, exarando a seguinte ementa no respectivo acórdão:

Processual Civil. Embargos de declaração nos embargos de declaração. Alegada contradição e omissão. Inocorrência. Investida contra a fundamentação havida

no julgamento dos anteriores recursos. Ação possessória. Palácio Guanabara, anteriormente denominado Palácio Izabel. Recurso que se busca revolver matéria superada pelo julgamento do e. Colegiado. Descabimento. Inteligência do art. 535 do CPC. 1. Afirmando os Embargantes existência de contradição entre o afirmado no v. Acórdão recorrido e o deliberado anteriormente pelo E. Colegiado, quanto ao argumento que sustenta a improcedência do pedido. Inocorrência. Função integrativa dos Embargos de declaração. Ausência de contradição entre as proposições do v. acórdão. Matéria estranha ao escopo do art. 535 do CPC. 2. Revolvimento dos fundamentos do v. Acórdão o que, à guisa de pretensa omissão, busca discutir o próprio mérito e correção do julgamento do apelo, já objeto de embargos declaratórios. Pretensão à rediscussão da causa originária, o que afronta o disposto no art. 535 do CPC. 3. Segundos embargos de declaração devem ser analisados sob a ótica do acórdão embargado e não promover o rejuízo dos recursos anteriores. 4. Ausência de quaisquer omissões e contradições, que na dicção do art. 535 do CPC, necessitem ser sanada. 5. Embargos Declaratórios improvido. (e-STJ fl. 504.)

Pedro Henrique de Orleans e Bragança e outros, herdeiros do Conde d'Eu e da Princesa Isabel, interpuseram recurso especial com base no art. 105, III, "a", da CF, alegando, em primeiro lugar, violação dos arts. 2º, § 2º, e 6º, *caput*, da LICC, tendo em vista que a vedação disciplinada no art. 923 do CPC/1973, por ser posterior ao ajuizamento das ações possessória (1895) e reivindicatória (1955), não poderia ter sido aplicada neste feito para sustar a ação reivindicatória.

Apontam contrariedade, também, ao próprio art. 923 do CPC/1973, inaplicável porque "a posse dos Recorrentes *não está sendo disputada a título de domínio*" (e-STJ fl. 447).

No que tange ao mérito acerca do domínio, deduzem as seguintes alegações sobre a afronta aos arts. 923 do CPC, 3º, 5º, 6º e 7º da Lei n. 166, de 29.9.1840, e 1º da Lei n. 1.217, de 7.7.1864:

55. Mas ainda que se admita, o que se faz por amor ao debate, que a posse dos Recorrentes está sendo disputada a título de domínio, a presente ação deveria ser tida como procedente, sob pena de malferimento ao art. 923 do CPC.

56. É que assim dispõe a súmula 487 do STF:

Será deferida a posse a quem, evidentemente, tiver o domínio, se com base neste for ela disputada.

57. Não pode restar a menor dúvida de que a ocupação do Palácio, 'manu militari', pela União deu-se sob o pretexto de que dito imóvel deveria ser incorporado aos próprios nacionais.

58. E para justificar este esdrúxulo procedimento, foi alegado pela União que o direito que os príncipes detinham sobre o Palácio era simplesmente o de habitação.

59. O próprio acórdão, às fls. 295, admite que

a questão do domínio fica submetida, nos próprios autos da ação possessória, a 'cognitio', embora não ao 'judicium

60. Se assim é, nada impediria que a questão do domínio fosse levada em consideração para efeito de julgamento da possessória.

61. E neste aspecto o acórdão baseou-se em afirmativa inteiramente divorciada da realidade, qual seja, a de que o direito do casal imperial era o de habitação.

62. Assim agindo, também restaram ofendidas as Leis n. 166, de 29/09/1840 e n. 1.217, de 07/07/1864.

63. De fato, a Lei n. 166 se referia à dotação para as Princesas Januária e Francisca, dispondo os seus artigos 3º, 5º, 6º e 7º:

Art. 3: Fica consignada a quantia de 120.000\$000 de réis para a aquisição de prédios que offereção decente habitação a estes Augustos Esposos; e em quanto não se effectuar esta aquisição, serão pagos pelo Thesouro Público, na razão de cinco por cento do referido capital, e aluguéis de prédios, que sejam para esse effeito mais idôneos

Art. 5º: Fundar-se-á hum Patrimonio em terras pertencentes à Nação, cujo valor será ulteriormente determinado sobre informações do Governo.

Art. 6º: Ao dito Patrimonio serão incorporados os prédios de que trata o art. 3º; e assim passará aos descendentes, segundo a ordem de sucessão estabelecida na Ordenação, Livro 4º, Título 100, que fica para este effeito em virgor.

Art. 7º: Todos os bens que se refere o artigo antecedente serão consignados como Próprios Nacionaes, *quando não haja, ou se acabe a referida sucessão.*

64. Já a Lei 1.217, em seu art. 1º, estabeleceu que "ficam em vigor, para a dotação de S.A. Imperial a Sra. D. Isabel, as disposições da Lei n. 166, de 29 de setembro de 1840, com as seguintes alterações."

65. Tais alterações são concernentes tão só aos valores dos dotes, em nada modificando a situação jurídica antes estabelecida.

66. O disposto no já transcrito art. 7º da Lei n. 166, não pode deixar a menor sombra de dúvida de que só quando não houvesse ou se acabasse a sucessão da Princesa (hipótese não ocorrida) é que os bens seriam considerados Próprios Nacionais.

67. Portanto, o direito concedido aos antecessores dos Recorrentes foi de propriedade (resolúvel em caso de ausência de sucessão) e não de mera habitação, como equivocadamente entendeu o acórdão recorrido que, desta forma, também vulnerou o art. 505 do antigo Código Civil, cujo comando foi ratificado pelo parágrafo 2º do art. 1.210 do atual, “in verbis”:

Art. 505: Não obsta à manutenção, ou reintegração na posse, a alegação de domínio, ou de outro direito sobre a coisa. Não se deve, entretanto, julgar a posse em favor daquele a quem evidentemente não pertencer o domínio.

Parágrafo 2º do art. 1.210: Não obsta à manutenção ou reintegração na posse a alegação de propriedade ou de outro direito sobre a coisa. (e-STJ fls. 448/450.)

Relativamente ao direito à posse, entendem que foram contrariados os arts. 2º, § 2º, e 6º, *caput*, da LICC, além dos arts. 467 e 471 do CPC, argumentando:

68. Mas ainda que de direito de habitação se tratasse – o que só para argumentar se admite – impunha-se a procedência da possessória.

69. O acórdão recorrido, para justificar a sua conclusão, afirma:

Aliás, com a República, os Príncipes foram banidos do Brasil, pelo que, até por esse motivo, não poderiam mais ser reintegrados na posse pleiteada.

70. Esta afirmativa conflita com a legislação vigente ao tempo do ajuizamento da demanda.

71. Após a independência política do Brasil em 1822, a Lei de 20 de outubro de 1823 determinou continuarem em vigor, no território brasileiro, as Ordenações, Leis e Decretos promulgados pelos reis de Portugal até 25 de abril de 1821, enquanto não se editasse novo Código e não fossem especialmente alterados.

72. Ocorre que aquelas ordenações eram paupérrimas em matéria civil, como assinalou Teixeira de Freitas (“Consolidação das Leis Civil” – Introdução, pág. XXXII) e, para supri-las, a famosa Lei de 18 de agosto de 1769 (Lei da Boa Razão) ordenara o recurso ao Direito Romano como fonte subsidiária do direito pátrio.

73. Ora, o *direito justinianeu concedia ao titular do direito de habitação não apenas a faculdade de habitar a casa, mas também a de locá-la, não se extinguindo o direito pelo não-uso*. É o que ensina Lacerda de Almeida:

[...]

75. Como se vê, no regime jurídico vigente ao tempo do esbulho que os autores sofreram, o banimento deles não obstava a manutenção da posse e sua reintegração, pois o *direito de habitação lhes assegurava não apenas a posse direta*

da coisa para dela utilizar-se para sua moradia, mas também a posse indireta, que lhes propiciaria locá-la a terceiros ou, simplesmente, guardá-la sem dela fazerem uso.

76. Diante de tal realidade jurídica, evidencia-se, *data vênia, destituída de fundamento* a assertiva do V. Acórdão de que, por terem sido banidos, os príncipes não mais poderiam ser reintegrados na posse pleiteada.

77. Portanto, também sob tal aspecto, o acórdão, mais uma vez, infringiu o disposto no parágrafo 2º do art. 2 e no “caput” do art. 6º, ambos da LICC.

78. A tentativa da União Federal de se apossar do imóvel retroage ao ano de 1891 e buscou como respaldo o Dec. 447 daquele ano, segundo o qual ficariam incorporados aos próprios nacionais todos os bens que constituíam o dote da Princesa Isabel, Condessa d’Eu.

79. Apesar de tal decreto, o Governo Republicano não conseguiu entrar regularmente no Palácio, eis que embora o Ministério da Justiça houvesse expedido aviso aos representantes da família imperial para a entrega do imóvel, a imposição foi repelida pelo guardião dos bens do casal que se negou a ante ela se curvar.

80. Em consequência, o Governo Republicano ingressou com procedimento judicial perante o Juiz Seccional do Distrito Federal, o qual indeferiu a petição inicial, tendo a Fazenda se conformado com tal decisão, dela não tendo apresentado recurso, pelo que a posse mansa e pacífica do casal se manteve sem outra perturbação que não a do inconstitucional Decreto n. 447.

81. Não obstante, em 23 de maio de 1894 o palácio foi cercado por praças do exército e ocupado pela força pública.

82. Na tentativa de coonestar a violência praticada, a União novamente procurou o Judiciário pleiteando a incorporação do palácio, tendo mais uma vez sido indeferida a pretensão pelo Dr. Juiz Seccional.

83. Insatisfeita, recorreu a União para o E. Supremo Tribunal Federal que, mediante acórdão proferido no Agravo n. 100, negou provimento ao apelo.

84. A decisão, portanto, fez coisa julgada, apesar do que a União permaneceu na posse obtida em estado de sítio, a mão armada e com escandalosa preterição do pronunciamento definitivo do Poder Judiciário, o que ensejou o ajuizamento da presente ação possessória.

85. Ficaram, assim, igualmente infringidos os artigos 467 e 471 do CPC de seguinte dicção:

Art. 467: Denomina-se coisa julgada material a eficácia que torna imutável e indiscutível a sentença não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário.

Art. 471: Nenhum Juiz decidirá novamente as questões já decididas, relativas à mesma lide, salvo:

I – se, tratando-se de relação jurídica continuativa, sobreveio modificação no estado e fato ou de direito, caso em que poderá a parte pedir a revisão do que foi estatuída na sentença;

II – nos demais casos prescritos em lei.

86. Na questão em exame não ocorreu qualquer das exceções previstas nos incisos do artigo 471. (e-STJ fls. 450/453.)

Pedro Henrique de Orleans e Bragança e outros ratificaram o seu recurso especial após a publicação do acórdão que julgou os últimos aclaratórios (e-STJ fls. 507/508).

Isabel de Orleans e Bragança e outros interpuseram recurso especial baseado no art. 105, III, “a” e “c”, da CF, asseverando que, erroneamente, “*os v. Acórdãos recorridos pressupõem que a disputa da posse se faz a título de domínio*” (e-STJ fl. 538). Afirmam que “o fato de o julgador adentrar no exame de matéria de domínio (porque assim entenda útil para decidir no campo possessório) não caracteriza a controvérsia como disputa de posse a título de domínio” (e-STJ fl. 538). Explicam que “a lide sobre a *posse a título de domínio* se estabelece quando autor e réu pretendem a posse de uma coisa *fundados ambos somente no domínio*, ou seja, na *posse de direito* derivada do domínio” (e-STJ fl. 538). Destacam que a matéria era disciplinada no art. 505, segunda parte, do CC/1916 e que, “no caso dos presentes autos, os autores, ora recorrentes, invocam a proteção possessória fundados, não na *posse de direito* que lhes resultaria a titularidade do domínio, mas na *posse da coisa*, mansa e pacífica, sem dúvida ou contestação, de que eram detentores há vinte e seis (26) anos” (e-STJ fl. 539).

Argumentam que, “de fato, ainda que o C. Tribunal *a quo*, ao pronunciar-se sobre o invocado acórdão proferido no Agravo n. 100, tenha negado a essa decisão os efeitos que os suplicantes nela vislumbram, não pode recusar-se, contudo, a reconhecer que o julgado da Suprema Corte, qualquer que seja o fundamento por ela adotado, resultou em *recusar à União Federal a pretendida imissão na posse do Palácio Izabel*, que então se postulava, posse de que, *ipso facto*, não era detentora. Incontroversamente, a União Federal não era e jamais fora detentora da posse do Palácio Izabel, a qual só obteve esbulhando-a” (e-STJ fls. 539/540). Invocam, nessa parte, dispositivos legais e precedentes do STF, aduzindo:

6.11 o vigente Código Civil, em seu art. 1.210, § 2º, após deferir ao possuidor esbulhado o direito de ter sua posse restituída, estatui:

Art. 1.210:

...

§ 2º – Não obsta a manutenção ou reintegração na posse a alegação de propriedade, ou de outro direito sobre a coisa.

6.12 O mesmo ficara dito no art. 505 do Código Civil de 1916, como já referido, sendo certo que a segunda parte do dispositivo era restrita à hipótese de disputa da posse, a título de domínio e foi nesse contexto que o E. Supremo Tribunal Federal editou sua *Súmula* 487:

Súmula 487 – Será deferida a posse a quem, evidentemente, tiver o domínio, se com base neste for disputada.

6.13 Esse, também, foi o entendimento do Simpósio de Curitiba, em seu enunciado LXXXIII, que, contraditoriamente, o próprio aresto recorrido cita:

O art. 923, 1ª parte, só se refere a ações possessórias em que a posse seja disputada a título de domínio.

6.14 Veja-se, ainda, o voto condutor do Exmo. Sr. Ministro Moreira Alves, no acórdão proferido pelo Tribunal Pleno da Suprema Corte no Recurso Extraordinário n. 87.344-MG (R.T.J. vol. 91, pag. 594 e seguintes).

[...]

6.16 Dissentiu, pois, o v. Acórdão recorrido do entendimento jurisprudencial da Suprema Corte, reiterando, ademais, em acórdão unânime de sua Segunda Turma, proferido no Recurso Extraordinário n. 89.179-0, de 03-08-1979, da relatoria do Ministro Cordeiro Guerra (certidão anexa):

Na pendência de processo possessório, *fundado na alegação de domínio*, é defesa, assim ao autor como o réu intentar a ação de reconhecimento de domínio – art. 923 do CPC.

(o grifo não é do original).

6.17 Não há que confundir *posse fundada no direito* com a simples alegação adicional do possuidor que invoque, também, sua condição de proprietário. Como lembra Sérgio Bermudes em anotação aos “Comentários ao Código de Processo Civil” de Pontes de Miranda (Tomo XIII, pag. 164): “A alegação de propriedade é mais um argumento em favor de quem se afirma na posse do bem, dando mais viço à pretensão. Só isso”.

6.18 Na verdade, o v. Acórdão recorrido, contra toda a doutrina e a jurisprudência, concluiu por admitir a “*exceção de domínio*” em ação possessória pura. (e-STJ fls. 540/542.)

Quanto à natureza dos direitos sobre o Palácio Izabel, entendem não se sustentar a tese de simples direito de habitação. Narram que, para o acórdão recorrido, “o direito concedido aos Condes d’Eu e seus sucessores seria, não o de *domínio*, mas o de *habitação*, como resultaria das Leis n. 166, de 29-09-1840, 1.217, de 07-07-1864 e 1.904, de 19-10-1870, Ora, assim sendo, impedidos os príncipes de habitar no Brasil, em razão do desterro da Família Imperial, ter-se-ia extinguido o direito de que eram titulares” (e-STJ fl. 543). Entretanto, “ao aderir a esse entendimento, contudo, o v. Acórdão recorrido, proferido nos embargos declaratórios, não explicita os fundamentos de suas conclusões, posto que, ao contrário do que pressupõe, *o direito de habitação, como então vigente, não se restringia ao uso pessoal do bem por seu titular*” (e-STJ fl. 543). Estaria caracterizada, então, afronta aos arts. 458, II, 459 e 535 do CPC, havendo omissão e contradição envolvendo a falta de observância das orientações contidas na Lei da Boa Razão (Lei de 18 de agosto de 1769), em vigor naquele período.

Sobre a interpretação da legislação da época (arts. 3º, 5º, 6º e 7º da Lei n. 166/1890, 1º, § 1º, da Lei n. 1.217/1864 e 1º da Lei n. 1.904/1870), sustentam ser desarrazoada a adoção da tese de que haveria simples direito de habitação. Argumentam assim:

7.15 A ocorrência de um “*patrimônio político*” foi afastada por todos os juristas consultados pelo Ministério da Justiça sobre a incorporação do Palácio Izabel aos próprios nacionais como uma contradição em seus próprios termos:

... *Patrimônio político*, ou não tem sentido, ou é uma frase tão razoável como dizer-se, para me servir de um exemplo memorável – *estátua de mármore de pau*.

(Lafayette Rodrigues Pereira – Parecer em “O Direito”, vol. 59, pág. 276).

7.16 De outra parte, a integração dos bens dotais da Princesa Isabel aos Próprios Nacionais só se daria quando não houvesse, ou se acabe a sua sucessão, nos precisos termos dos arts. 6º e 7º da Lei n. 166, de 1840:

[...]

Isso mesmo ficou dito no art. 20 do pacto antenupcial do casal do Conde d’Eu:

[...]

7.18 Em suma, mesmo que se ingresse no exame da matéria do domínio – alheia, em verdade, à presente ação – não subsistem juridicamente as conclusões do R. Julgado recorrido. (e-STJ fls. 545/546.)

O Estado do Rio de Janeiro interpôs recurso especial adesivo baseado no art. 105, III, “a” e “c”, da Constituição Federal, explicando que, “como o Estado sucumbiu na parte do Acórdão que rejeitou a preliminar de mérito de prescrição”, recorre “para que a matéria da prescrição seja conhecida pela Turma no caso de acolhimento dos recursos especiais dos autores” (e-STJ fl. 693). Para tanto, deduz o seguinte:

Inquestionavelmente prescritas estão ambas as ações.

A sentença do eminente Juiz Federal Dr. Evandro Gueiros Leite e o Parecer do Sr. Procurador da República Dr. Mário Vasconcellos Ribeiro, bem demonstram as razões da prescrição.

Isto porque, desde a data de 1897 até a data em que foram publicados os Editais, em 14 de julho de 1964, nenhuma providência foi adotada pela parte autora, a quem cabia impulsionar o processo.

Desta sorte, **a decisão do Acórdão que rejeitou a prescrição, violou e negou vigência ao Decreto n. 20.910, de 06 de janeiro de 1932, e ao artigo 3º do Decreto-Lei n. 4.597, de 19 de agosto de 1952.** (e-STJ fl. 696.)

Apresentadas contrarrazões aos recursos especiais, inclusive ao adesivo (e-STJ fls. 637/646, 659/674, 699/705 e 707/717), todos foram admitidos na origem (e-STJ fls. 727/728, 731/732 e 735/736).

O presente recurso foi distribuído em 29.9.2009 inicialmente ao Ministro *Luiz Fux, Primeira Turma* (e-STJ fl. 744), que determinou sua redistribuição à *Segunda Seção*, nos termos do art. 9º, § 2º, I, do RISTJ (e-STJ fls. 753/755). O processo foi redistribuído em 16.3.2010 ao em. Ministro *Aldir Passarinho Junior* e, posteriormente, em 17.6.2011, atribuído a minha relatoria (e-STJ fls. 761/762).

Em decorrência do falecimento de Dom Pedro de Orleans e Bragança, o respectivo espólio, representado por Afonso de Bourbon de Orleans e Bragança, inventariante, postulou sua habilitação no processo, nos termos do art. 43 do CPC/1973, e requereu que constasse das próximas intimações o nome do Dr. José Carlos de Araújo Almeida Filho, advogado constituído. Informou a juntada da procuração outorgada ao seu advogado e do termo de inventariante (e-STJ fls. 765/767). Entretanto, a petição veio acompanhada, apenas, da procuração, sendo indispensável comprovar que Afonso de Bourbon de Orleans e Bragança foi nomeado inventariante. Determinei, então, em despacho de 1º.8.2014, fosse o espólio de Dom Pedro de Orleans e Bragança, representado judicialmente pelo *Dr. José Carlos de Araújo Almeida Filho, advogado*, intimado para que

juntasse cópia da certidão de óbito e do termo de inventariante passado em nome de Afonso de Bourbon de Orleans e Bragança (*cf.* e-STJ fls. 784/785).

O espólio de Dom Pedro de Orleans e Bragança, por sua vez, em 12.8.2014, protocolizou petição juntando tradução da certidão de óbito e da certidão de inventariança (e-STJ fls. 797/802).

Diante de manifestações da União e do Estado do Rio de Janeiro, diversas diligências foram determinadas e realizadas para regularizar o pedido de habilitação, sendo proferido o seguinte despacho em 17.12.2015:

Em 16.10.2015, foi protocolizada e juntada nestes autos certidão encaminhada pela 3ª Vara Cível da Comarca de Petrópolis – RJ, comprovando que *Afonso de Bourbon de Orleans e Bragança* foi nomeado inventariante no processo de inventário/arrolamento de *Pedro de Orleans e Bragança* (proc. n. 0000845-23.2008.8.19.0042) (e-STJ fls. 909/910).

Proferi despacho em 6.11.2015, determinando que o espólio fosse “incluído na autuação como interessado, constando como respectivos advogados ‘Dr. *José Carlos de Araújo Almeida Filho* e outros” (e-STJ fl. 913), cabendo destacar que o instrumento de mandato passado pelo inventariante aos aludidos advogados encontra-se à fl. 767 (e-STJ).

Efetuada as alterações na autuação (e-STJ fl. 915), proferi o seguinte despacho:

Intime-se o *Espólio de Pedro de Orleans e Bragança* para que cumpra a decisão de fls. 893/899 (e-STJ), no sentido de providenciar “a legalização consular da certidão de óbito na forma do Manual do Serviço Consular Jurídico – MSCJ, em vigor” (e-STJ fl. 898), com o propósito de viabilizar a requerida habilitação.

Publique-se (e-STJ fl. 917).

Referido despacho foi devidamente publicado em 10.11.2015 (e-STJ fl. 918) – constando do respectivo ato também os nomes do *Espólio de Pedro de Orleans e Bragança*, do seu inventariante e de seu advogado –, surtindo os efeitos legais. Nesse contexto, revelou-se desnecessária a expedição do ofício de fl. 921 (e-STJ) com AR (e-STJ fls. 924/925).

Enfim, conforme certificado à fl. 931 (e-STJ), o espólio não se manifestou acerca do despacho de fl. 917 (e-STJ), apesar de corretamente intimado via DJe, cabendo-lhe, quando entender de direito, regularizar sua habilitação com o propósito de exercitar plenamente o direito de defesa.

Diante da relevância do processo, abra-se vista ao Ministério Público Federal, devendo-se informar ao *Parquet* que foi apresentado parecer nos autos do REsp n. 1.141.490/RJ, conexo a este processo. (e-STJ fls. 933/934.)

O Dr. *Maurício Vieira Bracks*, ilustrado Subprocurador-Geral da República, apresentou parecer assim ementado:

– 1º *Recurso especial*: violação aos arts. 2º, § 2º, e 6º, *caput*, ambos da LICC (atual LINDB), aos arts. 467, 471 e 923, todos do CPC/1973, aos arts. 3º, 5º, 6º e 7º, da Lei n. 166/1840, ao art. 1º, da Lei n. 1.271/1864, e ao art. 505, do CC/1916.

– Não se pode conhecer da tese de violação aos arts. 2º, § 2º, e 6º, *caput*, ambos da LICC (atual LINDB), primeiro por lhes faltar o requisito do prequestionamento, e, segundo, porque “Com o advento da Constituição Federal de 1988 os artigos da LICC foram alçados a status constitucional, razão pela qual não possui o Superior Tribunal de Justiça competência para apreciar eventual violação ao preceito, consoante jurisprudência uníssona” (AgRg no AREsp 705.921/RO, Rel. Ministro *Mauro Campbell Marques*, *Segunda Turma*, julgado em 15/12/2015, DJe de 18/12/2015).

– Não desafia conhecimento a suposta violação aos art. 467 e 471, ambos do CPC/1973, sob a alegação de existência de coisa julgada, pois, no ponto, o recurso esbarra analogicamente no óbice da Súmula 283, do STF.

– Insuscetível de conhecimento a alegada violação aos arts. 3º, 5º, 6º e 7º, da Lei n. 166/1840, ao art. 1º, da Lei n. 1.271/1864, e ao art. 505, do CC/1916, pois, para que se possa fazer qualquer afirmação em sentido contrário ao juízo emitido pelo v. acórdão recorrido, exige-se interpretação incabível na via do recurso especial, conforme a Súmula 5, do STJ, além de ser inegavelmente indispensável o reexame do conjunto fático-probatório, o que vai de encontro à Súmula 7, do STJ.

– No mérito, insta consignar que não assiste razão à tese de violação ao art. 923, do CPC/1973, visto que “esta Corte Superior há muito pacificou o entendimento de que as normas de caráter processual têm aplicação imediata aos processos em curso” (AgRg no AREsp 860.628/RS, Rel. Ministro *Luis Felipe Salomão*, *Quarta Turma*, julgado em 22/11/2016, DJe de 1º/12/2016). Ademais, uma das leituras que se pode fazer da regra do art. 923, do CPC/1973, é a de que, na pendência do processo possessório, conquanto seja vedado tanto ao autor como ao réu pleitear decisão judicial para reconhecimento do domínio, a análise de aspectos relacionados à titularidade da propriedade pode eventualmente ser realizada na ação possessória para ajudar a formar a convicção do julgador, apenas com a finalidade de fornecer-lhe elementos para decidir exclusivamente sobre a proteção à posse.

– 2º *Recurso especial*: violação aos arts. 458, 459, 535 e 923, todos do CPC/1973, ao art. 1.210, do CC/2002, e ao art. 505, do CC/1916, além de divergência jurisprudencial.

– Não se pode conhecer do suposto dissídio jurisprudencial, pois não foram cumpridas as exigências processuais e regimentais. Incidência analógica da Súmula 284, do STF. Precedentes do STJ.

– No mérito, cumpre dizer que o v. Acórdão recorrido não infringiu os arts. 458, 459 e 535, todos do CPC/1973, uma vez que houve a análise, de forma motivada e fundamentada, de todos os pontos pertinentes essenciais ao desate da lide, ainda que a decisão não a tenha citado expressamente todos os dispositivos legais de regência e não tenha vindo ao encontro dos anseios recursais.

– Não deve ser provida a tese de violação ao art. 923, do CPC/1973, ao art. 1.210, do CC/2002, e ao art. 505, do CC/1916, pois, na pendência do processo possessório, conquanto a regra do art. 923, do CPC/1973, vede tanto ao autor como ao réu pleitear decisão judicial para reconhecimento do domínio, a análise de aspectos relacionados à titularidade da propriedade pode eventualmente ser realizada na ação possessória para ajudar a formar a convicção do julgador, apenas com a finalidade de fornecer-lhe elementos para decidir exclusivamente sobre a proteção à posse.

– 3º *Recurso especial (adesivo)*: violação e negativa de vigência “ao Decreto n. 20.910, de 06 de janeiro de 1932, e ao artigo 3º do Decreto-Lei n. 4.597, de 19 de agosto de 1952 [sic]”, além de divergência jurisprudencial.

– Embora a presente súplica especial também tenha sido interposta com fundamento na alínea “c” do permissivo constitucional, nem ao menos foi indicado expressamente algum acórdão paradigmático ou dispositivo de lei federal para o qual o v. Acórdão recorrido teria dado interpretação divergente, circunstância que impossibilita o conhecimento do recurso, no que se refere ao suposto dissídio jurisprudencial.

– Tem-se como deficiente a alegação de violação e negativa de vigência “ao Decreto n. 20.910, de 06 de janeiro de 1932, e ao artigo 3º do Decreto-Lei n. 4.597, de 19 de agosto de 1952 [sic]”. Primeiro, porque o Recorrente aduz suas razões de forma completamente genérica, sem indicar claramente a que dispositivos do Decreto n. 20.910/1932 o v. acórdão recorrido teria contrariado ou negado vigência, muito menos a forma pela qual as supostas violações teriam ocorrido. A duas, porque não existe “Decreto-Lei n. 4.597, de 19 de agosto de 1952”. Incidência analógica da Súmula 284, do STF. Precedentes do STJ.

– Mediante aplicação analógica das Súmulas 282 e 356, ambas do STF, tem-se que a falta de prequestionamento da questão federal suscitada, sobretudo diante da ausência de oposição de embargos de declaração, constitui óbice ao conhecimento do recurso especial. Ademais, mesmo quando se tratar de questão de ordem pública, como a prescrição, o prequestionamento continua indispensável para possibilitar a abertura da instância especial. Precedentes do STJ.

– *Parecer, preliminarmente, pelo conhecimento parcial dos recursos especiais interposto pelos 1ºs Recorrentes e pelos 2ºs Recorrentes, e pelo não conhecimento do recurso especial adesivo interposto pelo 3º Recorrente, e, nos pontos suscetíveis de conhecimento, no mérito, pelo não provimento de ambos.* (e-STJ fls. 942/944.)

Foram interpostos, ainda, recursos extraordinários por Pedro Henrique de Orleans e Bragança e outros (e-STJ fls. 456/468) e por Isabel de Orleans e Bragança e outros (e-STJ fls. 601/632), nenhum deles admitido na origem (cf. e-STJ fls. 729/730 e 733/734), tendo sido interpostos agravos de instrumento para o STF (e-STJ fl. 740).

O Instituto Cultural D. Isabel I A Redentora, na petição de fls. 1.003/1.022 (e-STJ), requereu sua admissão como *amicus curiae*, o que indeferi na decisão de fls. 1.024/1.026 (e-STJ), proferida em 7.11.2018 e publicada no DJe de 13.11.2018.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Antonio Carlos Ferreira (Relator): Na origem, Conde e Condessa d'Eu, Princesa Isabel, ajuizaram “ação de força velha” (demanda possessória, processada pelo rito ordinário) em 24.9.1895 contra a Fazenda Nacional, afirmando que “desde 25 de janeiro de 1865 entraram na legítima posse do prédio urbano situado na rua da Guanabara conhecido por Palácio Izabel e nella se conservaram, mansa e pacificamente, sem dúvida ou contestação de quem quer que seja, até que em 1891, isto é, 26 anos depois, por Decreto n. 447, de 18 de julho, o poder executivo, sem forma nem figura de justiça declarou que ficavam incorporados aos próprios nacionais todos os bens que constituíam o dote ou patrimônio concedidos por actos do extinto regime à Princeza Imperial Condessa d'Eu. Nestes bens se compreende o Palácio Izabel” (e-STJ fl. 4). Posteriormente à edição do decreto, o Palácio Izabel veio a ser ocupado militarmente em 28.5.1894.

Em primeiro grau, a ação foi julgada improcedente por sentença prolatada em 10.4.1897, sendo “considerado próprio nacional o Palácio Izabel, a fim de ser a Fazenda Nacional imitada na posse do mesmo predio por meio do respectivo processo judicial de incorporação nos próprios nacionais” (e-STJ fl. 91).

Os autores interpuseram apelação para o Supremo Tribunal Federal em 20.4.1897 (e-STJ fls. 95/96), sendo os autos encaminhados à instância superior em 18.6.1897 (e-STJ fl. 101). No STF os autos teriam sido remetidos ao arquivo, sem regular distribuição.

O processo, sem número, oriundo do Supremo Tribunal Federal, foi recebido no antigo Tribunal Federal de Recursos em 14.7.1964 (e-STJ fl. 102),

autuado como Apelação Cível n. 28.558 e distribuído ao em. Ministro *Henrique D'Avila* (e-STJ fl. 174).

Os presentes autos (Apelação Cível n. 28.558), ainda no antigo Tribunal Federal de Recursos, foram apensados à Apelação Cível n. 25.448 (ação reivindicatória – REsp n. 1.141.490) em 18.9.1973 (e-STJ fls. 190/192).

A Primeira Turma do antigo Tribunal Federal de Recursos – TFR julgou as duas apelações (AC n. 25.448 e AC n. 28.558) em 17.12.1979, dando-lhes provimento para afastar a prescrição decretada nos autos da ação reivindicatória em apenso (AC n. 25.448 – REsp n. 1.141.490/RJ), estando o acórdão assim ementado:

Civil e Processual Civil. Palácio Guanabara (antigo Palácio Isabel). Ação de força velha. Ação reivindicatória. Conexidade. Prescrição extintiva e prescrição intercorrente. Inocorrência. Prescrição quinquenal (Decretos 20.910/32 e 4.597/42). Inaplicabilidade às ações reais. A ação reivindicatória não prescreve enquanto o titular do direito não o houver perdido por efeito da prescrição aquisitiva (AC n. 25.448). Processo arquivado sem determinação judicial. Falta de impulso oficial (AC n. 28.558).

1) Não-incidência da prescrição extintiva extraordinária, antigamente trintenária, porquanto a ocupação militar, decorrente da Revolta da Armada, que se iniciara em 6 de setembro de 1893 e se prolongou por cerca de dois anos, ocorreu no dia 28 de maio de 1894, não se somando, para aquele fim, o período anterior e o posterior ao início da vigência do Código Civil, em 1º de janeiro de 1917 (Cód. Civ., art. 1.806): – quanto ao primeiro período, porque houve citação válida da União, interrompendo a prescrição; e quanto ao segundo, porque somente em 1947, trinta anos após o início da vigência do Código Civil, ocorreria a prescrição, interrompida em 1946, mediante protesto judicial (Cód. Civ., art. 172, II; Cód. de Proc. Civ. de 1939, art. 720).

2) Inocorrência da prescrição quinquenal prevista nos Decretos n. 20.910/32 e 4.597/42, porquanto inaplicável às ações reais, sendo certo que a ação reivindicatória não prescreve enquanto o titular do direito não o houver perdido por efeito da prescrição aquisitiva. Precedentes do Supremo Tribunal Federal.

3) Constitui embaraço judicial, impeditivo do fluxo prescricional, a remessa do processo ao Arquivo do Egrégio Supremo Tribunal Federal, sem ordem do Relator, porquanto efetuada antes mesmo de qualquer registro ou distribuição.

4) Apelos providos. (e-STJ fls. 600/601 do REsp n. 1.141.490/RJ – AC n. 25.448, em apenso.)

Os respectivos embargos de declaração, em 19.6.1987, foram recebidos para se reconhecer a existência de omissão, corrigindo-se o ponto omissivo.

Oportuno extrair do voto do em. Ministro *Washington Bolívar*, Relator, as seguintes passagens:

Conforme descrito no relatório, verifica-se que os três embargos pedem, em síntese, que seja reconhecida a omissão do julgado quanto à existência de uma sentença de mérito, já proferida na ação possessória (fl. 47, da AC n. 28.558), bem assim que a Turma prossiga no julgamento, já que repeliu, por maioria, a prejudicial de mérito relativa à prescrição.

Todos os embargantes têm razão e, como Relator, devo reconhecer o erro e procurar corrigi-lo.

[...]

É evidente a contradição entre o que me parecerá acertado – prosseguir a Turma o julgamento, interrompido pela aposentadoria intercorrente do Relator, o eminente Ministro *Corrêa Pina*, o Relator originário – e a conclusão do voto pela remessa dos autos à Vara de origem a fim de que, afastada a prescrição, possa o Juiz julgar as ações intentadas, como lhe parecer de direito.

Ademais, como se ressaltou em todas as razões ofertadas com os embargos declaratórios, olvidou-se a circunstância de que o Juiz de primeiro grau já se pronunciara, na ação possessória, quanto ao mérito, julgando-a improcedente e na outra, de reivindicação, cingira-se o Juiz à prejudicial da prescrição, que também integra o mérito do litígio, extinguindo o processo.

Ante o exposto, acolho todos os embargos, para reconhecer a omissão e eliminar a contradição, declarando que a Turma deve prosseguir o julgamento, o que de logo não se empreende pela circunstância de haver também se aposentado o eminente Ministro *Márcio Ribeiro*, que era o Revisor, a indicar o adiamento, para que seja o processo encaminhado ao meu eminente Revisor, o Sr. Ministro *Carlos Thibau*, a fim de que tome conhecimento pessoal e direto de todas as relevantes questões de fato e de Direito expostas em ambas as ações, de inegável interesse para as Letras Jurídicas nacionais e para a História de nosso País. Essa solução, ademais, permitirá não sejam os embargantes surpreendidos, já que devem ser cientificados, na oportunidade própria, de que se vai prosseguir no julgamento, ante o acolhimento dos embargos. (e-STJ fls. 665/667 do REsp n. 1.141.490/RJ – AC n. 25.448, em apenso.)

O acórdão dos referidos aclaratórios encontra-se assim ementado:

Processual Civil. Embargos de declaração. Omissão do julgado e contradição.

1) Reconhecimento de omissão do julgado quanto à existência de sentença de mérito já proferida numa das ações (AC n. 28.558) e para eliminar contradição, declarando-se que a Turma deve prosseguir no julgamento, uma vez afastada, por maioria, a prescrição.

2) Embargos declaratórios recebidos. (e-STJ fl. 672 do REsp n. 1.141.490/RJ – AC n. 25.448, em apenso.)

Promulgada a Constituição Federal em 1988, que extinguiu o antigo Tribunal Federal de Recursos, o processo foi remetido ao Tribunal Regional Federal da 2ª Região, autuado em 16.11.1992 como AC n. 92.02.19258-8 e distribuído ao Juiz *Celso Gabriel de Rezende Passos* (e-STJ fls. 193/194) para que prosseguisse com o julgamento dos recursos de apelação.

A Terceira Turma do TRF 2ª Região, em 20.6.1995, em relação à possessória, negou provimento aos recursos. O acórdão está assim ementado:

Constitucional e Civil. Ação possessória. Preliminar de prescrição. Palácio Guanabara é bem próprio nacional. Lei 166 de 29.09.1840. Decreto n. 447, de 18.07.91

– Ordem de julgamento das ações possessória e reivindicatória obedece ao art. 923, do CPC, que afirma que ‘na pendência do processo possessório é defeso, assim ao autor como ao réu, intentar ação de reconhecimento do domínio.’

– A possessória foi proposta em 1895, ao passo que a reivindicatória só foi ajuizada em 1955. Enquanto não fosse aquela julgada, não seria possível a abertura desta.

– Preliminar de prescrição não conhecida.

– Imóvel em causa, Palácio Isabel, hoje Palácio Guanabara, foi adquirido especificamente para habitação de Suas altezas Imperial e Real, fundando-se um patrimônio em terras pertencentes à Nação (Art. 8º do Contrato de Casamento da Princesa Isabel e Gastão de Orléans, Conde e Condessa d’Eu).

– Este bem, entre outros, conforme cita o Contrato de Matrimônio e a Lei n. 166 de 29.09.1840, é *próprio nacional* e por conseguinte, os consortes só tinham direito de habitação, que cessou com a queda da Monarquia.

– Título de propriedade da União sobre o Palácio Guanabara é a escritura de aquisição do imóvel que tinha finalidade justificativa na habitação dos consortes, e foi feita em cumprimento de determinações e nos termos dos contratos de matrimônio e das Leis 166 de 29.09.1840 e 1.217 de 07.07.1864.

– Ademais na forma da documentação acima referida, em 18.07.91, foi baixado o Decreto n. 447 de 18.07.91 que incorporou aos próprios nacionais todos os bens que constituíram o dote ou patrimônio do casal, em concessão do extinto regime.

– Em conseqüência, o Palácio Guanabara, sede hoje do Governo do Estado do Rio de Janeiro, ficou definitivamente incorporado aos próprios nacionais, conforme o Decreto citado, que goza da presunção da legalidade, ínsita a todo ato administrativo, permanecendo até hoje intocado.

– Apelações às quais se nega provimento. (e-STJ fl. 316.)

Rejeitados monocraticamente os primeiros embargos de declaração (e-STJ fls. 339/340), foram opostos novos aclaratórios e interposto agravo regimental (e-STJ fls. 346/351 e 354/361), os quais foram decididos pelo colegiado, em 14.3.2000, assim:

Processual Civil. Rejeição de embargos de declaração. Agravo regimental e embargos de declaração. Ação possessória concomitante à reivindicatória. Aplicabilidade do art. 923, do CPC. Inexistência de ofensa à coisa julgada. Erro material que não influencia o julgamento. Aquisição de áreas com recursos próprios. Não comprovação.

I – Em face ao princípio da imediata aplicação das leis processuais, escorreito o entendimento de incidência do art. 923, do CPC, em que pese o ajuizamento das ações possessória e reivindicatória ter ocorrido anteriormente à edição do CPC/73, que se aplica ao processo no estado em que se encontra.

II – Inexiste ofensa à coisa julgada quando a decisão que se diz violada tratou apenas de inadequação de procedimento, não tendo sido apreciada questão de mérito; inexistência de vedação à propositura de nova demanda veiculada de forma correta.

III – Erro material ocorrido em transcrição de documento que não influenciou o julgamento não é causa de anulação ou modificação do mesmo.

IV – A referência a acórdão do STF que se manifestou sobre situação similar a da hipótese em julgamento – e não idêntica, como referida no voto – não é erro material idôneo a justificar a modificação do julgado.

V – O silêncio da decisão embargada quanto à existência de áreas adquiridas com recursos pessoais incorporadas ao imóvel objeto das ações possessória e reivindicatória – que se reconhece, suprimindo-se a omissão – não acarreta a aquisição de qualquer direito ante a carência de comprovação.

VI – Agravo Regimental provido para conhecer dos Embargos de Declaração (fls. 247/257), estes providos parcialmente para sanar as omissões apontadas, sem que tal importe em modificação do julgado (Acórdão de fls. 241/242). Embargos de Declaração (fls. 273/280) prejudicados. (e-STJ fls. 386/387.)

O TRF 2ª Região, em 12.5.2008, negou provimento aos terceiros embargos de declaração, exarando a seguinte ementa no respectivo acórdão:

Processual Civil. Embargos de declaração nos embargos de declaração. Alegada contradição e omissão. Inocorrência. Investida contra a fundamentação havida no julgamento dos anteriores recursos. Ação possessória. Palácio Guanabara, anteriormente denominado Palácio Izabel. Recurso que se busca revolver matéria

superada pelo julgamento do e. Colegiado. Descabimento. Inteligência do art. 535 do CPC. 1. Afirmam os Embargantes existência de contradição entre o afirmado no v. Acórdão recorrido e o deliberado anteriormente pelo E. Colegiado, quanto ao argumento que sustenta a improcedência do pedido. Inocorrência. Função integrativa dos Embargos de declaração. Ausência de contradição entre as proposições do v. acórdão. Matéria estranha ao escopo do art. 535 do CPC. 2. Revolvimento dos fundamentos do v. Acórdão o que, à guisa de pretensa omissão, busca discutir o próprio mérito e correção do julgamento do apelo, já objeto de embargos declaratórios. Pretensão à rediscussão da causa originária, o que afronta o disposto no art. 535 do CPC. 3. Segundos embargos de declaração devem ser analisados sob a ótica do acórdão embargado e não promover o rejuízo dos recursos anteriores. 4. Ausência de quaisquer omissões e contradições, que na dicção do art. 535 do CPC, necessitem ser sanada. 5. Embargos Declaratórios improvido. (e-STJ fl. 504.)

Daí a interposição de recursos especiais por Pedro Henrique de Orleans e Bragança e outros, herdeiros da Princesa Isabel e do Conde d'Eu (e-STJ fls. 437/453 e 507/508), por Isabel de Orleans e Bragança e outros, também herdeiros (e-STJ fls. 518/559) e pelo Estado do Rio de Janeiro (e-STJ fls. 691/696), os quais passo a examinar a seguir.

I. Recurso Especial de Pedro Henrique de Orleans e Bragança e Outros

I.a Violação dos arts. 2º, § 2º, e 6º, caput, da LICC (atual LINDB) e 923 do CPC/1973

No acórdão da apelação, o TRF 2ª Região invocou o art. 923 do CPC/1973 para justificar o julgamento da apelação interposta nestes autos (ação possessória) antes do recurso interposto nos autos da ação reivindicatória, assim se pronunciando:

Desde logo, *devo submeter à Egrégia Turma uma preliminar sobre a ordem de julgamento das duas ações em processos apensados.*

Estabelece o art. 923, do CPC:

Na pendência do processo possessório é defeso, assim ao autor como ao réu, intentar ação de reconhecimento do domínio.

Ora, a *Possessória* foi proposta em 1895, ao passo que a *Reivindicatória* só foi ajuizada em 1955.

É evidente, pois, a aplicação do art. 923, do CPC, confirmada no Simpósio de Processo Civil, realizado em Curitiba, em 1975, onde entendeu-se 'o art. 923, primeira parte, só se refere a ações possessórias em que a posse seja disputada a título de domínio.'

Segundo tal entendimento, enquanto não for julgada a possessória, não é possível a abertura da reivindicatória.

Em assim sendo, a ação reivindicatória deve permanecer sobrestada até decisão da possessória, que pode ocorrer na sessão que hoje realizamos.

Lembre-se que na ação possessória a controvérsia não se limita ao fato da posse, mais aprofunda-se à investigação do domínio, ainda que só para se poder decidir da posse. (e-STJ fls. 275.)

Na sequência, julgou o mérito da ação concluindo que o antigo Palácio Isabel (atual Palácio da Guanabara) pertence à União e, por último, voltou a mencionar o art. 923 do CPC/1973, referido com o propósito de reforçar a possibilidade, em tese, de se discutir a propriedade em demanda possessória, desprovendo a apelação. Nesse último ponto, constam do acórdão respectivo as seguintes passagens:

No caso dos presentes autos, vemos que a controvérsia não se limita ao fato da posse, mas aprofunda-se à investigação do domínio, ainda que só para se poder decidir da posse. É certo que tal ocorrência não subtrai à ação seu caráter possessório, porque a sentença, vista em seu conteúdo autoritativo, só poderá decidir sobre a posse; entretanto, a resolução sobre domínio, necessária a concluir sobre a posse, é resolução "incidenter tantum". Em outras palavras: a questão do domínio fica submetida, nos autos da ação possessória, à "cognitio", embora não ao "iudicium".

Reitere-se o disposto no art. 923, do CPC, cuja constitucionalidade é proclamada pela jurisprudência pacífica do STF, coadjuvada pela Súmula 487, também do STF, conforme relata Theotonio Negrão em notas às fls. 608, do seu "Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor", em sua 26ª edição.

O art. 923, do CPC, redigido na forma da Lei 6.820, de 16.09.80, tem a seguinte redação:

Na pendência do processo possessório é defeso, assim ao autor como ao réu, intentar ação de reconhecimento do domínio.

Convém assinalar o disposto na Súmula 487 do STF:

Será deferida a posse a quem, evidentemente, tiver o domínio, se com base neste for ela disputada.

Muito esclarecedora é a lição de Sálvio de Figueiredo Teixeira em seu “Código de Processo Civil Anotado”, quando comenta a respeito do art. 923, do CPC, tornando clara a constitucionalidade do artigo supracitado:

Ação possessória. Fundamento da posse no domínio por ambas as partes. Inteligência do art. 923, do CPC.

O STF já rechaçou Arguição de Inconstitucionalidade do disposto no art. 923, do CPC, seja em sua primitiva redação, seja na que resultou da Lei n. 6.820/80.

Ante todo o exposto, nego provimento aos apelos, para confirmar a sentença prolatada às fls. 44/47. (e-STJ fls. 285/286.)

No recurso especial, entretanto, os ora recorrentes se insurgem contra a aplicação do art. 923 do CPC/1973 tão somente no tocante à extinção da ação reivindicatória. Na verdade, esse tema foi objeto dos acórdãos proferidos nos autos do REsp n. 1.141.490/RJ, em apenso, não dos acórdãos ora recorridos.

Em tal contexto, verifica-se que o recurso especial, sem atentar para o que realmente foi decidido no acórdão ora recorrido, deixou de abordar a suposta afronta ao referido dispositivo processual sob os únicos enfoques utilizados pelo TRF por ocasião do julgamento que resultou da decisão recorrida (a correta ordem de julgamento das apelações – primeiro ação possessória e depois reivindicatória – e a possibilidade de ajuizamento de ação possessória com o propósito de debater a posse com base no domínio). Ademais, discutindo-se ou não o domínio na petição inicial, admitiu-se o processamento da presente “ação de força velha”, de natureza possessória.

Com efeito, o cabimento da ação reivindicatória deverá ser apreciado nos autos respectivos (do REsp n. 1.141.490/RJ), nos limites dos correspondentes recursos, não neste processo, razão pela qual não se deve conhecer do presente recurso quanto à suposta afronta aos arts. 2º, § 2º, e 6º, *caput*, da LICC (atual LINDB) e 923 do CPC/1973.

Não conheço, portanto, do recurso especial, nessa parte.

I.b Afronta aos arts. 467 e 471 do CPC/1973 – coisa julgada – Agravo de Petição n. 100 (julgado pelo STF em 10.8.1895)

No julgamento das apelações e dos posteriores recursos, o Tribunal de origem afastou a existência de coisa julgada ao fundamento de que o acórdão

do STF indeferiu a ação de incorporação diante de aspectos restritos ao Decreto n. 447, de 18.7.1891, que não serviria como argumento para viabilizar a utilização e o processamento do tipo de ação então ajuizada, nada obstante, remetendo as partes para as vias ordinárias. O indeferimento, portanto, decorreu de fundamento sobretudo processual, não adentrando a questão de mérito em relação ao domínio e à caracterização do imóvel como próprio nacional, temas abordados nestes autos de ação possessória, processada pelo rito ordinário, de forma mais ampla, envolvendo, além disso, outros dispositivos legais.

Notem-se, a propósito, as seguintes passagens do acórdão proferido por ocasião do julgamento dos embargos de declaração e do agravo regimental (e-STJ fls. 366/387):

A segunda insatisfação dos autores com o julgado diz respeito à omissão quanto à alegação de coisa julgada no que concerne à impossibilidade de serem incorporados aos próprios nacionais os bens que constituíram o dote da Princesa Isabel, em vista da manifestação do STF, quando do julgamento do *Agravo de Petição n. 100*.

Quanto a este item, realmente não se pronunciou o acórdão embargado. Supre-se, neste momento, a lacuna.

A ação de incorporação, ajuizada pela União Federal através de seu Procurador Seccional da República nos idos de 1890, teve a sua petição inicial indeferida por entender o julgador que o Decreto n. 447 não preenchia os requisitos das Ordenações Filipinas.

Segundo essas Ordenações, a ação de incorporação deveria ter por fundamento escritura ou título específico que revelasse incontestemente o domínio do autor (fls. 154).

Tendo em vista que a ação se baseava no Decreto n. 447 que, à época, tinha efeitos controvertidos no seio da comunidade jurídica, como comprova o resultado das consultas feitas às diversas Faculdades Jurídicas, o d. Juiz *a quo*, assim como o *Supremo Tribunal*, entendeu que o Decreto mencionado não revelava de forma clara o domínio, o que era imprescindível para o procedimento intentado, razão pela qual, indeferiu a ação sob este argumento, remetendo as partes às vias ordinárias. Observe-se que, em momento algum naqueles autos, houve qualquer pronunciamento a respeito do mérito da questão, pois este esbarra em pressuposto processual para o procedimento eleito.

Assim, tal Decreto foi inservível, como argumento, para ação de incorporação (procedimento sumário), nada obstaculizando a que fosse fundamento em ação ordinária, como asseverou o juiz ao indeferir a incorporação (fls. 153), ou mesmo conhecido para efeito de se julgar a posse de quem a disputasse a título de domínio (o que era perfeitamente possível à época).

Portanto, desprovida de qualquer sustentação jurídica o argumento de ofensa à coisa julgada. Na cópia do julgamento do Agravo de Petição, juntada por cópia às fls. 152/153 por iniciativa dos próprios autores, pode-se ler que:

negou-se provimento ao agravo interposto do despacho que indeferiu a petição do procurador seccional, para que fosse incorporado o palácio Isabel aos próprios nacionais, visto não terem sido observadas as disposições que regulam tais incorporações.

Por conseguinte, não se entrou no mérito. A recusa foi por inadequação do procedimento, não sendo vedada nova postulação, veiculada na forma correta, ou seja, pelo procedimento ordinário, conforme dito pelo ilustre Min. H. do Espírito Santo. (e-STJ fls. 378/379 – grifei.)

Os recorrentes não impugnaram a fundamentação adotada pelo Tribunal de origem para repelir a alegação de coisa julgada. No recurso especial, sustentaram a tese de coisa julgada de forma genérica, dessa forma:

78. A tentativa da União Federal de se apossar do imóvel retroage ao ano de 1891 e buscou como respaldo o Dec. 447 daquele ano, segundo o qual ficaram incorporados aos próprios nacionais todos os bens que constituíam o dote da Princesa Isabel, Condessa d'Eu.

79. Apesar de tal decreto, o Governo Republicano não conseguiu entrar regularmente no Palácio, eis que embora o Ministério da Justiça houvesse expedido aviso aos representantes da família imperial para a entrega do imóvel, a imposição foi repelida pelo guardião dos bens do casal que se negou a ante ela se curvar.

80. Em consequência, o Governo Republicano ingressou com procedimento judicial perante o Juiz Seccional do Distrito Federal, o qual indeferiu a petição inicial, tendo a Fazenda se conformado com tal decisão, dela não tendo apresentado recurso, pelo que a posse mansa e pacífica do casal se manteve sem outra perturbação que não a do inconstitucional decreto n. 477.

81. Não obstante, em 23 de maio de 1894 o palácio foi cercado por praças do exército e ocupado pela força pública.

82. Na tentativa de coonestar a violência praticada, a União novamente procurou o Judiciário pleiteando a incorporação do palácio, tendo mais uma vez sido indeferida a pretensão pelo Dr. Juiz Seccional.

83. Insatisfeita, recorreu a União para o E. Supremo Tribunal federal que, mediante acórdão proferido no Agravo n. 100, negou provimento ao apelo.

84. A decisão, portanto, fez coisa julgada, apesar do que a União permaneceu na posse obtida em estado de sítio, a mão armada e com escandalosa preterição

do pronunciamento definitivo do Poder Judiciário, o que ensejou o ajuizamento da presente ação possessória. (e-STJ fls. 451/452.)

Com efeito, os recorrentes passaram ao largo dos fundamentos do acórdão ora recorrido, que ingressou no exame detalhado do conteúdo do acórdão proferido pelo STF, para concluir que o indeferimento da petição inicial da ação de incorporação decorreu de aspecto meramente processual, vinculado ao procedimento eleito e à impossibilidade de o decreto em apreço viabilizar o processamento sumário da pretensão, remetendo as partes às vias ordinárias. A questão de mérito, assim, não foi enfrentada no STF, o que permitiria o ajuizamento de ações próprias para a discussão aprofundada do tema. Tal motivação não foi impugnada no recurso especial, sendo insuficiente a afirmação genérica dos recorrentes no sentido de que a ação de incorporação teve a petição inicial indeferida e que a decisão transitou em julgado.

Incide, nesse caso, por analogia, a vedação contida na Súmula n. 283 do STF, segundo a qual “é inadmissível o recurso extraordinário, quando a decisão recorrida assenta em mais de um fundamento suficiente e o recurso não abrange todos eles”.

O recurso também não merece conhecimento nesse ponto.

I.c Contrariedade aos arts. 923 do CPC/1973, 3º, 5º, 6º e 7º da Lei n. 166, de 29.9.1840, 1º da Lei n. 1.217, de 7.7.1864, 505 do CC/1916, 1.210, § 2º, do CC/2002, a Lei de 20 de outubro de 1823

Conforme se adiantou no relatório do presente voto, o “Conde e Condessa d’Eu” (Princesa Isabel) ajuizaram a presente ação em 24.9.1895, afirmando que “desde 25 de janeiro de 1865 entraram na legítima posse do prédio urbano situado na rua da Guanabara conhecido por Palácio Izabel e nella se conservaram, mansa e pacificamente, sem dúvida ou contestação de quem quer que seja, até que em 1891, isto é, 26 anos depois, por Decreto n. 447 de 18 de julho, o poder executivo, sem forma nem figura de justiça declarou que ficavam incorporados aos próprios nacionaes todos os bens que constituam o dote ou patrimônio concedidos por actos do extinto regimen à Princeza Imperial Condessa d’Eu. Nestes bens se compreende o Palacio Izabel” (e-STJ fl. 4). Explicaram que, “em virtude deste Decreto, o Ministro do Interior, por aviso de 24 de julho do mesmo anno de 1891, determinou ao General Guilherme Carlos Lassance, procurador dos possuidores do referido predio, para entregar as respectivas chaves ao Engenheiro Francisco Joaquim Bittencourt da Silva”

(e-STJ fl. 5). Tal procurador declarou não ser possível cumprir o mencionado aviso, e o Ministro do Interior remeteu o assunto ao Ministro da Fazenda com o objetivo de “mandar promover pelo Procurador Seccional da República [...] a incorporação aos próprios nacionais” (e-STJ fl. 5). Foi negado judicialmente, inclusive no âmbito do Supremo Tribunal Federal, o pedido específico de “incorporação nos próprios nacionais do palacio ‘Izabel’, rementendo-se às partes às vias ordinárias” (e-STJ fl. 5), despacho contra o qual não houve recurso. Entretanto, em 22.12.1891, o Ministro da Guerra comunicou ao Ministro do Interior que foi expedida ordem ao “quartel-mestre-general para tomar posse do mesmo palácio” (e-STJ fl. 6). Segundo os autores, a competência da Justiça Federal para solucionar o tema foi postergada, e o “palácio Izabel foi ocupado militarmente” (e-STJ fls. 6/7). Houve tentativa da “1ª Seção da Directoria do Interior” de aplicar o “art. 8º da lei de 9 de setembro de 1826, que regula a única exceção do direito de propriedade” e que “faz referencia expressa aos arts. 5º e 6º que impõem a indemnização ou o depósito previo do valor do uso ou do dominio da propriedade” (e-STJ fl. 7). Afirmaram os autores que tal norma nem mesmo seria aplicável “*se a propriedade fosse do Estado*” e que essa escusa valeria “como confissão official do esbulho, *senão mesmo do confisco*” (e-STJ fl. 7). A necessária ação ordinária não foi utilizada, e o palácio não foi desocupado pelos militares, permanecendo o esbulho, daí a presente ação possessória para impugnar a “ocupação militar e irresistível em 28 de maio de 1894” (e-STJ fl. 8). Pediram a reintegração na posse, “com os rendimentos perdas e danos” (e-STJ fl. 9).

Na sequência, ainda em 24.9.1895, foram juntados pareceres a respeito da questão do domínio relativamente aos Palácios “Izabel” e “Leopoldina” (cf. e-STJ fls. 11/27), assim como, em 11.9.1896, a manifestação, a propósito, da Procuradoria Seccional da República (cf. e-STJ fls. 74/82).

A sentença de improcedência, proferida em 10.4.1897, enfrentou o tema relativo ao domínio à luz da extinção da monarquia, concluindo que o “Palácio Izabel” seria próprio nacional (e-STJ fls. 85/92).

A apelação interposta pelos autores para o STF foi apresentada por termo em 20.4.1897 (e-STJ fls. 95/96), e o Estado da Guanabara – já no âmbito do TFR, em 25.11.1969 – protocolizou contrarrazões defendendo a prescrição intercorrente (e-STJ fls. 110/119).

Diversamente do que alegam os recorrentes no recurso especial, conforme se pode verificar, os autores discutiram na petição inicial o direito à posse,

mas sempre rebatendo o decreto que declarou o Palácio Isabel como bem próprio nacional, afirmando, conseqüentemente, haver esbulho ou até mesmo “confisco”, alegações que, se acolhidas, implicariam reconhecer o domínio pleno em favor dos requerentes. Ao longo do processo, tais matérias igualmente foram discutidas e decididas. E no próprio recurso especial, no item 67 da peça recursal, visando a afastar a hipótese de direito de habitação, qualificam o direito concedido aos antecessores dos recorrentes como propriedade (resolutiva em caso de ausência de sucessão).

Esse contexto, sem dúvida, desde o seu primeiro momento, não permitiria decidir a ação sem enfrentar o título que deu sustentação, *ab initio*, à posse.

A “Constituição Política do Império do Brasil”, elaborada por um Conselho de Estado e outorgada pelo Imperador D. Pedro I, em 25.3.1824 – “Carta de Lei de 25 de Março de 1824”, estabelecia, no art. 109, que “a Assembléa assignará também alimentos ao Príncipe Imperial, e aos demais Príncipes, desde que nascerem”, e, no art. 112, que, “quando as Princezas houverem de casar, a Assembléa lhes assignará o seu Dote, e com a entrega delle cessarão os alimentos”.

A “Assembléa Geral”, composta pela Câmara de Deputados e pela Câmara de Senadores ou Senado, então, aprovou a Lei n. 166, de 29 de setembro de 1840, assegurando dotações à Princesa Imperial D. Januária e à Princesa D. Francisca para quando houvesse de realizar-se seus casamentos. Com poucos dispositivos, assim regulamentou o tema:

Art. 1º A Dotação de Sua Alteza Imperial, quando houver de realizar-se o seu Consorcio, será de noventa e seis contos de réis por anno, paga pela fórma por que o he a de Sua Magestade o Imperador, cessando desde a epoca do referido Consorcio os alimentos assignados por Lei.

Art. 2º O Esposo, que sobreviver ao outro, continuará a perceber a metade da referida Dotação, emquanto residir no Imperio, ou se se ausentar com licença do Imperador.

Art. 3º Fica consignada a quantia de cento e vinte contos de réis para a aquisição de predios, que offereção decente habitação a estes Augustos Esposos: e emquanto não se effectuar essa aquisição, serão pagos pelo Thesouro Publico, na razão de cinco por cento do referido capital, os alugueis de predios, que sejam para esse effeito mais idoneos.

Art. 4º Fica mais consignada a quantia de cem contos de réis para enxoval, e outros objectos do serviço de Sua Alteza Imperial, e de Seu Augusto Esposo.

Art. 5º *Fundar-se-ha hum Patrimonio em terras pertencentes á Nação, cujo valor será ulteriormente determinado sobre informações do Governo.*

Art. 6º *Ao dito Patrimonio serão incorporados os predios, de que trata o artigo 3º; e assim passará aos descendentes, segundo a ordem de sucessão estabelecida na Ordenação, Livro 4º, Título 100, que fica para este effeito em vigor.*

Art. 7º *Todos os bens, a que se refere o artigo antecedentes, serão consignados como Proprios Nacionaes, quando não haja, ou se acabe a referida sucessão.*

Art. 8º *Se o Principe tiver da sua parte alguns bens vinculados, e como taes os considerar no respectivo contrato, ou se taes bens lhe sobrevierem, observar-se-ha a este respeito, o que determina a Ordenação, Livro 4º, Título 100, § 5º, e seguintes, salvo o direito de sucessão estabelecido pela Legislação do Paiz, a que pertencer o mesmo Principe; por que em tal caso o contrato lhe será subordinado em tanto, quanto discrepar da referida Ordenação.*

Art. 9º *O Governo fica autorisado para despender fóra do Imperio as quantias, que forem necessarias para as negociações relativas ao Casamento de Sua Alteza Imperial, e transporte de seu Augusto Esposo, ficando igualmente comprehendidas nesta autorisação as despesas, que forem mister para o ajuste do Consorcio de Sua Magestade o Imperador, e transporte da Sua Augusta Esposa para o Brasil.*

Art. 10. *No caso de que venha a ter lugar a sucessão de Sua Alteza Imperial ao Throno, ficarão sem effeito as disposições desta Lei, que se tornem incompatíveis com os artigos, em que a Constituição regula os direitos, e prerogativas da Família Imperial.*

Art. 11. *Realisado o caso de sahir do Imperio Sua Alteza Imperial, se lhe entregará, por huma vez somente, na forma do artigo 113 da Constituição, a quantia de setecentos e cincoenta contos de réis, segundo o Padrão Monetário, além da somma marcada no artigo 4º da presente Lei para enxoval.*

Art. 12. *As disposições relativas ao Casamento de Sua Alteza Imperial são inteiramente applicáveis ao Consorcio da Princeza a Senhora D. Francisca.*

Art. 13. *Ficão derogadas todas as Leis em contrario. (Grifei.)*

Em nova atividade legislativa, a “Assembléa Geral” aprovou a Lei n. 1.217, de 7 de julho de 1864, que apenas alterou a Lei n. 166, de 29 de setembro de 1840, quanto aos valores das dotações e das despesas relacionadas, especificamente, às Princesas Isabel e Leopoldina. Confira-se o texto do referido diploma:

Art. 1º *Ficão em vigor, para a dotação de Sua Alteza Imperial A Senhora D. Izabel, as disposições da Lei numero cento e sessenta e seis de vinte e nove de Setembro de mil oitocentos e quarenta, com as seguintes alterações:*

§ 1º Quando se realizar o Consorcio de Sua Alteza Imperial, será a sua dotação de cento e cinquenta contos de réis, cessando desde então os alimentos, que actualmente percebe, e será paga pela fôrma, por que o é a de Sua Magestade o Imperador.

§ 2º Fica decretada a quantia de trezentos contos de réis para a aquisição de predios, destinados á habitação de Sua Alteza Imperial e seu Augusto Consorte.

Emquanto se não effectuar esta aquisição, será pago pelo Thesouro, na razão de seis por cento para o mesmo fim mais idoneos.

§ 3º Fica decretada a quantia de duzentos contos de réis para as despesas do enoval e outros objectos do serviço dos Augustos Consortes.

§ 4º Sahindo Sua Alteza Imperial para fóra do Imperio, se lhe entregará por uma só vez, na fôrma do artigo cento e treze da Constituição Política, o dote de mil e duzentos contos de réis.

Art. 2º As disposições relativas ao Consorcio de Sua Alteza Imperial são inteiramente applicaveis ao de Sua Alteza a Senhora D. Leopoldina.

Art. 3º Ficão revogadas as disposições em contrario. (Grifei.)

Quanto ao mais, permaneceu íntegra a Lei n. 166, de 29 de setembro de 1840.

Apenas para facilitar a melhor compreensão e poder extrair dos próprios textos legais da época seus verdadeiros objetivos, com as limitações que possam ter, cumpre rememorar o conceito de dote.

Para Pontes de Miranda, “Dote é a porção de bens, que a mulher, ou alguém por ela, transfere ao marido, para com os frutos e rendimentos provenientes dele, sustentar os encargos do matrimônio, sob as cláusulas de incomunicabilidade e restituição de tais bens, ou do seu valor, quando se dissolver a sociedade conjugal” (Tratado de Direito Privado. São Paulo: RT, 2012 – atualização –, Parte Especial, Tomo VIII, pág. 463). Na hipótese de reversão: “Se no contrato dotal se estipulou a reversão do dote ao dotador, é óbvio que o benefício da restituição cabe a esse, e não à dotada, ou seus herdeiros” (ob. cit. pág. 506).

Alexandre Corrêa e Gaetano Sciascia, por sua vez, destacam que, na evolução do Direito Romano, o direito de propriedade antes conferido ao marido que tenha recebido dote perdeu corpo, assim:

Por influência da regulamentação do matrimônio *cum manu*, os bens dotais passam a ser propriedade do marido. Mas, desde o período republicano via se desenhando uma corrente pela qual, do ponto de vista econômico, o dote se considera *res uxoria*, e. é., da mulher. Os escândalos dos frequentes divórcios

facilitam o desenvolvimento do princípio jurídico pelo qual *quamvis in bonis mariti dos sit, mulieris tamen est*. Assim, do ponto de vista jurídico, a propriedade do dote é do marido, mas os seus poderes são limitados pelo direito; e dissolvendo-se o matrimônio tem que restituir os bens dotais.

[...]

Na legislação justinianéia as duas ações clássicas, *actio ex stipulatu* e *actio rei uxoriae* se encontram fundidas na *actio ex stipulatu*, chamada também *actio de dote*. Tem caráter equitativo e cabe não somente a quem precedentemente fez a *stipulatio*, mas a quem quer que constitui o dote; além disso a ação é transmissível ativa e passivamente. O processo de transformação se consumou: o marido já não é proprietário, mas somente usufrutuário dos bens dotais, como no direito moderno. Quem constituiu o dote tem sobre os bens do marido hipoteca tácita, que legalmente garante a restituição dotal. (Manual de Direito Romano. 6ª ed. São Paulo: RT, 1988, págs. 106/108.)

Com base nas leis referidas, de caráter especial, portanto, em 1865 foi adquirido de um comerciante português, chamado José Machado Coelho, um palacete situado na antiga Rua Paissandu com a Rua Guanabara, atual Rua Pinheiro Machado, distrito de Laranjeira, pelo preço de 250:000\$000 (duzentos e cinquenta contos de réis). A construção de tal palacete se deu em uma propriedade anteriormente denominada “Chácara do Rozo”, de Domingos Francisco de Araújo Rozo. A obra teve início em 1853 e foi utilizada como residência particular pelo alienante José Machado Coelho até 1860. Após sua aquisição e reforma, o palacete se tornou a residência do Conde e da Condessa d’Eu e ficou conhecido como Paço Isabel ou Palácio Isabel, atual Palácio Guanabara.

O Palácio Isabel passou a integrar um patrimônio ainda maior – considerado “proprio nacional” – quando estabelecidos em benefício do casal, Conde e Condessa d’Eu, bens consistentes em terras nas Províncias de Santa Catharina e de Sergipe, mediante a aprovação da Lei n. 1.904, de 17 de outubro de 1870, com o seguinte teor:

Art. 1º Fica estabelecido para Sua Alteza Imperial a Senhora D. Izabel Christina e seu Augusto Esposo, nos termos do respectivo contrato matrimonial, um patrimonio em terras, constante de duas porções, cada uma de 49 leguas quadradas, sendo uma na Provincia de Santa Catharina e outra na de Sergipe, ou em qualquer outra Provincia do Imperio, se porventura nesta ultima não houver porção de terras sufficiente; podendo os lotes conter no minimo até 6 leguas quadradas.

Este patrimonio, do qual fará parte o predio comprado para habitação de Suas Altezas, será considerado como proprio nacional, com o destino que lhe é dado, e nos termos do mesmo contrato matrimonial.

É porém, permitida a venda de metade das terras a colonos que as venhão cultivar, sendo o producto liquido da alienação empregado em apolices da divida publica fundada do Imperio, as quaes, *inscriptas como inalienaveis no grande livro*, farão parte do patrimonio de Suas Altezas.

Art. 2º As ditas terras serão medidas e tombadas á custa do Thesouro Nacional; e á custa de Suas Altezas as medições das subdivisões para venda, e neste caso empregado em *apolices inalienaveis* o produto liquido.

Fica para esse fim concedido ao Governo um credito de 35:000\$000.

Art. 3º Ficão revogadas as disposições em contrario. (Grifei.)

Aliomar Baleeiro, comentando a Constituição de 1891, assim descreve, os pródomos da República e o clima emocional do período 1880-91:

O povo brasileiro cansara-se da monarquia, cuja modéstia espartana não incutia nos espíritos a mística e o esplendor dos tronos europeus. O Imperador vestia trajes civis, pretos, como qualquer sujeito respeitável da época, sem as fardas de dourados, de almirante e general, as condecorações, crachás que impressionam o homem da rua. Conta-se que a Princesa Imperial trazia consigo, no decote, fósforos para acender ela mesma as velas à boca da noite.

O Conde D'Eu era cordialmente detestado e temia-se que viesse a manter sua copa-e-cozinha política quando o sogro fechasse os olhos. E a moléstia do Imperador, em 1888, tornava esse perigo muito próximo.

Passada a euforia da promulgação da Lei de 13 de maio de 1888, com a qual D. Isabel acreditara ganhar durável popularidade, o País sentiu na carne as conseqüências do gesto generoso que, como o Barão de Cotegipe profetizou à Princesa, lhe custaria a perda do trono.

Não foram previstas medidas de gradual adaptação dos ex-escravos aos trabalho livre, nem de amparo à produção agrícola, a básica do País na época.

Em sua ingenuidade primitiva, muitos africanos ou filhos deles, recém-libertados, pensavam que poderiam subsistir sem a dureza do trabalho quotidiano e árduo.

Depois de dias de festejos e batucada, quase todos abandonaram as fazendas e procuraram viver de biscates nas cidades, saturando o mercado de trabalho. O impacto sobre a produção foi tremendo, embora para os Estados do Sul, nos dois anos anteriores a 1888, fossem importados milhares e milhares de imigrantes italianos. A substituição do braço escravo pelo livre importava a necessidade de aumento do numerário para pagamento semanal e regular dos trabalhadores assalariados.

Por outro lado, Afonso Celso (Visconde de Ouro Preto), o último Presidente de Gabinete, procurou aplacar a ira dos fazendeiros desapossados dos escravos, facilitando-lhes o crédito para manutenção do trabalho agrícola por homens livres. Como isso exigia vultosas emissões, manifestou-se, desde 1888 e primeiro semestre de 1889, um impulso inflacionário com inevitável reflexo no valor do mil-réis, que estava, antes ao par, na relação de 27 pence por Rs. 1\$000. Logo o câmbio baixou, subindo celeremente o valor da libra esterlina em relação ao mil-réis.

Afonso Celso, estadista enérgico e competente, lutou como um leão na arena econômica e na política, metralhado pelos artigos que Rui escrevia, cada manhã, no Diário de Notícias, na lenta erosão do que restava do prestígio do trono e do regime.

As questões militares dos anos anteriores destruíram a disciplina do Exército, solidarizando generais com subalternos, nas hostilidades ostensivas ao Ministério Civil.

Por outro lado, o establishment dos velhos políticos, dos barões, viscondes e marqueses, banqueiros e exportadores, desfalcadas as fileiras pela deserção dos fazendeiros e militares, não conseguira captar a lealdade dos filhos, os jovens, que desde 1870 se deixavam fascinar pela sereia republicana, ou pelo positivismo e pelas instituições norte-americanas, às quais creditavam o formidável desenvolvimento econômico dos Estados Unidos nos dois decênios após o término da Guerra de Secessão. Nas classes médias, muitas crianças nascidas por esse tempo ganhavam como prenome 'Washington', 'Hamilton', 'Jefferson', do mesmo modo que um menino nascido em meio do século XIX, no fastígio da Carta de 1824, fora batizado Benjamin Constant Botelho de Magalhães.

Os que esperavam ascensão social e política com o próximo 3º reinado armaram o braço ameaçador dos libertos da 'Guarda Negra' e dos capoeiristas contra os propagandistas da República. Um deles, Silva Jardim, escapou do assassinio.

E, por fim, a velha estrutura monárquica, que, somada à tradição, contava oito séculos, desmoronou-se toda em poucas horas na madrugada de 15 de novembro.

(Constituições Brasileiras. 3ª ed. Brasília: Edição do Senado Federal, 2012, vol. II, págs. 11/12.)

Com a proclamação da República, foi enviada ao Imperador, D. Pedro II, no dia 16 de novembro de 1889, mensagem do Governo Provisório informando acerca da abolição da monarquia e intimando-o para que a família imperial deixasse o País em 24 horas. Segundo texto reproduzido em obra de Paulo Bonavides e de Paes de Andrade, quanto às garantias e aos direitos assegurados à família imperial, assim constou da referida mensagem:

[...]

O transporte vosso e dos vossos para um porto da Europa correrá por conta do Estado, proporcionando-vos para isso o governo provisório um navio com a guarnição militar precisa, efetuando-se o embarque com a mais absoluta segurança de vossa pessoa e de toda a vossa família, cuja comodidade e saúde serão zeladas com o maior desvelo na travessia, continuando-se a contar-vos a dotação que a lei vos assegura, até que sobre esse ponto se pronuncie a próxima Assembléia Constituinte. Estão dadas todas as ordens a fim de que se cumpra esta deliberação. O país conta que sabereis imitar, na submissão ao seus desejos, o exemplo do Primeiro Imperador, em 7 de abril de 1831. Rio de Janeiro, 16 de novembro de 1889. – Manuel Deodoro da Fonseca. (História Constitucional do Brasil. 1ª ed. Brasília: Ed. Paz e Terra, 1989, pp. 640/641.)

O embarque para o exílio deu-se na madrugada de 17 de novembro de 1889 sem resistência do Imperador.

O Governo Provisório editou, ainda, o Decreto n. 2, de 16 de novembro de 1889, concedendo à família imperial quantia necessária ao seu estabelecimento no exterior (5.000:000\$000 – cinco mil contos de réis), com o seguinte texto:

O Governo Provisório da República dos Estados Unidos do Brasil, querendo prover á decência da posição da família que acaba de ocupar o trono do país, e ás necessidades do seu estabelecimento no estrangeiro, resolve:

Art. 1º É concedida á família imperial, de uma vez, a quantia de cinco mil contos de réis.

Art. 2º Esta concessão não prejudica as vantagens asseguradas ao chefe da dinastia deposta e sua família na mensagem do Governo Provisório, datada de hoje.

Art. 3º Revogam-se as disposições em contrário.

No entanto, o imperador deposto, por meio de carta, recusou a indenização, por entendê-la ilegal e arbitrária.

A respeito da referida ajuda financeira, o historiador Laurentino Gomes escreveu:

Pouco antes da partida, um oficial subiu a bordo com a notícia de que o governo republicano daria uma ajuda de 5 mil contos de réis para custear as despesas do imperador no exílio. Era uma grande fortuna na época, equivalente a cerca de 70 milhões de dólares ou 150 milhões de reais hoje, mas dom Pedro II limitou-se a receber o papel, sem dar uma resposta conclusiva. Esse gesto seria motivo de uma grande controvérsia nos anos seguintes. Para o governo

republicano, dom Pedro ao receber o documento havia, implicitamente, aceitado a ajuda financeira. Isso faria com que, ao chegar a Portugal semanas mais tarde, fosse acusado por um jornalista de ter “vendido a Monarquia brasileira” por uma soma em dinheiro.

O fato é que, ao chegar a São Vicente, no arquipélago de Cabo Verde, duas semanas após a partida do Brasil, dom Pedro enviaria uma carta ao governo provisório renunciando formalmente a qualquer ajuda financeira, além do salário mensal a que já tinha direito por lei enquanto monarca. A atitude foi considerada insolente pelo governo republicano, que, em represália, resolveu banir para sempre a família imperial do território brasileiro. A renúncia ao dinheiro custaria também grandes humilhações a dom Pedro, obrigado a recorrer a empréstimos de amigos para pagar suas contas na Europa até morrer, em 1891. (1889: Como um Imperador Cansado, um Marechal Vaidoso e um Professor Injustiçado Contribuíram para o Fim da Monarquia e a Proclamação da República no Brasil. 1ª ed. São Paulo: Editora Globo S.A., 2013, pp. 294/295)

Em consequência dessa resposta, o Governo Provisório decretou o banimento da Família Imperial e a proibição de ter bens no Brasil. Eis o inteiro teor do Decreto n. 78-A, de 21 de dezembro de 1889:

O Marechal Manoel Deodoro da Fonseca, Chefe do Governo Provisório, constituído pelo Exército e Armada, em nome da Nação, considerando:

que o Sr. D. Pedro de Alcantara, depois de aceitar e agradecer aqui o subsídio de 5.000:000\$ para ajuda de custo do seu estabelecimento na Europa, ao receber das mãos do general, que lh'o apresentou, o decreto onde se consigna essa medida, muda agora de deliberação, declarando recusar semelhante liberalidade;

que, repellindo esse acto do Governo Republicano, o Sr. D. Pedro de Alcantara pretende, ao mesmo tempo, continuar a perceber a dotação annual sua e de sua familia em virtude do direito que presume subsistir-lhe por força da lei;

que essa distincção envolve a negação evidente da legitimidade do movimento nacional, e encerra reivindicações incompatíveis hoje com a vontade do paiz, expressa em todas as suas antigas provincias, hoje Estados, e com os interesses do povo brasileiro, agora indissolavelmente ligados à estabilidade do regimen republicano;

que a cessação do direito da antiga familia imperial á lista civil é consequencia immediata da revolução nacional, que a depoz, abolindo a monarchia;

que o procedimento do Governo Provisorio, mantendo, a despeito disso, essas vantagens ao principe decahido, era simplesmente uma providencia de benignidade republicana, destinada a attestar os intuitos pacificos e conciliadores do novo regimen, ao mesmo tempo que uma homenagem retrospectiva á dignidade que o ex-imperador occupara como Chefe do Estado;

que a attitude presentemente assumida pelo Sr. D. Pedro de Alcantara neste assumpto, presuppondo a sobrevivencia de direitos extinctos pela revolução, contém

o pensamento de desautoral-a, e anima velleidades inconciliaveis com a situação republicana;

que, conseqüentemente, cessaram as razões de ordem politica, que se inspirara o Governo Provisorio, proporcionando ao Sr. D. Pedro de Alcantara o subsidio de 5.000:000\$, e respeitando temporariamente a sua dotação;

Decreta:

Art. 1º É banido do territorio brasileiro o Sr. D. Pedro de Alcantara, e com elle sua familia.

Art. 2º Fica-lhes vedado possuir immoveis no Brazil, devendo liquidar no prazo de dous annos os bens dessa especie, que aqui possuem.

Art. 3º É revogado o decreto n. 2 de 16 de novembro de 1889, que concedeu ao Sr. D. Pedro de Alcantara 5.000:000\$ de ajuda de custo para o seu estabelecimento no estrangeiro.

Art. 4º. Consideram-se extinctas, a contar de 1 desse mez, as dotações do Sr. D. Pedro de Alcantara e sua familia.

Art. 5º Revogam-se as disposições em contrario. (Grifei.)

Veja-se que, inicialmente, foi imposto à família imperial o exílio, instituto correspondente ao estado de residir longe da própria casa, no caso em outro país, conceito que se aproxima da pena de desterro disciplinada no art. 52 do Código Criminal do Império (Lei de 16 de dezembro de 1830). Posteriormente, pelas razões invocadas no decreto citado, o exílio foi convolado em banimento político, mais abrangente e que outrossim envolvia a perda de outros direitos, semelhante à pena de banimento judicial assim definida à época pelo referido Código:

Art. 50 A pena de banimento privará para sempre os réos dos direitos de cidadão brasileiro, e os inibirá perpetuamente de habitar o território do Império.

Os banidos, que voltarem ao territorio do Imperio, serão condemnados á prisão perpetua.

Seguindo tais disposições, editadas após a proclamação da República, foi baixado o Decreto n. 1.050, de 21 de novembro de 1890, efetivando a incorporação ao domínio nacional das terras cedidas à Condessa d'Eu – Princesa Isabel –, nos seguintes termos:

Art. 1º Ficam incorporadas ao dominio nacional as terras situadas nos Estados do Paraná e de Santa Catharina, concedidas, a titulo de dote, á Condessa d'Eu, ex-princeza imperial do Brazil.

Art. 2º Ficam revogadas as disposições em contrario.

É de conhecimento público e notório, conforme revela a historiografia constitucional brasileira, que a “Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil”, promulgada em 24 de fevereiro de 1891, ratificou a igualdade a todos os brasileiros e estrangeiros residentes no Brasil perante a lei, extinguindo expressamente todos os privilégios de nascimento, ordens honoríficas, títulos de nobreza. Para ilustrar, é oportuno reproduzir a norma do art. 72, § 2º, com o seguinte teor:

Art. 72. [...]

§ 2º Todos são iguais perante a lei.

A República não admite privilégios de nascimento, desconhece foros de nobreza e extingue as ordens honoríficas existentes e todas as suas prerrogativas e regalias, bem como os títulos nobiliárquicos e de conselho.

Nas “Disposições Transitórias”, mais especificamente no art. 7º, entretanto, por uma questão de deferência ao governante deposto, abriu-se exceção à regra do art. 72, § 2º, criando uma pensão vitalícia ao ex-Imperador, assim:

Art. 7º – É concedida a D. Pedro de Alcântara, ex-Imperador do Brasil, uma pensão que, a contar de 15 de novembro de 1889, garanta-lhe, por todo o tempo de sua vida, subsistência decente. O congresso ordinário, em sua primeira reunião, fixará o quantum desta pensão.

Com fundamento do art. 7º das “Disposições Transitórias” da Carta de 1891, então, o Congresso Nacional aprovou a Lei n. 20, de 22 de outubro de 1891, fixando o pensionamento anual em 120:000\$ (cento e vinte contos de réis), possuindo tal diploma o teor seguinte:

Art. 1º E’ fixada em 120:000\$ annuaes a pensão a que tem direito D. Pedro de Alcantara, ex-Imperador do Brasil, a contar de 15 de novembro de 1889.

Art. 2º O pagamento desta pensão se fará por meio de prestações mensaes ao cambio de 27 dinheiros por 1\$, pagando-se de uma só vez todas as prestações vencidas até á data da publicação desta lei.

Art. 3º O Presidente da Republica é autorizado, na deficiencia da receita, a fazer as operações de credito necessarias para o dito pagamento.

Art. 4º Revogam-se as disposições em contrario. O Ministro de Estado dos Negocios do Interior assim o faça executar.

Observo, todavia, que, segundo alguns historiadores – dentre eles Aristides A. Milton (A Constituição do Brazil – Notícia Historica, Texto e Commentario. 2ª ed. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1898) –, o ex-Imperador nunca recebeu tal pensionamento, tendo falecido, vale registrar, no dia 5.12.1891, em Paris, França.

Em 18 de julho de 1891, o Marechal Manoel Deodoro da Fonseca, como Presidente da República, editou o Decreto n. 447 – entre, portanto, a promulgação da “Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil”, de 24 de fevereiro de 1891, e a Lei n. 20, de 22 de outubro de 1891 –, efetivando formalmente a incorporação do patrimônio da ex-Princesa Isabel aos próprios nacionais, assim justificando e estabelecendo:

Considerando que o dote instituído em favor da ex-princesa D. Isabel, condessa d’Eu, e ao qual se referem as leis n. 166 de 20 de setembro de 1840, 1.217 de 7 de julho de 1864 e 1.904 de 17 de outubro de 1870, e o contracto de 11 de outubro de 1864, tirava sua razão de ser e se fundamentava em o regimen politico então vigente o que – suppunha-se – seria perpetuo;

Considerando que, tanto esse dote como a lista civil annualmente decretada, significavam um auxilio para que a princesa imperial, e com ella o seu consorte, pudessem manter a representação e decóro social compatíveis com a elevada posição que occupava na monarchia e com a qualidade de futura depositaria das funções magestáticas, como se evidencia do elemento historico daquellas leis;

E pois

Considerando que o patrimonio politico, assim constituído para fins e sob leis especiaes, sómente poderia existir emquanto se não verificasse o implemento da condição resolutiva a que estava naturalmente subordinado: a extinção do regimen monarchico; e, dado este facto, devem os bens ser devolvidos ao dominio pleno do Estado, que aliás reservou sempre para si a nua-propriedade sobre elles;

Considerando que nas mesmas condições de taes bens se acha o immovel denominado – palacete Leopoldina –, em cujo uso-fructo estava investido do ex-principe D. Pedro, como filho primogenito da princesa D. Leopoldina, Duqueza de Saxe, fallecida, em 1871;

Considerando, finalmente, que o compromisso assumido pelo Governo Provisorio em 15 de novembro de 1889, no sentido de “reconhecer e acatar todos os compromissos nacionaes contrahidos durante o regimen anterior, os tratados subsistentes com as potencias estrangeiras, a divida publica externa e interna, os contractos vigentes e mais obrigações legalmente contrahidas”, não póde evidentemente referir-se ás leis citadas, as quaes por essa occasião já haviam caducado de para com a monarchia, de que eram immediato consecario;

Resolve decretar, ampliando o disposto no decreto n. 1050 de 21 de novembro de 1890, que providenciou sobre as terras situadas nos Estados do Paraná e de Santa Catharina, que faziam parte do alludido patrimonio:

Art. 1º Ficam incorporados aos proprios nacionaes todos os bens que constituam o dote ou patrimonio concedido por actos do extincto regimen á ex-princeza imperial D. Isabel, Condessa d'Eu; bem assim o immovel denominado – palacete Leopoldina – e sito á rua Duque de Saxe.

Art. 2º Revogam-se as disposições em contrario.

Cumpra registrar que o período era marcado por convulsões em todo o País. Deodoro, em 03.11.1891, três semanas antes de sua renúncia, dissolveu o Congresso Nacional e instaurou o estado de sítio, suspendendo todos os direitos individuais e políticos previstos na nova Constituição republicana. Floriano Peixoto, com o argumento da ameaça da restauração da monarquia, tendo em vista a desilusão com o novo regime, governou o País com mão de ferro. Sob os influxos da Segunda Revolta da Armada, em 1893, novamente suspendeu as garantias constitucionais, decretando estado de sítio. O Rio de Janeiro encontrava-se debaixo do risco de bombardeio. Nesse contexto, houve a ocupação do Palácio Guanabara, com o suposto propósito de se instalar, ali, um hospital militar.

O panorama histórico e legislativo acima demonstra que o atual Palácio Guanabara foi adquirido para os fins específicos previstos na Constituição do Império e posterior legislação infraconstitucional, de caráter especial, em consequência de obrigações do Estado, vinculadas à monarquia e ligadas ao alto decoro do trono nacional, da família imperial e sua ordem de sucessão.

São neste sentido as conclusões do acórdão recorrido, à fl. 279 (e-STJ):

Verifica-se que tanto as declarações da escritura, como as cláusulas do contrato nupcial e os artigos de lei transcritos, todos, sem exceção, fazem certo que o imóvel em questão foi comprado com o dinheiro do Tesouro para o fim específico e exclusivo de proporcionar uma habitação para a Princesa Imperial D. Isabel, que se casara com o Conde d'Eu e que seria, na ausência de filhos varões, a herdeira do trono.

[...]

Evidentemente, a extinção do regime monárquico, com o desterro de toda a família imperial, fez cessar a destinação do imóvel, desaparecendo a razão pela qual fora ele comprado.

O imóvel tinha destinação exclusiva: servir de moradia aos herdeiros do trono, membros da família imperial. Ora, com a substituição da monarquia pela

república não há que se falar mais na figura do imperador, nem em príncipes, nem em princesas, cessando, “*ipso facto*”, a razão pela qual o imóvel era utilizado, devendo retornar ao patrimônio da União, de onde na verdade nunca saiu, pois foi adquirido como “próprio nacional”, a teor do art. 7º da Lei n. 166.

Após examinar os textos legais, o respectivo contrato de casamento e a escritura de aquisição do imóvel, concluiu o TRF 2ª Região (e-STJ fls. 280/281):

[...] os bens não foram atribuídos a pessoas privadas, mas a representantes da nação, enquanto detentores deste título, e não podiam acompanhá-los quando perderam essa qualidade, ou seja, quando extinto o regime monárquico.

O que existia, na realidade, era um mero direito de habitação, restituindo-se o prédio ao proprietário. E como se não bastassem os fatos, por si só, para que fossem devolvidos os bens, foi editado o Decreto n. 447, determinando a incorporação dos bens dotais ao patrimônio da União, embora, ressalte-se, na realidade eles nunca tivessem deixado de integrá-lo.

Com efeito, com a proclamação e a institucionalização da República, as circunstâncias fundamentais que justificavam a manutenção da posse do palácio pela família imperial deixaram de existir, tendo em vista que o novo regime constitucional republicano extinguiu todas as prerrogativas, privilégios, regalias e títulos nobiliárquicos inerentes à monarquia. Em decorrência, as antigas obrigações do Estado perante a família imperial foram revogadas *ipso facto* pela nova ordem imposta, entre as quais a posse do imóvel de que trata a ação.

As fontes citadas também permitem responder a indagação se, em relação ao imóvel em apreço, o dote implicou transmissão de domínio pleno em favor do casal.

No ponto, entendo, não se ter caracterizado concessão de qualquer direito de propriedade aos ilustres e respeitáveis ascendentes dos recorrentes.

Com efeito, a “Constituição Política do Império do Brasil”, outorgada pelo Imperador D. Pedro I em 25 de março de 1884, no seu art. 112, determinava que, “quando as Princesas houverem de casar, a Assembléa lhes assignará o seu Dote”, encerrando os alimentos previstos no art. 109. No entanto, a norma constitucional não estabeleceu os contornos jurídicos e os efeitos do referido dote, ficando a cargo da Assembleia Geral defini-los.

Em tais condições, o Poder Legislativo editou a Lei n. 166, de 29 de setembro de 1840, acima reproduzida, segundo a qual os prédios adquiridos com o propósito de fornecer decente habitação aos recém-casados constituirão

patrimônio “consignado como próprio nacional” “quando não haja, ou se acabe a referida sucessão” (arts. 3º, 5º, 6º e 7º).

Evidentemente que, nessa época, não se cogitava da abolição da monarquia, daí que, em tese, o fim da sucessão se daria apenas quando o casal não deixasse prole ou outros sucessores previstos na legislação então em vigor, caso em que se escolheria uma nova dinastia. No entanto, a instituição da república e o fim da monarquia qualificou uma nova hipótese de “fim da sucessão” de tais privilégios, reforçando a ideia de que o imóvel em apreço tratar-se-ia de próprio nacional, definido por Pedro Nunes como bem imobiliário, da propriedade que faz “parte do patrimônio privado de uma entidade de direito público interno: próprios nacionais, estaduais ou municipais” (Dicionário de Tecnologia Jurídica. 13ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 875). De Plácido e Silva, em obra atualizada por Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho, define “próprios nacionais” como sendo “expressão usada para determinar o conjunto de bens pertencentes ou de propriedade do Estado. Corresponde a bens do domínio da União” (Vocabulário Jurídico. 25ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 1.119). Essas definições, a propósito, remontam ao Brasil Império, podendo-se citar a definição apresentada por Augusto Teixeira de Freitas Senior em 1883:

— Proprios Nacionaes (Consolid. das Léis Civ., Art. 59) são os bẽns como táes incorporados, e assentados nos Livros d’elles; isto é, os que se-adquirirão para a Fazenda Nacional por algum titulo; em cujo numero entrão as Fortalêzas, Fontes, Castellos, Baluartes, Cidadellas, , com tãodos os seus pertences: (*in* Vocabulario Juridico. Rio de Janeiro: B.L. Garnier – Livrêiro-Editor, 1883.)

Tal dicionário jurídico, como se pode verificar, faz remissão ao conceito inserido no art. 59 da Consolidação das Leis Civas de 1858, igualmente elaborado por Teixeira de Freitas, encomendada pelo governo imperial, com o seguinte teor:

Art. 59. São propios nacionaes os bens como taes incorporados, e assentados nos Livros delles; isto é, os que se-adquirirão para a Fazenda Nacional por algum titulo, ou em virtude de Lei; em cujo numero entrão as fortalezas, fortes, castellos, baluartes, cidadellas, com todos os seus pertences.

Revela-se oportuno destacar que o art. 6º da Lei n. 166/1840 invoca, apenas a título de ordem de sucessão, a disciplina contida na “Ordenação, Livro 4º, Título 100”, que dispõe sobre o morgado e bens vinculados, que não podiam ser alienados ou divididos, passando ao primogênito ou, na falta deste,

na respectiva ordem estabelecida no referido diploma. A propósito, a título de ilustração, De Plácido e Silva assim define “morgado”:

Morgado. Derivado de *majoratus*, de baixa latinidade, era o vocábulo empregado na terminologia do Direito antigo, para indicar o vínculo instituído a certos bens, a fim de que se transmitam seguidamente aos sucessores, com a mesma imposição, sem se poderem vender ou dividir.

O morgado, assim, apresentava-se perpétuo e indivisível, e tinha por objetivo manter os bens assim vinculados para conservação do nome e esplendor da família.

O herdeiro do morgado era o primogênito. E a este, por extensão, também se dava a denominação de morgado.

E designava, ainda, o direito de suceder nos bens vinculados ou que constituíram o morgado. (Vocabulário Jurídico. 25ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, pág. 931.)

Anos depois da edição da Lei n. 166, de 29 de setembro de 1840, a Assembleia, em 7 de julho de 1864, aprovou a Lei n. 1.217, que tão somente modificou os valores das dotações e das despesas relacionadas às Princesas Isabel e Leopoldina, deixando ainda mais claro, no art. 1º, § 2º, que os prédios se destinariam especificamente a uma digna “habitação de Sua Alteza Imperial e seu Augusto Consorte”.

Finalmente, a Lei n. 1.904, de 17 de outubro de 1870, de forma ainda mais explícita, declarou que as terras adquiridas em Santa Catarina e em Sergipe e os prédios destinados à habitação do casal imperial constituiriam patrimônio “considerado como próprio nacional”. Permitiu a venda da metade das referidas terras a colonos, mas impôs que o produto líquido da alienação fosse utilizado na aquisição de apólices da dívida pública, inscritas como inalienáveis. Veja-se, portanto, que a ideia era impedir que o patrimônio fosse retirado da esfera de domínio do Estado ou do âmbito da família imperial. Vedava-se, pois, ao casal conferir nova destinação de tais bens, diversa da que lhes indicasse a legislação então vigente.

Em tal contexto fático e jurídico, o Conde e a Condessa d’Eu detinham a posse do Palácio Isabel, hoje Palácio Guanabara, tão somente para fins de direito de habitação, não possuindo o domínio sobre tal imóvel. Adquirido apenas para satisfazer a constituição de dote em favor da família imperial, a propriedade sempre foi do Estado, sendo considerado, desde a compra, próprio nacional. Sob o enfoque da organização vertical da posse, tratada pelo Ministro aposentado do

STF José Carlos Moreira Alves, na obra *Posse – Estudo Dogmático* (2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999), os recém-casados tinham a posse direta ou imediata (direito limitado à efetiva habitação), e o Estado, a posse indireta ou mediata, sem embargo da manutenção do domínio sobre o bem.

Com o fim da monarquia e a extinção dos privilégios de nascimento, portanto, caracterizou-se uma nova hipótese de “fim da sucessão” dos benefícios no âmbito da família imperial, cabendo o retorno da posse do respectivo bem e de outros dotes ao Estado.

Modernamente, encontram-se julgados dos tribunais, inclusive do STJ, a respeito de controvérsias jurídicas que – guardadas as devidas proporções, particularidades e nível de aplicação – possuem certo parentesco com o caso em exame. Trata-se da utilização do próprios nacionais residenciais por autoridades e servidores públicos investidos de cargos de governo ou funções de confiança.

Em tais circunstâncias, como deixaram de produzir efeitos jurídicos no regime republicano as designações de nobreza, encargos, privilégios e regalias que amparavam a posse do atual Palácio da Guanabara pelo Casal Imperial, e como tal imóvel sempre permaneceu sob o domínio do Estado, a improcedência da presente ação possessória deve ser mantida, à míngua de título que lhes pudesse garantir a posse. Irrelevante para o julgamento desta ação ajuizada em 1895, também pela ausência de direito possessório por parte dos autores, a forma pela qual o palácio foi ocupado após a Proclamação da República, a promulgação da Carta de 1891 e após o banimento da família real. Sem título possessório (título nobiliárquico e respectivos privilégios) e definitivamente impossibilitados, materialmente, também em decorrência do referido banimento, de exercer diretamente o direito de habitação, não há como acolher a proteção possessória.

Destaco que, pela natureza do direito constituído e de sua finalidade específica, estabelecidas na Carta Constitucional de 1824 e nas leis especiais que se seguiram, o exercício do direito de habitação pelos membros da família imperial, no presente caso, é intransferível e personalíssimo, não podendo ser repassado a terceiros, ainda que estivessem na posse do imóvel em nome dos supostos titulares.

Nesse ponto, diversamente do que alegam os recorrentes, desnecessário o exame de normas e disposições contidas nas Ordenações, na Lei da Boa Razão (Lei de 18 de agosto de 1769) e nas oriundas do Direito Romano para efeito de permitir que a família imperial, sob qualquer título, repassasse

a terceiros o direito de habitação. A Lei de 20 de outubro de 1823, invocada no recurso especial pelos recorrentes, de fato, determinava no seu art. 1º que as Ordenações e as leis, entre outras, permaneceriam “em inteiro vigor na parte, em que não tiverem sido revogadas, para por ellas se regularem os negocios do interior deste Imperio, emquanto se não organizar um novo Codigo, ou não forem especialmente alteradas”. No entanto, o direito ao dote das princesas foi estabelecido e disciplinado posteriormente, pela Carta de 1824 e pelas leis especiais que se seguiram. Esses novos diplomas, que revelam o caráter personalíssimo do direito conferido à habitação da família imperial, é que devem ser observados para solução da lide.

Tal característica, a propósito, de modo ilustrativo, é apontada mais modernamente, também, por Orlando Gomes, nos seguintes termos:

O direito real de habitação também é personalíssimo.

A habitação é, atualmente, uso limitado, e, assim, espécie do direito real de uso. Perdeu, com efeito, sua significação de usufruto restrito. No direito alemão, qualifica-se entre as servidões pessoais limitadas, ao lado do usufruto e das servidões prediais.

Tal como o direito de uso, do qual é, afinal simples modalidade, o direito de habitação tem cunho personalíssimo, não podendo ser transferido, nem mesmo seu exercício. O titular o exerce, residindo na casa alheia. Tem, portanto, destinação invariável. A casa não pode ser habitada por outrem, nem ser usada para outro fim. (Ob. citada, p. 286.)

Com isso, igualmente em nada socorre os autores e seus sucessores o fato de, eventualmente, terem permanecido no imóvel, após o exílio e o banimento político, detentores – empregados e/ou guardiães e/ou procuradores – que representavam a família imperial. Sem título de posse para habitar e impossibilitados, definitivamente, de exercer a habitação, improcede a ação de força velha ajuizada pelo Conde e pela Condessa d’Eu.

A propósito, nos autos da ação reivindicatória em apenso (REsp n. 1.141.490/RJ), a União juntou, mediante certidão, como precedente, julgado do Supremo Tribunal Federal relativo à ação de força verdadeira proposta por D. Pedro Augusto de Saxe Coburgo Gotha e Bragança, representada por seu pai, o Duque de Saxe, contra a União, no qual buscava reaver o Palácio Leopoldina “com os rendimentos perdas e danos” (e-STJ fls. 319/339 – REsp n. 1.141.490/RJ). Os fatos da referida demanda são semelhantes aos destes autos, alegando o autor do referido processo que:

Diz o Duque de Saxe, mediante a presente ação de força verdadeira, na qualidade de curador de seu filho primogenito, Dom Pedro Augusto de Saxe Coburgo Gotha, que, desde dezoito de julho de mil oitocentos e sessenta e cinco, entrou o mesmo Duque com sua esposa Dona Leopoldina na legítima posse do Palácio Leopoldina e a conservaram sem contestação alguma até que, atingindo seu referido filho a maioridade, sendo já falecida sua mãe, sucedeu pela clausula quinta do acôrdo celebrado em oito de Maio de mil oitocentos e oitenta e oito no vinculo estabelecido na lei numero cento e seis de vinte e nove de setembro de mil oitocentos e quarenta e seis e lhe foi transferida a administração e usufruto do aludido palácio, continuando na posse mansa e pacifica dos primeiros possuidores; que no dia vinte e seis de setembro de mil oitocentos e noventa e um foi o mesmo prédio ocupado militarmente, sem intervenção do poder judiciário; que, a vista do exposto, pede que seja restituída a posse do palacio de que foi esbulhado violentamente o seu filho com os rendimentos, perdas e danos ou condenada a mesma Fazenda Nacional na pena da Ord. Livro: quatro, título cinquenta e oito, princ e mais a pagar-lhe todas as perdas e danos que se liquidarem na execução. (e-STJ fls. 326/327 – REsp n. 1.141.490/RJ.)

Da sentença proferida em 10 de abril de 1897, pelo Juiz Godofredo Xavier da Cunha, que ensejou a Apelação Cível n. 296/RJ, extrai-se a seguinte motivação, bastante consistente e representativa do pensamento político e das fontes jurídicas da época, sendo aplicável, em muito, ao presente caso, *in verbis*:

(...) considerando que entre esses pareceres deve prevalecer o das Faculdades Livres de Direito do Rio de Janeiro e os dos Doutores Brazilio dos Santos, João Vieira e Leovegildo Filgueiras, porque se trata de uma questão essencialmente política, ligada intimamente á instituição monarquica com a qual nasceu, viveu e morreu, devendo tudo quanto se relaciona com a referida questão ser decidido de acordo com as circunstancias politicas e os principios e disposições do nosso direito público; considerando que encarada essa questão como mista, sob o duplo ponto de vista do direito público e do direito civil, ainda assim as relações de carater público, dominadas pelo principio da superioridade, devem preponderar sobre as de carater privado, reguladas pelo principio da igualdade como ensina Paula Baptista no seu Compendio de Hermeneutica Juridica, paragrafo vinte e dois nas seguintes palavras: – “as leis constitucionais, na parte que estabelecem o regimen político e garantem os direitos individuais, exercem uma preponderancia decidida sobre todas as leis secundarias; e as que proclamam novos principios destroem as antigas que estão em opposição com elas, apenas representam um tempo que já acabou: – o que chama revogação implicita das leis; – “considerando que não é nova essa questão, como diz o Douto Brazilio dos Santos, pois já foi debatida em França, a proposito do apanagio da familia Orleans, sendo resolvida pela assembléia nacional em mil setecentos e noventa e mil setecentos e noventa e um, pela convenção em mil setecentos e dois, de novo sujeita ás camaras

francesas em mil oitocentos e quatorze, mil oitocentos e vinte e cinco e mil oitocentos e trinta e sete, variando sempre as respectivas decisões ao influxo dos diferentes regimens politicos daquela nação nas epocas mencionadas; – considerando de pleno acôrdo com o voto da minoria da Faculdade Livre de Direito da Bahia, baseado nas leis do tempo da monarquia, nas leis republicanas, nos autores patrios e estrangeiros por ela citados, que o poder legislativo, como delegação da nação, não podia ultrapassar as rais do seu mandato dando destino ou aplicação aos bens nacionais por mera liberalidade, sem ter em vista a utilidade pública; – que a nação no exercicio de sua soberania, e não no carater de parte contratante, fundou os patrimonios públicos dos principes, como acessorios e condições inseparaveis da monarquia, tendo por fim garantir a representação da dinastia e manter o seu decoro, fazendo refletir sobre ela o esplendor da corôa, cuja perpetuidade era o fundamento das leis; – que esses elementos são substanciais e não extrínsecos ás leis e constituem a sua causa, a sua razão de ser, que os direitos excepcionais garantidos á familia imperial constituíam privilégios, tendo sua justificação sómente no estado e posição especialíssima do chefe e membros da dinastia; que, adotada a forma republicana, cessou a condição, a qualidade, o estado, em suma, daqueles perdendo todos eles os privilégios inerentes ao seu antigo estado; – que, não obstante os pactos antenupciais assegurarem dotações aos principes–contratantes e alimentos aos seus filhos, cessou a sua prestação, como cessou a dotação do imperador, com a abolição da Constituição do imperio, que os garantia e o nascimento de novo direito público; que as leis de dotação regia, dominio da corôa e apanagio dos principes, conquanto produzem efeitos civis, prendem-se ao direito público de cada nação, passando por diversas evoluções e mudanças, e até extinguindo-se, segundo a variedade e transformação dos regimens politicos; que a Constituição da República não revalidou as leis citadas;” julgo improcedente a ação proposta para ser considerado o palácio Leopoldina como próprio nacional, afim de ser a Fazenda Nacional imitada na posse por meio do respectivo processo judicial e consequente processo de incorporação aos proprios nacionais, pagas as custas pelo autor, Dom Pedro Augusto de Saxe Coburgo Gotha e Bragança. (e-STJ fls. 329/331 – REsp n. 1.141.490/RJ.)

A improcedência da ação de força verdadeira foi mantida pelo STF na Apelação Cível n. 296/RJ, sendo oportuno reproduzir as seguintes passagens da fundamentação adotada no respectivo acórdão, proferido em 16 de março de 1898:

Não se trata, porem, desses bens; mas sómente do predio da rua Duque de Saxe, numero vinte e dois, denominado Palacio Leopoldina. – Com relação a este imovel não houve doação da propriedade, nem do usufruto. O direito conferido foi o de habitação. É o que se deduz das Leis que autorisaram o contrato. – *Com Efeito:* – A lei numero cento e sessenta e seis de vinte e nove de setembro de

mil oitocentos e quarenta, artigo terceiro, dispõe: “Fica consignada a quantia de cento e vinte contos de reis, para a aquisição de prédios, que ofereçam decente *habitação* a estes augustos esposos.” – A lei numero mil duzentos e dezessete de sete de Julho de mil oitocentos e sessenta e quatro, artigo segundo, dispõe: – “Fica decretada a quantia de trezentos contos de reis, para a aquisição de prédios destinados á *habitação* de Sua Alteza Imperial e seu augusto consorte.” – As leis numeros mil novecentos e quatro e mil novecentos e cinco de dezenove de Outubro de mil oitocentos e setenta declaram: – “Este patrimonio, do qual fará parte o prédio comprado para *habitação* de Suas Altezas...” – A lei numero dois mil e noventa e dois de vinte de outubro de mil oitocentos e setenta e sete, artigo dezenove, dispõe: – “Fica o Governo autorizado a permitir que se troque por apolices da divida pública o prédio comprado para *residência* da falecida princesa Dona Leopoldina e seu augusto esposo.” – Sempre as expressões – *prédio para habitação*, semelhantemente ao que dispoz a Constituição de mil oitocentos e vinte e quatro, artigo cento e quinze, sobre os palácios nacionais existentes e construção de outros, destinados à residência do Imperador. Ora, a habitação, considerada como direito real, não contem os atributos do direito de propriedade, nem os do direito de usufruto, mas, o de ocupar o predio, tirando dele mais ou menos proveito, conforme a intenção do instituidor. – E é bom de ver que sujeitando o palácio Leopoldina a esse onus, não podia a intenção da Nação, pelos seus legítimos representantes ser outra senão a de ser habilitado pela mãe do apelante e seus descendentes, não, por terceiros, gratuitamente ou por aluguel. – Estabelecida, assim, a natureza e extensão do direito adquirido pela mãe do apelante, segue-se que cessou, desde que o apelante, seu sucessor, não pode habitar o predio, em consequencia de estar banido do territorio brasileiro pelo decreto numero setenta e oito A de vinte e um de Dezembro de mil oitocentos e oitenta e nove. E é por cessar o direito de habitação, desde que não pode ser exercido, que a citada lei numero dois mil e noventa e dois de mil oitocentos e setenta e sete, além dos dois casos de reversão, estabelecidos pelas citadas leis numero cento e sessenta e seis de mil oitocentos e quarenta e numero mil duzentos e dezessete de mil oitocentos e sessenta e quatro – falta ou extinção da descendência – declarou o de mudança de residência para fora do país. – Objeta-se que não pode a Nação tirar proveito, pela reversão, da mudança de residencia, quando foi ela que obrigou o apelante a fazer a mudança, decretando o seu banimento. – *Quincunque sub conditione obligatus, curaverit ne conditio existeret, nihilominus obligatur: lei oitenta e cinco, D. de verb ob ligat.* – A doutrina é fundada no direito romano, e foi aceita pelos codigos modernos, como se vê do Italiano, artigo mil cento e setenta; mas, não tem aplicação. Da citada lei oitenta e cinco resulta que o implemento ou o não implemento da condição não aproveita aquele que, com o fim de resolver ou firmar o contrato, em seu proveito, consegue, por sua diligencia, (*curaverit*), realizar ou impedir o implemento da condição. Mas isso não se deu com o banimento do apelante. O Governo da República, não teve em vista a resolução do onus a que estava sujeito o prédio de propriedade da Nação: praticou um ato político, exigido pela estabilidade das

novas instituições. [...] Em todo caso, não tem aplicação a citada Ord., nem cabe ao apelante ação possessória, desde que cessou o título da sua posse, o direito de habitação [...]. (e-STJ fls. 334/337 – REsp n. 1.141.490/RJ.)

Ao rejeitar os respectivos embargos de declaração, o Supremo Tribunal Federal acrescentou que, “não obstante a natureza possessória da ação proposta, o acórdão embargado fez abstração completa da posse violentada do esbulho, como se não fosse esse o objeto e fim da ação, para conhecer da propriedade por argumento tirado por interpretação de atos legislativos e do contrato matrimonial, por que reduz o morgado instituído no palácio Leopoldina á direito de habitação, extinto pela proclamação da Republica” (e-STJ fl. 339 – REsp n. 1.141.490/RJ). A propósito, é oportuno reportar ao parecer oferecido em 1938, nos autos do Agravo de Petição n. 8.261, pelo então 2º Procurador da República, Dr. *Luiz Gallotti*, que, posteriormente, veio a ocupar assento no Supremo Tribunal Federal com indiscutível brilhantismo. Tal recurso de agravo foi interposto em ação ordinária proposta pela União contra o Sr. Joaquim Catramby, discutindo-se o domínio de duas casas alienadas pelo Duque de Saxe ao réu, então agravante. Entre os fatos históricos mencionados pelo douto Procurador, destaco a ausência de recolhimento da “sisa” (Serviço de Impostos de Sua Alteza), antiga denominação do atual imposto sobre transmissão *inter vivos*, por se tratar de próprio nacional, *in verbis*:

Premido pela exigência das provas do seu pretense domínio, acabou o réu por juntar a escritura de fl. 168, pela qual o 1º Duque de Saxe, em 18 de julho de 1865, comprou o terreno, em que foram construídos, quer o palácio Leopoldina propriamente dito, quer as casas vendidas ao réu e que serviram de moradia aos atos dos príncipes D. Pedro e D. Augusto (fl. 7).

E com esse suposto título de domínio do 1º Duque de Saxe, pretende o réu haver dissipado todas as dúvidas!

Acontece, porem, que quem vendeu ao réu não foi o 1º Duque, foi o 2º. Logo, o domínio deste é que lhe cumpria provar. Isso sem falar que o réu não fez prova de ter comprado os terrenos.

Mas, na verdade, nem mesmo o 1º Duque jamais foi proprietário do imóvel em apreço.

Na referida escritura de fl. 168, o Duque declara:

que os prédios e chácara são adquiridos par os fins mencionados e nos termos dos arts. 6º e 8º do contrato de casamento de Sua Alteza a Princesa Dona Leopoldina, com o mesmo Augusto Senhor e as disposições do auto de Aróca das ratificações da convenção matrimonial de Sua Alteza, firmada

em Gotha, em 18 de fevereiro de 1865, e dos arts. 6º e 7º da lei de 28 de setembro de 1840, e §§ 1º e 2º da lei de 7 de julho de 1864 (fls. 169 e 169v.).

A seguir, vem a declaração de que a escritura “não paga sisa”, conforme Portaria do Ministério da Fazenda (fls. 169 v.).

A esse respeito, é interessante recordar o ofício que, em 27 de junho de 1865, poucos dias antes de ser lavrada a escritura, enviou o Marquês de Olinda, Ministro dos Negócios do Império, ao Mordomo da Casa de Sua Alteza o Duque de Saxe, nestes termos:

Comunico a Vm., em resposta aos ofícios que me dirigiu de ordem de Sua Alteza Real, o Sr. Duque de Saxe, em datas de 21 e 22 deste mês:

1º Que conforme se decidiu, em avisos deste Ministério, de 4 e 19 de janeiro último, por ocasião das compras dos prédios para habitação de S. A. Imperial e de seu Augusto Esposo, o Sr. Conde d’Eu, a compra dos prédios para habitação de S.A. a Sra. D. Leopoldina e de seu Augusto Consorte é isenta de pagamento de sisa, *pela razão de que ficam os ditos prédios incorporados ao patrimônio nacional*, nos termos dos arts. 6º e 7º, da lei n. 166 de 22 de setembro de 1840, e art. 1º, § 2º, de acordo com o art. 2º da lei n. 1.217, de 7 de julho de 1861, *como próprios nacionais*, sujeitos, contudo, ao selo proporcional, à vista da disposição do art. 6º, § 1º do Regulamento de 26 de dezembro de 1860, e ao dos laudêmos municipais, si forem devidos.

2º Que nesta data requisito do Ministério da Fazenda a expedição das convenientes ordens não só para entrega da quantia de 300:000\$000, que tem de ser empregada na aquisição de prédios, como da de 150:000\$000, para perfazer a de 2000:000\$000, destinada a enxoval e outros objetos de serviço, visto já ter verificado por conta desta, em 16 de dezembro do ano p., o adiantamento de 50:000\$000.

Deus guarde a Vm. – (ass.) Marquês de Olinda (v. Rodrigo Otávio, *Dominio da União e dos Estados*, 2º ed., págs. 109-110).

Eis como conclue o insigne Rodrigo Otávio, depois de examinar os atos e leis antes referidos:

Alem dos bens da Coroa, mesmo aqueles com os quais se faziam dotações a pessoas da família imperial, reputavam-se próprios nacionais.

De acordo com esse princípio, os Palácios Isabel (atual Guanabara) e Leopoldina, adquiridos pelo Tesouro para habitação das duas filhas do segundo Imperador, foram comprados isentos de sisa e impostos de transmissão de propriedade, por serem considerados próprios nacionais, como expressamente o declararam as leis que constituíram o patrimônio dotal das duas princesas, e nessa qualidade se mandou demarcar o primeiro.

Com o advento da República, porém, todas estas distinções desapareceram. Em favor da Nação, que já tinha o domínio direto, consolidou-se o domínio desses bens, por ocasião da existência da monarquia e consequente cessação da sucessão de direitos excepcionais, até reconhecidos nas pessoas do monarca e dos descendentes, e tais bens foram, por atos expressos, mandados incorporar ao patrimônio nacional. Todos esses bens são hoje do domínio privado pleno da União (op. cit., págs. 109 a 111).

Convém lembrar que a lei n. 1.905, de 17 de outubro de 1870, estabelecendo um patrimônio “para Sua Alteza a Sra. Leopoldina e seu Augusto Esposo, nos termos do respectivo contrato matrimonial”, dispõe de modo terminante no art. 1º, 2ª alínea:

Este patrimônio, do qual fará parte o prédio comprado para habitação de suas altezas, será considerado como *próprio nacional*, com o destino que lhe é dado e nos termos do mesmo contrato matrimonial.

Mais adiante, em seu parecer, o eminente Ministro *Luiz Gallotti*, então 2º Procurador da República, igualmente se remete à ação de força verdadeira proposta por D. Pedro Augusto de Saxe Coburgo Gotha e Bragança, representado por seu pai, o Duque de Saxe, contra a União, julgada improcedente em primeiro grau, e mantida a sentença pelo Supremo Tribunal Federal na Apelação Cível n. 296/RJ, processo a que me referi anteriormente.

Por último, recebi memorial em nome dos recorrentes Pedro Henrique de Orleans e Bragança e outros, no qual afirmam que “também no direito comparado se observa a presença de precedentes favoráveis aos recorrentes” e que “talvez o caso que mais se assemelhe ao tratado nestes recursos é o do Rei da Grécia contra a Grécia no Tribunal Europeu dos Direitos Humanos”. Sucede, porém, que respostas a pretensões na esfera da justiça transicional demandam uma dinâmica específica em relação à natureza da reparação que se pretende no âmbito dos regimes sucessores, matéria que refoge dos limites do recurso especial. A esse respeito, conforme anteriormente reproduzido, o Juiz de primeiro grau destacou em sua sentença, de 10.4.1897, que “não é nova essa questão, como diz o Douto Brasílio dos Santos, pois já foi debatida em França, a propósito do apanagio da família Orleans, sendo resolvida pela assembleia nacional em mil setecentos e noventa e mil setecentos e noventa e um, pela convenção em mil setecentos e dois, de novo sujeita às camaras francezas em mil oitocentos e quatorze, mil oitocentos e vinte e cinco e mil oitocentos e trinta e sete, *variando sempre as respectivas decisões ao influxo dos diferentes regimens*

políticos daquela nação nas épocas mencionadas” (e-STJ fls. 329/330 – REsp n. 1.141.490/RJ – grifei).

Mesmo no Brasil, por ocasião da proclamação da Independência, em 7 de setembro de 1822, a ruptura com o regime colonial até então vigente atingiu profundamente o direito à propriedade. Transcrevo o inteiro teor dos decretos baixados logo após a separação entre Brasil e Portugal:

Decreto — de 12 de novembro de 1822

Declara de nenhum effeito as graças e officios pertencentes a pessoas residentes em Portugal.

Tomando em madura consideração o solemne acto, pelo qual o heroico e brioso povo deste vasto e rico Imperio, proclamou a sua Independencia, e deixou de ser parte integrante da Nação Portugueza; reflectindo, outrosim, que pela separação dos dous Estados deve necessariamente caducar o direito que tinha todo o cidadão Portuguez á posse e gozo daquelles officios, graças e mercês, que lhe haviam sido conferidos e pagos pelos rendimentos do Brazil, emquanto unido a Portugal; sabendo além disto que ainda antes desta separação o Congresso ou o Governo de Lisboa, abusiva e escandalosamente havia dado a Portuguezes officios pertencentes a habitantes do Brazil, só pelo simples facto de não terem até então ido residir em Portugal, e por tão arbitrario procedimento se havia constituido primeiro quebrantador de um direito naquelle tempo incontestavel: *Hei por bem, que todas e quaesquer graças, ou mercês, officios de Justiça ou Fazenda, concedidas, ou pertencentes a pessoas residentes em Portugal, fiquem de nenhum effeito desde a publicação deste Decreto, e tornem a entrar na massa geral das rendas do Imperio, para delles se dispor, como melhor convier aos interesses do mesmo.* Os Meus Ministros de Estado, e do Meu Conselho, a quem o conhecimento e cumprimento deste pertencer, assim o tenham entendido e façam executar com os despachos necessarios. Palacio do Rio de Janeiro em 12 de Novembro de 1822.

Com a rubrica de Sua Magestade Imperial.

Martim Francisco Ribeiro de Andrada. (Grifei.)

Decreto — de 11 de dezembro de 1822

Manda sequestrar as mercadorias, predios e bens pertencentes a vassallos de Portugal.

Sendo bem patentes os escandalosos procedimentos e as hostilidades manifestas do Governo de Portugal contra a liberdade, honra e interesses deste Imperio, por cavillosas insinuações, e ordens do Congresso demagogico de Lisboa, que, vendo infructuosa a horrivel idéa de escravisar esta rica e vasta região, e seus generosos habitantes, pretende opprimil-os com toda a especie

de males e horrores da perfidia e da guerra civil, que lhe tem suscitado seu barbaro vandalismo: E sendo um dos Meus principaes deveres, como Imperador Constitucional e Defensor Perpetuo deste grandioso Imperio, Empregar todas as Minhas diligencias, e providenciar com as medidas mais acertadas, não só para tornar effectiva a segurança e respeitavel a defesa do Paiz, pondo-o ao abrigo de novas e desesperadas tentativas, de que possam lançar mão seus inimigos; mas também para privar, quanto seja possivel, aos habitantes daquelle Reino, que continuam a fazer ao Brazil uma guerra fraticida, dos meios e recursos, com que intentam tyrannisar os meus bons e honrados subdito, para manterem seu pueril orgulho e fantastica superioridade: *Hei por bem Ordenar, que se ponham em effectivos sequestros: 1º Todas as mercadorias existentes nas Alfandegas deste Imperio, e pertencentes aos subditos do Reino de Portugal; 2º Todas as mercadorias, ou a sua importancia, que existirem em poder de negociantes deste Imperio; 3º Todos os predios rusticos e urbanos, que estiverem nas mesmas circunstancias; e 4º Finalmente, as embarcações ou parte dellas, que pertencerem a negociantes daquelle Reino: sendo porém exceptuadas deste sequestro as Acções do Banco Nacional, as das Casas de Seguro, e as da Fabrica de Ferro da Vila de Sococaba.* José Bonifacio de Andrada e Silva, do Meu Conselho de Estado, Ministro e Secretario de Estado dos Negocios do Imperio e Estrangeiros, o tenha assim entendido, e faça executar com os despachos necessarios. Palacio do Rio de Janeiro em 11 de Dezembro de 1822, 1º da Independencia e do Imperio.

Com a rubrica de Sua Magestade Imperial.

José Bonifácio de Andrada e Silva. (Grifei.)

Mediante edição desses decretos, portanto, o Imperador D. Pedro I, igualmente impondo a força militar do novo regime, confiscou em prol do novo império todos os bens e direitos acima referidos, pertencentes a portugueses, indistintamente, considerados inimigos e contrários à independência, além de perigosos à Nação. Tais ideias foram repetidas, apenas com menos fulgor, na justificativa apresentada no Decreto n. 78-A, de 21 de dezembro de 1889, para o banimento da família imperial do Brasil, retirando-lhes dotações antes concedidas e proibindo-lhes de possuir imóveis no País. Confirma-se o seguinte trecho da motivação apresentada para a edição do mencionado decreto:

[...]

que essa distincção envolve a negação evidente da legitimidade do movimento nacional, e encerra reivindicações incompatíveis hoje com a vontade do paiz, expressa em todas as suas antigas provincias, hoje Estados, e com os interesses do povo brasileiro, agora indissolavelmente ligados à estabilidade do regimen republicano;

Quanto a esse aspecto, entretanto, não é necessário nem é permitido ir mais longe na presente discussão. Prescindível porque as próprias normas infraconstitucionais do Império, conforme anotado anteriormente, consideravam o Palácio Isabel próprio nacional, vedado por se tratar de matéria que refoge ao âmbito de competência deste Tribunal, atrelado aos efeitos da promulgação da Constituição Republicana.

Enfim, a par dos fatos históricos narrados acima, dispensando-se o reexame de provas, tem-se que as Leis n. 166, de 29 de setembro de 1840, 1.217, de 7 de julho de 1864, e 1.904, de 17 de outubro de 1870, todas editadas durante o período imperial, por si, consideravam o Palácio Isabel próprio nacional residencial, destinado, tão somente, ao direito de habitação do Conde e da Condessa d'Eu.

O Decreto n. 1.050, de 21 de novembro de 1890, baixado após o banimento da família imperial do Brasil, e o Decreto n. 447, de 18 de julho de 1891, posterior à promulgação da “Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil”, apenas efetivaram a retomada do próprio nacional, até mesmo porque, com o banimento, seria impossível que o casal exercesse o direito personalíssimo de ali habitar.

Por outro lado, as normas legais apontadas no recurso especial, nessa parte, não foram violadas, inexistindo título que confira aos autores o direito de postular judicialmente a retomada do mencionado imóvel, tampouco de requerer suposta conversão em reparação de danos.

O desprovimento do recurso acerca desse tema meritório, por isso, é impositivo.

I.d Imóveis incorporados ao Palácio – ausência de impugnação nessa parte – mera narrativa apresentada no recurso especial

Em parte do relatório apresentado no recurso especial, os recorrentes asseveraram que “em 1869 procedeu-se judicialmente à medição e, posteriormente, o Conde d'Eu realizou novas aquisições, que foram incorporadas àquela área primitiva e a ampliaram, dando-lhe a feição definitiva. O imóvel passou, então, a denominar-se ‘Palácio Isabel’” (e-STJ fl. 440).

Destaco que o recurso especial não enfrenta a questão dos imóveis supostamente incorporados ao Palácio, que teriam sido adquiridos com recursos particulares do Conde d'Eu, deixando de indicar, portanto, divergência

jurisprudencial e eventuais dispositivos legais que tenham sido afrontados. Ademais, ainda que o fizesse, o conhecimento da tese esbarraria na vedação contida na Súmula n. 7 do STJ, tendo em vista que o Tribunal de origem, em embargos de declaração, descartou a existência de tais bens com fundamento no exame soberano das provas dos autos. A propósito, disse o Tribunal:

Por derradeiro, chega-se ao pedido de suprimento da omissão decorrente da ausência de análise da questão relativa à parte do Palácio adquirida com recursos pessoais do Conde D'Eu.

Realmente, o v. acórdão silenciou quanto a esse item. Todavia, no mérito não têm razão os embargantes.

Inicialmente, é de se ver que a petição inicial da ação possessória não se refere a terrenos outros senão aqueles doados para a habitação do Conde e da Condessa D'Eu. A alegação da existência de outros terrenos veio, por primeira vez, já neste século, veiculada pelos herdeiros habilitantes. Ademais, apesar da tardia alegação da posse abrangendo terrenos adquiridos até por doação e, posteriormente, agregados ao Palácio Guanabara, tais aquisições restaram indemonstradas.

É de se observar que nestes autos de ação possessória, não há prova de domínio – senão a testemunhal, na qual se pretendia provar a posse e o esbulho. A escritura de aquisição do imóvel só foi juntada nos autos da reivindicatória – proposta mais de meio século depois, ao que se sucedeu, inclusive, a juntada da ação de demarcação. E aquela escritura de compra e venda (único documento nos autos comprobatório de aquisição de propriedade), consta o seguinte:

E pelo procurador bastante e representante de Sua Alteza Real o Senhor Conde d'Eu, foi dito que, em nome do mesmo Augusto Senhor, e como se presente fôra, na qualidade de comprador, em virtude dos poderes especiais que lhe forão conferidos acceitara esta escriptura, com a declaração de que o prédio e chácara são adquiridos para os fins mencionados e nos termos dos artigos oitavo e vinte do contrato de casamento de Sua Alteza a Princesa Imperial Senhora Dona Izabel com o mesmo Augusto Senhor, e dos artigos sexto e sétimo da Lei de vinte e nove de setembro de mil oitocentos e quarenta, e primeiro e paragrapho segundo da lei de sete de julho do anno passado (fls. 38 de v. dos autos da reivindicatória – processo 89.02.09474-0).

Portanto, a única aquisição e posse comprovada nestes autos e nos da ação reivindicatória foi aquela a título de dote da Princesa Isabel.

Observe-se que a fls. 3 dos autos da ação reivindicatória, na petição inicial, os autores alegam a aquisição de outras áreas que foram incorporadas à área do Palácio Isabel com recursos próprios do Conde d'Eu, referindo-se a "(docs.), sem referência concreta.

É de se notar ainda que o protesto juntado a fls. 32/36 dos autos da reivindicatória também nenhuma alusão faz à causa outra de aquisição do imóvel em litígio que não o dote matrimonial.

A certidão pela qual se transcreve a ação de demarcação também noticia apenas a existência de uma escritura aquisitiva, a saber, aquela que tem como causa o dote matrimonial (fls. 135 da ação reivindicatória).

A réplica de fls. 223/233 dos autos da reivindicatória também nenhuma alusão faz a qualquer outra aquisição senão àquela relativa ao dote matrimonial.

Na audiência de instrução e julgamento de fls. 306 dos autos da reivindicatória, os autores dizem não terem outras provas a produzir. Apenas produzem razões finais em memoriais (fls. 307/314), quando reiteram a alegação de incorporação de outras áreas ao imóvel em litígio com recursos outro que não o dote matrimonial, sem fazer referência a qualquer documento que a comprove (fls. 309).

Assim, não há outra conclusão a se inferir que não seja a de improcedência do pedido inicial, relativamente ao argumento de que o imóvel era constituído também de parcelas adquiridas com recursos próprios pelos autores originais. (e-STJ fls. 382/383.)

Dessarte, o presente recurso especial, interposto por Pedro Henrique de Orleans e Bragança e outros, merece parcial conhecimento e, nessa parte, deve ser desprovido.

II. Recurso Especial de Isabel de Orleans e Bragança e Outros

II.a Contrariedade aos arts. 458, 459 e 535 do CPC/1973

Os recorrentes entendem ter havido equívocos e omissões nos acórdãos recorridos, argumentando assim na peça recursal:

9.1 O V. acórdão recorrido de fls. 241/242, integrado por aqueles proferidos em embargos de declaração (fls. 284/285 e), ao recusar seu pronunciamento sobre a questão possessória que lhe foi submetida, afrontou os *artigos 458 e 459, do CPC*, deixando de manifestar-se sobre a questão jurídica suscitada pelos autores, negando, assim, a prestação jurisdicional, que é o dever magno do Magistrado.

9.2 Os reclamos dos recorrentes quanto ao desatendimento dessas normas processuais no curso do processo, como ocorreu nos embargos declaratórios protocolados em 16 de junho de 2006, não mereceram do E. Tribunal local a devida acolhida.

9.3 Para desconsiderar a matéria possessória, específica da lide, os julgadores decidiram o pleito a partir da controvérsia sobre o direito de domínio, infringindo

o artigo 1.210 e seus parágrafos, da Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002, que corresponde ao artigo 505 do anterior Código Civil, o qual, por sua vez colheu a orientação do direito pré-codificado (Assento de 16-02-1786, interpretando Alvará de 09-11-1754).

9.4 É mister anotar que esses dispositivos, por sua natureza processual, aplicam-se imediatamente, independentemente do momento em que ocorreu o fato versado.

9.5 Ainda indebitamente, os acórdãos recorridos, incorrendo em flagrante erro de direito, caracterizaram a espécie jurídica em debate como “disputa de posse a título de domínio” para, desse modo, afrontarem tais dispositivos da lei civil e, assim também, o art. 923 do CPC. Essa a controvérsia em que, a final, centralizaram-se os questionamentos nestes autos.

9.6 O v. acórdão afrontou, também assim, o art. 535 do Código de Processo Civil, ao recusar-se a explicitar os fundamentos de suas razões de decidir, quando adotou entendimento no sentido de estar em causa, na ação, pretensão de posse fundada em domínio. Do mesmo modo, restou infundada a afirmativa de que o exílio dos autores impedir-lhes-ia o exercício do direito de habitação, que lhes é atribuído, quando se tem em conta a regência legal desse direito no momento do esbulho.

9.7 Também em seus embargos declaratórios de 16-06-2006 os suplicantes invocaram, sem êxito, esse art. 535 do CPC (item 4.11). (e-STJ fls. 556/557.)

Nesse ponto, asseveraram também que buscaram, sem sucesso, “que o C. Tribunal explicitasse a razão por que entendeu cessada a posse dos suplicantes em resultado de seu banimento do País, quando sustentou que o *direito de habitação*, que se lhes reconhecia, não comportaria senão o *uso pessoal do prédio*, muito diferentemente do que então prevalecia no direito vigente” (e-STJ fl. 536).

Na verdade, os recorrentes pretendem apenas reformar os acórdãos recorridos, proferidos na apelação e nos embargos de declaração, inexistindo omissão ou qualquer outro defeito material que deva ser sanado. Isso porque, fundamentadamente, o Tribunal de origem entendeu que a posse estava sendo disputada com base no domínio. Inicialmente, para efeito de reconhecer a necessidade de julgamento, em primeiro lugar, do recurso de apelação interposta na ação possessória, afirmou o Tribunal de origem que “na ação possessória a controvérsia não se limita ao fato da posse, mais aprofunda-se a investigação do domínio, ainda que só para se poder decidir da posse” (e-STJ fl. 275). Após examinar o mérito da ação, reconhecendo que o Palácio Guanabara tinha o único propósito de habitação, sendo considerado próprio nacional, concluiu:

No caso dos presentes autos, vemos que a controvérsia não se limita ao fato da posse, mas aprofunda-se à investigação do domínio, ainda que só para se poder decidir da posse. É certo que tal ocorrência não subtrai à ação seu caráter possessório, porque a sentença, vista em seu conteúdo autoritativo, só poderá decidir sobre a posse; entretanto, a resolução sobre domínio, necessário a concluir sobre a posse, é resolução “incidenter tantum”. Em outras palavras: a questão do domínio fica submetida, nos autos da ação possessória, à “cognitio”, embora não ao “iudicium”. (e-STJ fls. 285/286.)

No julgamento dos embargos de declaração, o TRF 2ª Região foi absolutamente claro quanto ao fato de que se discutia na ação possessória também o domínio, ressaltando, ademais, a importância do banimento da família imperial para efeito da improcedência da ação. Nesse sentido, reproduzo os seguintes trechos do respectivo acórdão:

A hipótese em discussão, todavia, tinha uma peculiaridade: foram intentadas as duas ações, possessória e reivindicatória, sob a égide de legislação que isso admitia. Todavia, as leis processuais têm aplicação imediata, aplicando-se ao processo no estado em que se encontra. Em assim sendo, e em considerando que o juiz não pode negar jurisdição, impedia que se encontrasse uma solução que se adequasse à nova norma processual. Ou seja, o juiz tinha que usar o seu papel criador para solucionar o impasse resultante daquele conflito advindo com a demora no julgamento.

Diante do impasse, entendeu a Egrégia 3ª Turma que, ante a vedação do art. 923, que proíbe a discussão, em sede possessória, sobre o domínio, deveria a ação reivindicatória ser sobrestada até que se decidisse sobre a posse. Tal foi feito: julgou-se, primeiro, a ação possessória, onde, por várias oportunidades, foi dito pelo senhor Relator, aprofundava-se em discussões que iam além da questão possessória. Esta, a posse, estava sendo disputada a título de domínio – isso era permitido pela legislação contemporânea à sua propositura, em 1895. Isto importou na necessidade de a Turma examinar as normas legais atinentes à matéria para demonstrar a inexistência do esbulho por parte da União Federal, cujo ato teria sido justificado pela extinção dos motivos que justificavam a posse dos autores. Essa matéria será examinada no momento próprio. (e-STJ fls. 373/374.)

A terceira omissão denunciada pelos autores diz respeito à ausência de fundamentação do acórdão embargado para sustentar a assertiva de que o direito dos antecessores dos embargantes era o de mera habitação. Supõem eles, embargantes, ter o eminente relator sido influenciado por um erro material ocorrido quando da transcrição do art. 20, que teria omitido palavras fundamentais ao entendimento da matéria.

Realmente houve erro material indicado na transcrição do contrato antenupcional, que deveria ter a seguinte grafia:

Todos os bens compreendidos no patrimônio serão considerados como próprios nacionais se suas Altezas Imperial e Real morrerem sem descendência, ou quando essa venha a extinguir-se depois de sua morte,

e não aquela que foi erroneamente reproduzida dessa forma:

Todos os bens compreendidos como próprios nacionais, se suas Altezas

... .

Não têm razão, porém, os embargantes ao asseverar que tal erro material teria influenciado o julgado. De fato, o fundamento determinante para se decretar a improcedência da ação foi a exegese que se deu às leis instituidoras do dote da Princesa Isabel, frente ao surgimento da República, considerando como de domínio da União os bens que lhe foram doados a título de dote, por força da função que ela exercia e que perdeu, junto com todas as suas prerrogativas, diante do surgimento da República.

Aliás, com a República, os Príncipes foram banidos do Brasil, pelo que, até por esse motivo, não poderiam mais ser reintegrados na posse pleiteada.

Esse erro material em nada influiu no julgado. O contrato matrimonial data de 1864, enquanto a Lei n. 1.904, de 17.10.1870, que estabelece um patrimônio em terras em favor do casal autor, dispõe o seguinte:

Este patrimônio, o do qual fará parte o *prédio comprado para habitação de Suas Altezas, será considerado como próprio nacional*, com o destino que lhe é dado, e nos termos do mesmo contracto matrimonial. (fls. 14v. – grifei)

Tanto é verdade que os príncipes não dispunham livremente do domínio das terras e prédio, que a Lei 1.904, de 1870, determinava até a proporção em que as terras poderiam ser vendidas, bem como a quem e como seria aplicado o dinheiro proveniente da eventual compra e venda:

É, porém, *permitida a venda de metade das terras a colonos* que as venham cultivar, *sendo o produto líquido da alienação empregado em apólices da dívida pública* fundada do Império, as quais, *inscritas como inalienáveis* no grande livro... (fls. 14v. – grifei)

Assim, o erro datilográfico apontado em nada altera a conclusão de que a Nação Brasileira instituiu o doto à Princesa, com o fim específico de proporcionar-lhe moradia condigna com o decoro do trono, conforme bem assevera o procurador do Conde D'Eu na escritura de aquisição do imóvel em litígio, juntada nos autos da reivindicatória. (e-STJ fls. 379/380.)

A violação dos arts. 458, 459 e 535 do CPC/1973, portanto, não está caracterizada, ausentes omissões ou erros materiais que devam ser sanados, cabendo o desprovimento do recurso especial nessa parte.

II.b Violação da Lei n. 1.217/1864, do art. 3º da Lei n. 166/1840, do art. 505 do CC/1916, do art. 1.210, § 2º, do CC/2002 e do art. 923 do CPC/1973

Nesse capítulo, relativo ao mérito da demanda, asseveram os recorrentes que:

3.1.1 Dispunha a Constituição Imperial de 25 de março de 1824, em seu artigo 112, que, quando as princesas da Família Imperial houvessem de casar, a Assembléia lhes assinaria o seu dote.

3.1.2 Em virtude desse preceito constitucional, quando esteve para casar-se a Princesa D. Januária, filha do Imperador Pedro I, que era então a Princesa Imperial, a Assembléia Geral votou a Lei n. 166, de 29 de setembro de 1840, que, nos artigos 1º a 11, regulou-lhe a dotação.

3.1.3 Posteriormente, tendo de casar-se a Princesa D. Isabel, então Princesa Imperial, filha de Dom Pedro II, foi decretada a Lei n. 1.217, de 17 de julho de 1864, que revigorou a de 29 de setembro de 1840, para efeito de regular-lhe o dote.

3.1.4 Autorizado por essa lei, foi então firmado com a intervenção da Nação Brasileira, um pacto antenupcial datado de 11 de outubro de 1864, em contemplação do matrimônio de S.A. Imperial a Princesa D. Isabel, filha do Imperador D. Pedro II, com S. A. Real o Príncipe Luiz Felipe Maria Fernando Gaston de Orléans, Conde d'Eu, filho do Duque de Nemours. Por essa intervenção, a Nação Brasileira, como pessoa jurídica, obrigou-se, como instituidora do dote da Princesa Imperial, a fornecer, entre outras contribuições, a quantia de trezentos contos de réis (300.000\$000), destinada à aquisição de prédios onde o casal estabelecesse sua residência.

3.1.5 Por escritura pública lavrada pelo tabelião Antônio Joaquim de Cantanheda Junior no livro de notas n. 212, a fls. 196, do Cartório de Pedro José de Castro, aos 25 de janeiro de 1865, comprovou então o Conde d'Eu a José Machado Coelho e sua mulher os prédios urbanos n. 4 e 6 e chácara situados, de acordo com as denominações da época, na Rua da Guanabara, canto da do Roço, bairro das Laranjeiras, Freguesia da Glória, no então Município da Corte, hoje cidade do Rio de Janeiro.

3.1.6 Em 1869 procedeu-se judicialmente à medição e, posteriormente, o Conde d'Eu realizou novas aquisições, que foram incorporadas àquela área primitiva e a ampliaram, dando-lhe a feição definitiva. O imóvel passou, então, a denominar-se 'Palácio Isabel'.

3.2 – O *Esbulho*

3.2.1 Por ocasião da proclamação da República em 15 de novembro de 1889, encontrava-se o augusto Casal na posse mansa e pacífica dos bens dotais de S.A. Imperial a Princesa Isabel, bens de seu patrimônio privado, de seu domínio particular, entre os quais se incluía o Palácio Isabel, que detinha há 24 anos.

3.2.2 A queda do Império acarretou a extinção dos privilégios de ordem política de que gozava a Família Imperial, mas não privou qualquer de seus membros dos respectivos direitos civis, nada lhes retirando na esfera civil, na esfera do direito privado.

3.2.3 O próprio governo recém-inaugurado, para resguardo de sua autoridade moral, fez publicar no Diário Oficial do dia imediato proclamação solene, datada de 15 de novembro de 1889, em que declarava:

O Governo Provisório reconhece e acata todos os compromissos nacionais contraídos durante o regime anterior, os tratados subsistentes com as potências estrangeiras, a dívida pública externa e interna, os contratos vigentes e mais obrigações legalmente constituídas.

3.2.4 Reconhecendo não dispor de meios legítimos para contestar a propriedade e posse de S.A. a Princesa Imperial quanto a seus bens dotais, viu-se o Governo Provisório, para abrir caminho a seu indefensável objeto, na triste contingência de praticar um mal mascarado ato de confisco, baixando o Decreto n. 1.050, de 21 de novembro de 1890 [...]

[...]

3.2.5 Não tendo sido contemplado no decreto *supra* o Palácio Isabel, ampliou o Governo Republicano, como expressamente então o declarou, os termos desse diploma legal, promulgando o Decreto n. 447, de 18 de julho de 1891 [...]. (e-STJ fls. 523/525.)

Anotam que, “no caso dos presentes autos, os autores, ora recorrentes, invocam a proteção possessória fundados, não na *posse de direito* que lhes resultaria da titularidade do domínio, mas na *posse da coisa*, mansa e pacífica, sem dúvida ou contestação, de que eram detentores há vinte e seis (26) anos” (e-STJ fl. 539).

As alegações apresentadas nesse tópico, relativas ao mérito da possessória, foram ampla e fundamentadamente repelidas no item “*I.c*”, acima, pertinente ao recurso especial interposto por *Pedro Henrique de Orleans e Bragança* e outros. Adotando a mesma motivação, à qual me remeto, nego provimento ao recurso nesse ponto.

II.c Afronta à coisa julgada – Agravo de Petição n. 100 – STF

Afirmam estar caracterizada a coisa julgada, argumentando que:

3.5.2 Invocaram, também, nesses recursos, o acórdão de 10 de agosto de 1895, proferido no Agravo de Petição n. 100 e *transitado em julgado* (fls. 110/111 dos autos do proc. 89.02.09474-0), pelo qual o E. Supremo Tribunal Federal recusou à Fazenda Nacional a incorporação do Palácio Isabel aos próprios nacionais, ao reconhecer que o Decreto n. 447, de 18 de julho de 1891, em que se baseava a pretensão, não era título jurídico hábil para justificá-la.

3.5.3 Demonstrou-se, desse modo, que, face à *coisa julgada constituída*, resultava *inconcusso o direito dos autores à posse do imóvel* e incontroverso o caráter esbulhativo da apropriação do imóvel pela União Federal, obtida violentamente, *manu militari*, em período de governo discricionário, nascido da quartelada capitaneada por Floriano Peixoto.

3.5.4 Contrapuseram-se os autores à sentença do Juiz Godobredo Xavier da Cunha, ao qualificar a questão de “*essencialmente política*”, confessadamente, decidiu-a, *litteris*, “*de accordo as circunstâncias políticas*” de então. Ademais, tal julgado, desconsiderando a natureza da ação então em exame – uma ação possessória – ingressou na *apreciação do domínio*, matéria a que a lide é alheia.

3.5.5 Na análise da questão petítória, os apelantes reiteraram a demonstração de seu inconcusso direito à propriedade do Palácio Izabel, invocando, na oportunidade, a lição dos doutos que se pronunciaram na matéria, por provocação do Ministério da Justiça. Evidenciaram, na oportunidade, a insubsistência jurídica das teses segundo as quais e constituíra para os Príncipes e seus descendentes, não *domínio* sobre o Palácio, mas mero *direito de habitação* ou *contraditio in terminis* – um *patrimônio político*. (e-STJ fls. 529/530.)

Nesse particular, destaco que os recorrentes não indicaram os dispositivos legais contrariados, que disciplinariam a coisa julgada, nem apresentaram precedentes com o propósito de comprovar eventual divergência jurisprudencial. Incide, portanto, a vedação contida na Súmula n. 284 do STF, segundo a qual “é inadmissível o recurso extraordinário, quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia”.

Nada obstante, pelo fato de o tema ter sido debatido nos dois recursos especiais interpostos pelos descendentes da parte autora, acrescento que o Tribunal de origem corretamente repeliu a coisa julgada. Considerou que o STF indeferiu a ação de incorporação diante de aspectos restritos ao Decreto n. 447, de 18.7.1891, que não serviria como argumento para viabilizar a utilização e o processamento do tipo de ação então ajuizada, todavia, remetendo as partes

para as vias ordinárias. O indeferimento, portanto, decorreu de fundamento sobretudo processual, não adentrando a questão de mérito em relação ao domínio e à caracterização do imóvel como próprio nacional, temas abordados nestes autos de ação possessória, pelo rito ordinário, de forma mais ampla, envolvendo, além disso, outros dispositivos legais.

Confirmam-se, a propósito, as seguintes passagens do acórdão proferido no julgamento do Agravo de Petição n. 100 pelo STF:

N. 100. — Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de agravo de petição entre partes, como agravante a Fazenda Nacional e como agravados os conde e condessa d'Eu, negam provimento ao agravo interposto do *despacho do juiz seccional desta capital, que indeferiu a petição inicial do procurador seccional*, em que foi requerida a incorporação do palacio Isabel aos proprios nacionaes, porquanto fundando a agravante a sua intenção no Decreto n. 447 de 18 de julho de 1891, não preenche este as condições e requisitos exigidos pela Ord., liv. 4º, tit. 58, § 3º e Instruções de 10 de abril de 1851, arts. 33 e 34 para que possa ter logar a requerida incorporação.

E assim julgando, condemnam a agravante nas custas.

Supremo Tribunal Federal, 10 de agosto de 1895. — Aquino e Castro, P. — Piza e Almeida. — Pereira Franco. — H. do Espírito Santo, *neguei provimento ao agravo por não se ter usado do processo ordinário, que é o que cabe no caso e não o summario, como pede a agravante*. — Fernando Osorio. — U. do Amaral. — Lucio de Mendonça, vencido: é inapplicavel à espécie a Ord. citada; só se trata do processo administrativo, para o qual são titulos sufficientes à Fazenda Nacional os Decretos expedidos sobre a especie desde o Governo Provisório da Republica. — A. Braziliense. — Americo Lobo. — Bernardino Ferreira. — Macedo Soares, vencido. (e-STJ fl. 221 — grifei.)

Em tal contexto, permanece hígida a motivação adotada no acórdão recorrido, de fls. 366/387 (e-STJ), que julgou embargos de declaração e agravo regimental, com o seguinte teor:

A segunda insatisfação dos autores com o julgado diz respeito à omissão quanto à alegação de coisa julgada no que concerne à impossibilidade de serem incorporados aos próprios nacionais os bens que constituíram o dote da Princesa Isabel, em vista da manifestação do STF, quando do julgamento do *Agravo de Petição n. 100*.

Quanto a este item, realmente não se pronunciou o acórdão embargado. Supre-se, neste momento, a lacuna.

A ação de incorporação, ajuizada pela União Federal através de seu Procurador Seccional da República nos idos de 1890, teve a sua petição inicial indeferida

por entender o julgador que o Decreto n. 447 não preenchia os requisitos das Ordenações Filipinas.

Segundo essas Ordenações, a ação de incorporação deveria ter por fundamento escritura ou título específico que revelasse incontestemente o domínio do autor (fls. 154).

Tendo em vista que a ação se baseava no Decreto n. 447 que, à época, tinha efeitos controvertidos no seio da comunidade jurídica, como comprova o resultado das consultas feitas às diversas Faculdades Jurídicas, o d. Juiz *a quo*, assim como o *Supremo Tribunal*, entendeu que o Decreto mencionado não revelava de forma clara o domínio, o que era imprescindível para o procedimento intentado, razão pela qual, indeferiu a ação sob este argumento, remetendo as partes às vias ordinárias. Observe-se que, em momento algum naqueles autos, pois este esbarra em pressuposto processual para o procedimento eleito.

Assim, tal Decreto foi inservível, como argumento, para ação de incorporação (procedimento sumário), nada obstaculizando a que fosse fundamento em ação ordinária, como asseverou o juiz ao indeferir a incorporação (fls. 153), ou mesmo conhecido para efeito de se julgar a posse de quem a disputasse a título de domínio (o que era perfeitamente possível à época).

Portanto, desprovida de qualquer sustentação jurídica o argumento de ofensa à coisa julgada. Na cópia do julgamento do Agravo de Petição, juntada por cópia às fls. 152/153 por iniciativa dos próprio autores, pode-se ler que:

negou-se provimento ao agravo interposto do despacho que indeferiu a petição do procurador seccional, para que fosse incorporado o palácio Isabel aos próprios nacionais, visto não terem sido observadas as disposições que regulam tais incorporações.

Por conseguinte, não se entrou no mérito. A recusa foi por inadequação do procedimento, não sendo vedada nova postulação, veiculada na forma correta, ou seja, pelo procedimento ordinário, conforme dito pelo ilustre Min. H. do Espírito Santo. (e-STJ fls. 378/379 – grifei.)

Em decorrência da aplicação analógica da Súmula n. 284 do STF, o recurso especial também não merece conhecimento nessa parte.

II.d Imóveis incorporados ao Palácio – ausência de impugnação nessa parte – mera narrativa apresentada no recurso especial

Também neste recurso especial, os recorrentes apenas narram que “em 1869 procedeu-se judicialmente à medição e, posteriormente, o Conde d’Eu realizou novas aquisições, que foram incorporadas àquela área primitiva e a

ampliaram, dando-lhe a feição definitiva. O imóvel passou, então, a denominar-se ‘Palácio Isabel’” (e-STJ fl. 524).

Reitero aqui o que foi anotado no item “*I.d*” acima, pertinente ao recurso de Pedro Henrique de Orleans e Bragança e outros.

Em suma, conheço em parte do recurso especial interposto por Isabel de Orleans e Bragança e outros e nego-lhe provimento.

III. Recurso Especial Adesivo do Estado do Rio de Janeiro

Afirma se reportar “a manifestação do Estado, a fls. 59/68 dos autos judiciais, bem como a todas as demais manifestações pelo Estado do Rio de Janeiro, lançadas aos autos, a fim de que seus termos fiquem fazendo parte integrante e complementar das presentes razões” (e-STJ fl. 692).

Explica que, “como o Estado sucumbiu na parte do Acórdão que rejeitou a preliminar de mérito de prescrição”, recorre “para que a matéria da prescrição seja conhecida pela Turma *no caso de acolhimento dos recursos especiais dos autores*” (e-STJ fl. 693 – grifei). No mérito recursal, apresenta as seguintes razões:

Inquestionavelmente prescritas estão ambas as ações.

A sentença do eminente Juiz federal Dr. Evandro Gueiros Leite e o Parecer do Sr. Procurador da República Dr. Mário Vasconcellos Ribeiro, bem demonstram as razões da prescrição.

Isto porque, desde a data de 1897 até a data em que foram publicados os Editais, em 14 de julho de 1964, nenhuma providência foi adotada pela parte autora, a quem cabia impulsionar o processo.

Desta sorte, ***a decisão do Acórdão que rejeitou a prescrição, violou e negou vigência ao Decreto n. 20.910, de 06 de janeiro de 1932, e ao artigo 3º do Decreto-Lei n. 4.597, de 19 de agosto de 1952.*** (e-STJ fl. 696.)

Ao final, “requer seja o presente conhecido e provido para que seja determinada que, *em caso de eventual provimento dos recursos especiais interpostos pelos autores da ação*, seja examinado o presente recurso adesivo para que seja o Acórdão reformado a fim de que se decrete a prescrição da eficácia da pretensão dos autores da ação” (e-STJ fl. 696 – grifei).

Preliminarmente, não incide a vedação da Súmula n. 207 do STJ, segundo a qual “é inadmissível recurso especial quando cabíveis embargos infringentes contra o acórdão proferido no tribunal de origem”. No presente caso, a ação foi

julgada improcedente em primeiro grau e a Primeira Turma do antigo TFR, em acórdão de 17.12.1979, rejeitou a tese de prescrição, por maioria, relativamente também à presente ação possessória (AC n. 28.558) (cf. e-STJ fls. 532/601 do REsp n. 1.141.490/RJ – apenso). Houve sucessivos embargos de declaração, sendo que os últimos foram julgados em 12.5.2008, publicado o acórdão em 28.5.2008 (e-STJ fls. 496/505), ocasião em que o art. 530 do CPC/1973 possuía a seguinte redação:

Art. 530. Cabem embargos infringentes *quando o acórdão não unânime houver reformado, em grau de apelação, a sentença de mérito, ou houver julgado procedente a ação rescisória. Se o desacordo for parcial, os embargos serão restritos à matéria objeto da divergência.* (Redação dada pela Lei n. 10.352, de 26.12.2001.)

Sucedeu que a sentença de mérito de improcedência não foi reformada, sendo incabível a interposição de embargos infringentes. Em tal circunstância, deixa-se de aplicar o óbice da Súmula n. 207 do STJ.

Entretanto, este recurso especial, segundo o próprio recorrente, é condicional e somente deverá ser apreciado “no caso de acolhimento dos recursos especiais dos autores”. O presente voto, submetido à elevada e criteriosa consideração da Quarta Turma, propõe o desprovimento dos recursos especiais dos autores. Em decorrência, considero prejudicado o recurso do Estado do Rio de Janeiro.

Caso seja ultrapassada a preliminar de prejudicialidade em decorrência do eventual provimento por este colegiado dos recursos especiais dos herdeiros, entendo que o presente recurso também não merece conhecimento.

Com efeito, por analogia, incide o óbice da Súmula n. 283 do STF, segundo o qual “é inadmissível o recurso extraordinário, quando a decisão recorrida assenta em mais de um fundamento suficiente e o recurso não abrange todos eles”. Destaco, para tanto, que o recurso especial adesivo não impugna o principal fundamento adotado no acórdão do antigo TFR, que, em relação à presente ação possessória, afastou a prescrição intercorrente diante da ausência de culpa por parte dos herdeiros dos autores no tocante à paralisação do processo por várias décadas. A propósito, confirmam-se os seguintes trechos do acórdão recorrido especificamente quanto a esta “ação de força velha”:

Data vênua, ao afirmado faço os seguintes reparos:

1º) – A apelação foi interposta por petição (fl. 49) e por termo (fls. 50), para o então denominado “Superior Tribunal Federal”, sendo recebida, segundo disse

o Juiz, “nos seus efeitos regulares”, que eram, como agora, o suspensivo e o devolutivo.

2º) – Remetidos os autos à Superior Instância, por insistência dos autores (fls. 52 e 52v), ingressou no Tribunal em 18 de junho de 1897 (fl. 53); daí em diante, silêncio total, nos autos, isto é, não foi protocolado, nem distribuído a nenhum Ministro.

3º) – Assim, ao contrário da inferência tirada pelo eminente Relator de que os autos estavam “não no arquivo, mas na Secretaria, sem que tivessem andamento”, a verdade é que não tiveram andamento porque ficaram não na Secretaria, mas no arquivo daquela Alta Corte, sem que ninguém houvesse ordenado o arquivamento. Faço tal afirmação por verificar, na antiquíssima folha de rosto dos autos em referência, o carimbo “Archivo do Supremo Tribunal Federal” e, ainda, as indicações à lápis azul, presumivelmente de época mais recente – “M.9 – Lata 5”, o que provavelmente significa “maço 9, lata 5”. Quer dizer, os autos, sem ordem de ninguém, foram simplesmente para o arquivo, que ainda se escrevia “Archivo”, conforme o carimbo; para o arquivo e não para a Secretaria, onde deveria estar tramitando o processo, por impulso oficial, pelo menos nesta providência inicial de ser devidamente registrado no protocolo e distribuído a algum Relator, para o devido despacho.

4º) – A falta de razões, por outro lado, não seria obstáculo ao seu andamento, já que àquele tempo (como agora) as alegações das partes deveriam ser produzidas depois da interposição do recurso, sua impugnação e admissão (Cfr. CPC, 1939; Lei n. 3.396, de 2.6.58; CPC, 1973, arts. 542 e 543).

5º) – *Se o eminente Relator concede que os descendentes dos autores ignoravam que havia uma ação a defender, já que dela somente se deram conta pelo edital publicado, em 1969, neste Tribunal, para onde os autos foram encaminhados em 1964, não poderiam, mesmo, manifestar interesse, antes dessa ciência.*

Acolheu o nobre Relator a alegada prescrição intercorrente, prevista no Decreto n. 20.910/32, citado no Decreto-Lei n. 4.597, e 19.842 (art. 3º).

Entretanto, como se demonstrou, os autos estiveram pura e simplesmente desaparecidos, porquanto arquivados em razão e sem que aos autores, ou seus descendentes, se possa imputar qualquer parcela de culpa pelo equivocado funcionamento da Justiça.

Logo, não poderia correr prazo algum, e, muito menos, os de natureza prescricional. (e-STJ fls. 587/588 do REsp n. 1.141.490/RJ – AC n. 25.448, em apenso – grifei.)

Neste recurso adesivo, no entanto, não se discute, em nenhuma passagem, o elemento subjetivo relativo à culpa pela paralisação do processo. Busca demonstrar, apenas, o período em que o processo permaneceu sem movimentação.

Tampouco a manifestação de “fls. 59/68” – atualmente “e-STJ fls. 110/119” –, à qual o recurso especial se reporta, cuida da culpa à luz dos fatos e dos atos processuais especificamente verificados neste processo, se dos autores e dos herdeiros ou se do Poder Judiciário, pelo desaparecimento do processo e pela ausência de trâmite normal por tantos anos. Observo que tal manifestação indica precedentes que, em tese, defendem a prescrição intercorrente quando houver culpa exclusiva do autor pelo retardamento do feito (cf. e-STJ fls. 117/119). Entretanto, conforme anotado, não discute a existência de culpa dos autores e dos herdeiros em confronto com os elementos específicos desta demanda e considerados no voto condutor do acórdão.

Ante o exposto, *conheço parcialmente* dos recursos especiais interpostos por Pedro Henrique de Orleans e Bragança e outros e por Isabel de Orleans e Bragança e outros e *nego-lhes provimento*. Julgo *prejudicado* o recurso adesivo interposto pelo Estado do Rio de Janeiro.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.314.884-SP (2012/0056606-8)

Relator: Ministro Luis Felipe Salomão

Relatora para o acórdão: Ministra Maria Isabel Gallotti

Recorrente: Associação Nacional de Defesa da Cidadania e do Consumidor

Advogado: Ronni Fratti e outro(s) - SP114189

Recorrido: Lusanova do Brasil Operadora de Turismo Ltda.

Advogado: José Roberto Comodo Filho e outro(s) - SP114895

Interes.: Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor Procon - “Amicus Curiae”

Procuradores: Pasqual Totaro - SP099821

Maria Bernadete Bolsoni Pitton e outro(s) - SP106081

Vinicius Jose Alves Avanza - SP314247

Interes.: Sindicato das Empresas de Turismo no Estado de São Paulo - SP
- “Amicus Curiae”

Interes.: Associação Brasileira de Cruzeiros Marítimos - “Amicus Curiae”

Advogados: Joandre Antônio Ferraz - SP028220

Patricia Leal Ferraz e outro(s) - SP166249

Interes.: Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor - “Amicus Curiae”

Advogados: Walter José Faia de Moura e outro(s) - DF017390

Cláudia de Moraes Pontes Almeida - SP261291

Interes.: Associação Brasileira de Agências de Viagens - “Amicus Curiae”

Advogado: Marcelo Marcos de Oliveira e outro(s) - SP179168

EMENTA

Recurso especial. Civil e Consumidor. Ação civil pública. Contrato de agenciamento de viagem. Cláusula penal compensatória. Perda gradativa de valores pagos em caso de cancelamento tardio. Serviço de intermediação. Risco do negócio. Direito não homogêneo. Impropriedade da via eleita. Abusividade que deve ser verificada casuisticamente.

1. Ação civil pública em que se busca a limitação, em abstrato, de percentual a ser retido, a título de cláusula penal compensatória, em caso de desistência do consumidor, independentemente da existência de motivo para o cancelamento e da antecedência em relação à data do início do pacote turístico.

2. Nos termos do artigo 413, do Código Civil, deve o juiz reduzir equitativamente a cláusula penal compensatória caso o montante da penalidade resulte manifestamente excessivo

3. O cancelamento de contrato de agenciamento de viagem pelo usuário, por envolver o fornecimento de serviços a serem contratados de terceiros e gastos feitos em cadeia sucessiva de prestadores variados nacionais e internacionais, cuja revenda depende de regras de fornecedores diversos e da antecedência da comunicação à operadora, deve analisado casuisticamente, não se tratando, nos termos em que postos na genérica inicial, de direito homogêneo a ser tutelado por meio de ação civil pública.

4. Recurso especial a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

Prosseguindo no julgamento, após o voto-vista regimental do relator dando parcial provimento ao recurso especial, ratificando seu voto anterior, e os votos dos Ministros Antonio Carlos Ferreira e Marco Buzzi negando provimento ao recurso especial, acompanhando a divergência, a Quarta Turma, por maioria, negou provimento ao recurso especial, nos termos do voto divergente da Ministra Maria Isabel Gallotti, que lavrará o acórdão.

Votou vencido o Sr. Ministro Luis Felipe Salomão. Votaram com a Sra. Ministra Maria Isabel Gallotti os Srs. Ministros Antonio Carlos Ferreira (Presidente) e Marco Buzzi.

Não participou do julgamento o Sr. Ministro Raul Araújo.

Brasília (DF), 13 de novembro de 2018 (data do julgamento).

Ministra Maria Isabel Gallotti, Relatora p/ acórdão

DJe 5.2.2019

VOTO-VISTA

A Sra. Ministra Maria Isabel Gallotti: Trata-se de recurso especial interposto por *ANADEC – Associação Nacional de Defesa da Cidadania e do Consumidor*, com fundamento nas alíneas “a” e “c” do inciso III do artigo 105 da Constituição Federal, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que manteve a sentença de improcedência da ação civil pública ajuizada com o intuito de declarar a abusividade de cláusulas contratuais que prevejam a perda de até 100% (cem por cento) do valor pago à agência de turismo ré, em caso de cancelamento por parte do consumidor.

Em suas razões de recurso, a parte recorrente sustentou negativa de vigência aos artigos 412, 413, do Código Civil, 6º, V, 39, V, 46, 51, IV, X, XI, XII, XV, § 1º, I, II, III, § 4º, 53, 54, §§ 3º e 4º, do Código de Defesa do Consumidor, bem como a existência de dissídio jurisprudencial.

Argumentou, em breve síntese, ser inadmissível a manutenção das cláusulas contratuais estabelecidas pela parte ora recorrida que permitam a retenção de até 100% (cem por cento) do valor pago, em caso de cancelamento por parte do consumidor, sendo patente a sua abusividade e, por consequência, a nulidade.

Pugnou pela limitação da cláusula penal no patamar máximo de 20% (vinte por cento) do valor contratado.

O Ministério Público Federal, em seu parecer, opinou pelo provimento do recurso, sob o argumento central de que, “sem demonstração do dano efetivamente sofrido pela operadora, a taxa ou multa cobrada não poderia exorbitar, chegando ao total do valor recebido pela operadora de turismo do consumidor” (fls. 352/363 e-STJ).

Após acolhimento da Questão de Ordem suscitada pelo Ministro Antonio Carlos Ferreira, foi facultada a manifestação das entidades relacionadas às áreas de turismo e do consumidor, como *amicus curiae* (fls. 377/379 e-STJ).

Apresentadas as referidas manifestações, o Ministério Público Federal, em seu parecer, novamente opinou pelo provimento do recurso para que “1) seja limitada a multa compensatória nos contratos de viagem firmados pela recorrente, consubstanciados tão somente na venda de bilhetes, ao disposto no artigo 740, § 3º, do Código Civil, referente ao percentual de 5% sobre o valor do bilhete comercializado; 2) a limitação da cláusula penal nos contratos de pacote de turismo ao montante de 20% sobre o valor do contrato” (fls. 534/544 e-STJ).

O relator, Ministro Luis Felipe Salomão, em seu voto, argumentou que “é dever do magistrado modular a cláusula penal à realidade dos fatos, tendo em conta o princípio constitucional da proporcionalidade, com espopo de preservar a isonomia material entre as partes e o sinalagma contratual”.

Nesse sentido, apontou a regra inserta no artigo 413, do Código Civil, que permite a redução equitativa da cláusula penal quando o montante da penalidade for manifestamente excessivo, bem como trouxe julgados deste Superior Tribunal de Justiça na mesma linha.

Ponderou ainda que, no caso em análise, com mais razão o decote da parcela exorbitante, tendo em vista a natureza consumerista do contrato debatido e notadamente de adesão, sendo pacífico o entendimento acerca da impossibilidade de perda total do valor pago, à luz dos artigos 51, II e IV, e 53, do Código de Defesa do Consumidor.

No mesmo sentido, citou o julgado de lavra do Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, REsp n. 1.321.655/MG, no qual a Terceira Turma concluiu pela abusividade das cláusulas contratuais que previam a perda da totalidade dos valores despendidos pelo consumidor.

Afirmou não ignorar que o cancelamento com prazo exíguo à execução do contrato causa transtornos às operadoras, mas que essas possuem condições de cancelamento privilegiado junto aos fornecedores dos serviços contratados, bem como ser possível acionar outro pretendente para ocupar o lugar do desistente.

Consignou, ademais, que o percentual máximo pleiteado de 20% de retenção encontra amparo na Deliberação Normativa n. 161/1985, editada pelo Instituto Brasileiro de Turismo – EMBRATUR, que condiciona a cobrança de percentual superior ao mencionado à efetiva demonstração dos gastos efetuados perante a própria EMBRATUR.

Citou, dentre outras, a Portaria n. 3/2001, editada pela Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça, a qual elencou como abusiva a cláusula contratual que “imponha a perda de parte significativa das prestações já quitadas em situações de venda a crédito, em caso de desistência por justa causa ou impossibilidade de cumprimento da obrigação pelo consumidor.”

Por fim, concluiu o voto dando parcial provimento ao recurso especial para fixar em 20% (vinte por cento) o percentual máximo a ser estabelecido em cláusula penal nos contratos de prestação de serviços de turismo oferecidos pela recorrida.

Após vista dos autos, passo a proferir o meu voto.

Trata-se de ação civil pública promovida pela ANADEC - Associação Nacional de Defesa da Cidadania e do Consumidor contra Lusanova do Brasil Operadora de Turismo, em defesa da generalidade de consumidores, presentes e futuros, que usam os serviços da ré.

Volta-se contra os itens 8.3.1.4, 8.3.1.5 e 8.3.1.6 da seguinte cláusula constante de contrato de adesão:

8. Condições específicas de cancelamento

8.1 – Entende-se por cancelamento a desistência – voluntária ou não – viagem e/ou serviço contratado, por parte do passageiro.

8.2 – Solicitações de cancelamento da viagem ou serviços contratados deverão ser feitas por escrito.

8.3 – As seguintes taxas de cancelamento serão rigorosamente aplicadas segundo antecedência com que foram comunicadas:

8.3.1 – Da parte terrestre

8.3.1.1 – Taxa administrativa – 30 (trinta) euros

8.3.1.2 – Cancelamento até 31 dias antes do embarque – 3% do valor total

8.3.1.3 – Cancelamento de 30 a 16 dias antes do embarque – 10% do valor total

8.3.1.4 – *Cancelamento de 15 a 07 dias – 25% do valor total.*

8.3.1.5 – *Cancelamento com menos de 7 dias – 50% do total.*

8.3.1.6 – *Cancelamento com menos de 48 horas, “no show”, desistência total ou parcial dos serviços por iniciativa dos passageiros não dará direito a nenhuma devolução.*

Sustenta a abusividade e ilegalidade, em face do Código de Defesa do Consumidor, da retenção de valor superior a 10% do total pago pelo consumidor. Postula seja declarada a nulidade de toda e qualquer cláusula penal nos contratos de adesão utilizados pela ré, sejam eles nacionais, internacionais e correlatos, que ultrapasse tal percentual; bem como seja a ré condenada a alterar a redação do contrato de adesão, e juntar a relação dos consumidores que tiveram descontados de seus valores devolvidos multas superiores, a fim de poderem se habilitar nos presentes autos e receberem o que de direito.

Devidamente prequestionada a questão federal controvertida, e satisfeitos os requisitos de admissibilidade do recurso especial, passo ao exame do mérito do recurso, o qual sustenta, em síntese, a ilegalidade, em face do Código de Defesa do Consumidor, da cláusula contratual que prevê a retenção de percentual superior a 10% do valor pago pelo consumidor desistente do serviço turístico contratado com a ré, procedendo ao julgamento da causa, na forma do art. 255, § 5º, do Regimento Interno.

Não tenho dúvida em aderir às premissas do eminente Relator de que o Código de Defesa do Consumidor veda cláusulas que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, estabeleçam obrigações iníquas, contrárias à boa-fé ou à equidade; nos contratos de compra e venda de bens móveis ou imóveis, mediante pagamento em prestações, estabeleçam a perda total das prestações pagas em benefício do credor (CDC, art. 51, II e IV e 53); bem como de que cabe ao magistrado reduzir equitativamente a penalidade quando manifestamente excessiva, tendo em vista a natureza e a finalidade do negócio (Códigp Civil, art. 413).

Não posso deixar de observar, todavia, que não se cuida, aqui, de contrato de compra e venda de bens móveis e imóveis, de modo que inaplicáveis o art. 53 do CDC e os precedentes deste Tribunal que cuidam da possibilidade redução de cláusula penal nos casos de contrato de promessa de compra e venda de imóvel.

Isso porque, em caso de rescisão do contrato de compra e venda por inadimplemento ou desistência do consumidor, o promitente vendedor readquire a propriedade/posse plena do imóvel, podendo revendê-lo dentro do giro normal de seu negócio, independentemente do decurso de tempo, o que pode levar à necessidade de redução da cláusula penal, conforme apreciação equitativa do magistrado, realizada de acordo com as circunstâncias de cada caso concreto.

Na hipótese dos autos, trata-se de contrato de prestação de serviços, mais especificamente de intermediação de serviços prestados por outros fornecedores, das mais variadas espécies e sob as mais diversas condições. Como prestação de serviço, não se trata de coisa corpórea que possa ser estocada e posteriormente revendida, independentemente do momento da desistência do consumidor.

A propósito, as informações apresentadas pela Associação Brasileira de Agências de Viagens – ABAV *Nacional*, reforçadas pela manifestação do Sindicato das Empresas de Turismo no Estado de São Paulo – SIDETUR/SP, no sentido de que “as viagens quando organizadas por uma agência de turismo ou mesmo formatada por uma operadora de turismo, ou ainda quando solicitados serviços individualmente pelo próprio cliente/consumidor devem ser entendidas como um complexo de serviços que são quase em 100% dos casos prestados por outros reais e efetivos fornecedores, como é o caso de cias aéreas que serão as reais e finais prestadoras do serviço de transporte aéreo, da mesma forma com os meios de hospedagem, serviços de receptivo, traslados e outros.” (fl. 478 e-STJ).

Assim sendo, pode-se concluir que as atividades das agências de turismo muitas vezes se resumem ao serviço de intermediação entre os consumidores e os reais fornecedores, de modo que “*não possuem autonomia e gestão junto a regras e procedimentos que são de propriedade e elaboração dos próprios fornecedores de tais serviços efetivos e finais*”, competindo-lhes “a tarefa de informá-las aos consumidores quando de ofertas, ou mesmo tentar obter, através de árduo trabalho, regras formatadas de tais serviços, consolidados ou não, que não gerem prejuízos à empresa intermediadora, em casos de cancelamentos” (fl. 479 e-STJ).

Ao fim, a ABAV *Nacional* assevera que “a legislação especial brasileira atinente ao segmento, quais sejam as Leis Federais n. 11.771/2008 (Lei Geral do Turismo) e 12.974/2014 (Lei de Regulamentação das Atividades das Agências de Turismo) em nenhum momento conceituam ou deixam claro o que é um pacote de viagem, situação esta que esta r. entidade busca, em atingimento aos seus

objetivos estatutários, com a novidade em normatizar tais temas, com trabalhos e utilização do Direito Comparado, a exemplo da Diretiva Europeia 2015/2302 que trata especificamente sobre as chamadas Viagens Organizadas e Serviços de Viagens Conexos, com regras expressas sobre cancelamentos, penalidades e outros.”

Nesse caminho foi, ainda, a manifestação da Associação Brasileira de Cruzeiros Marítimos – CLIA *Abremar Brasil*, a qual trouxe também ponderações relevantes acerca de normas internacionais de segurança que impedem a substituição de passageiro às vésperas do embarque (fls. 506/507 e-STJ):

Conclui-se, portanto, que, nos cancelamentos aos quais não dá motivo, as agências de turismo tem o direito legal de executar cláusula penal prevista nos contratos firmados pelos usuários de seus serviços de intermediação, na justa reparação de seus prejuízos e lucros cessantes, como previsto no art. 402, do Código Civil.

Perdas e danos causados pela perda da remuneração pela intermediação, embora concluída, se não retido o respectivo valor, e pela não recuperação dos valores já transferidos, no caso das associadas da peticionária, às companhias de navegação, como prevê seus contratos com os consumidores, a enriquecer estes sem causa, prática vedada pelo art. 884, do Código Civil.

Nem se diga que as agências de turismo não sofrem dano monetário na desistência de seus consumidores por poderem “revender” a terceiros os serviços cancelados, o que não ocorre no mercado de turismo, em geral, e nos cruzeiros, cujas cabines dificilmente conseguem revender senão com muitíssima antecedência da viagem.

Menos ainda se o cancelamento ocorrer com pouca antecedência, até porque normas internacionais de segurança do setor impedem que um passageiro seja substituído por outro às vésperas do embarque, pois as agências de turismo estão sujeitas às regras mundiais estabelecidas e praticadas pelas companhias de navegação.

Por essa razão, respondem as agências de turismo pela adequada e prévia informação sobre as condições de cancelamento dos cruzeiros marítimo, oferecendo, inclusive, seguros por desistência do consumidor, permitindo-lhe decidir por sua contratação ou não e minimizar o risco da pena convencional dela decorrente.

Aliás, é justamente por reduzir a probabilidade de revenda dos serviços intermediados cancelados que as multas são proporcionais à proximidade da data de início de sua execução do serviço, pois cabines de navio não são estocáveis e a proteção legal do consumidor não o autoriza a causar dano ao fornecedor e não responder por sua reparação.

Com efeito, um dos objetivos da Política Nacional das Relações de Consumo é a “harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170, da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio entre consumidores e fornecedores” (cf. art. 4º, III, do Código de Defesa do Consumidor).

Penso, portanto, que se a análise da redução da cláusula penal em contratos de compra e venda de bens imóveis - bens duráveis e sempre passíveis de revenda pelo fornecedor - é feita caso a caso, pelo magistrado, com base nas peculiaridades de fato que lhe são submetidas, com mais razão ainda a redução de cláusula penal de contrato de intermediação de serviços turísticos não pode ser feita de forma genérica, em abstrato, sem levar em consideração qual o tipo de pacote contratado, em que bases foi feita a negociação entre a agência de turismo e os vários fornecedores envolvidos em cada programa turístico, as regras de regulação nacional e internacional, a antecedência da desistência do consumidor e mesmo o motivo da desistência.

Com efeito, embora concorde com o eminente relator em que o risco do negócio é do fornecedor, não cabendo sua transferência ao consumidor, por outro lado, não assiste a este o direito de, mediante pura e imotivada desistência, o que seria condição puramente potestativa (a de manter-se ele interessado no pacote turístico até a data da viagem) causar prejuízo ao operador de turismo, no mais das vezes, mero intermediário dos reais fornecedores (transportadores terrestres, aéreos, urbanos, interurbanos, hotéis de luxo, pousadas modestas e todo o tipo de agentes de entretenimento).

Assim, se há intempéries que prejudicam o fornecimento do serviço, como fenômenos da natureza, doenças, e toda a espécie de fortuito interno, caberá o risco da atividade econômica aos fornecedores, inclusive à agência de turismo, intermediária na cadeia de fornecimento, os quais arcarão solidariamente com o prejuízo.

Nesse sentido, verifico que o consumidor já se encontra normativamente protegido, podendo ser citada a Portaria n. 3/2001, da Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça, mencionada pelo Ministro Relator, a qual estabelece que é abusiva a cláusula que “imponha a perda de parte significativa das prestações já quitadas em situações de venda a crédito, *em caso de desistência por justa causa ou impossibilidade de cumprimento da obrigação pelo consumidor.*”

Por outro lado, se há desistência pura e simples do consumidor, especialmente do imprevidente, que não contratou seguro, ou que optou por pagar preço descontado exatamente pela vedação contratual de cancelamento, a redução da cláusula penal há de ser criteriosa e equitativamente ponderada pelo magistrado caso a caso.

A tutela do consumidor, em casos tais, não pode ser de molde a onerar tanto o mercado fornecedor que acabe inflando os preços e inviabilizando a concessão de descontos àqueles que, avaliando suas próprias conveniências, optem por assumir mais riscos.

O eminente Relator faz menção à Deliberação Normativa n. 161/1986, editada pela EMBRATUR, ente que, no passado, foi competente para regular o relacionamento comercial entre as agências de turismo e seus usuários, a qual assim regulava o cancelamento da viagem por iniciativa do consumidor:

8 - Procedimentos decorrentes do cancelamento, parcial ou total, do contrato ou acordo para a realização de viagem ou excursão (excluídos os casos fortuitos e de força maior e admitidos na legislação)

8.1 - Antes do início do programa:

8.1.1 - Por iniciativa da agência:

a) oferecimento de crédito ao usuário; em valor devidamente corrigido, correspondente às importâncias efetivamente pagas, antecipadamente, por este, sob a forma de participação em outro programa turístico; ou

b) outro acordo com o usuário, que preveja, inclusive, a devolução da importância, devidamente corrigida, por este efetivamente paga e desembolsada antecipadamente.

8.1.2 - Por iniciativa do usuário:

a) o usuário devera providenciar, em tempo hábil, sua substituição por outro participante, nas mesmas condições contratadas e, no caso de não haver contratado apartamento individual, de igual sexo; ou

b) acordar com a agência sua participação em outro programa, de qualquer tipo de entendimento que satisfaça ambas as partes; ou

c) não sendo viável a aplicação das hipóteses anteriores, perda, em favor da agência, dos seguintes percentuais sobre o preço da excursão excetuada a parte aérea:

c.1 - 10% - cancelamento a mais de 30 dias antes do início da excursão;

c.2 - 20% - cancelamento entre 30 e 21 dias antes do início da excursão;

- percentuais superiores aos acima referidos, desde que correspondentes a gastos efetivamente comprovados pela agência perante a EMBRATUR, efetuados em decorrência da desistência do usuário - cancelamento a menos de 21 dias antes do início da excursão.

8.2 - Durante a realização do programa:

8.2.1 - Por iniciativa da agência:

a) oferecimento de crédito ao usuário, em valor correspondente ao reembolso dos serviços não prestados e não compensados em substituição, sob a forma de participação em outro programa turístico; ou

b) outro acordo com o usuário que preveja, inclusive, a devolução da importância, devidamente corrigida, correspondente aos serviços não prestados.

8.2.2 - Por iniciativa do usuário:

a) perda pelo usuário do valor da excursão excetuado o reembolso da parte aérea quando restituível.

- Nos programas turísticos que se refiram a eventos especiais, tais como congressos, feiras ou assemelhados e, ainda, a cruzeiros marítimos, os ressarcimentos, pagamentos e indenizações obedecerão a disposições próprias a serem submetidas à aprovação prévia da EMBRATUR pelas representações de classe das agências de turismo ou pelas empresas interessadas.

Verifica-se, portanto, que havia regulação de limites de retenção para o caso de cancelamento pelo consumidor, mas estava prevista a possibilidade de retenção de percentuais superiores a 20%, desde que correspondentes a gastos efetivamente comprovados pela agência perante a EMBRATUR, efetuados em decorrência da desistência do usuário.

Esta normatização valia para todos os agentes do setor, os quais se pautavam dentro de seus limites, com isonomia do mercado, estando previsto o caminho para o caso de prejuízos maiores, a depender das circunstâncias de cada caso concreto.

Atualmente, todavia, a EMBRATUR não tem mais competência para atuar como reguladora e fiscalizadora do turismo interno. Seu campo de atuação é restrito a promover os serviços turísticos do Brasil no exterior, conforme esclarece em sua manifestação de fls. 519-524.

O Ministério do Turismo, ao qual compete hoje tal regulação e fiscalização, esclarece que não há dispositivos referentes a multas por cancelamentos de pacotes turísticos. “O Decreto Presidencial n. 7.381/2010, que regulamenta a Lei n. 11.771/2008 - Lei Geral do Turismo, limita-se à previsão de que

eventual multa deverá estar prevista em contrato e ser informada previamente ao consumidor (art. 20).” (e-STJ fl. 528).

Na ausência de regulação pela autoridade administrativa, penso, data maxima vênia, que não cabe ao Poder Judiciário estabelecer percentual fixo, para a generalidade de operadoras de turismo, de pequeno, médio ou grande porte, independentemente da apreciação do tipo de produto com o qual opera, sobretudo por não mais haver previsão administrativa de órgão perante o qual devesse ser feita a demonstração, individualizada, dos custos e prejuízos em caso de desistência.

A sentença, ademais, seria voltada apenas contra um dos agentes atuando no mercado, com quebra de isonomia entre os demais operadores de turismo.

Voltando ao caso dos autos, observo que, na genérica, padronizada e abstrata inicial da ação civil pública, não são esclarecidos quais os tipos de serviços concretamente prestados pela ré, se são intermediados pacotes marítimos, aéreos ou terrestres, nacionais ou internacionais, se são prestados serviços individualmente requeridos fora de pacotes, quais são os fornecedores diretos dos serviços intermediados, qual o público alvo. Não é demonstrado, sequer por estimativa, qual o custo causado em caso de desistência pelo consumidor em cada tipo de pacote ou serviço prestado; não é narrado um caso concreto sequer de consumidor lesado. Igualmente não é juntada à inicial a relação de consumidores associados à autora que serão beneficiados por eventual decisão condenatória.

Segundo consta da manifestação da ABAV, a ANADEC ajuizou centenas de ações semelhantes, padronizadas, divorciadas das práticas de mercado, o que ensejou o ajuizamento pelo Ministério Público de São Paulo de ação civil pública visando à sua dissolução, já julgada procedente em primeiro grau, estando pendente o julgamento de apelação (e-STJ fl. 476-78). Esse proceder é compatível com os termos genéricos em que redigida a inicial da presente ação, a qual, no meu entendimento, não reúne os requisitos aptos ao seu processamento.

Isso porque a a defesa de interesses individuais por meio de ação civil pública tem por pressuposto que sejam homogêneos.

Não há homogeneidade possível entre o contratante de cruzeiro marítimo internacional, a ser operado por determinada companhia de cruzeiros estrangeira, representada no Brasil, com exclusividade ou não, pela agência ré, ou pacote de cruzeiro marítimo pela costa brasileira, operado por empresa nacional, de um lado, e, de outro, o consumidor de pacotes mais simples, como,

por exemplo, pacote turístico em pousada de cidade vizinha, à qual o adquirente chega dirigindo o próprio carro ou em ônibus fretado. E, dentre as pousadas da mesma cidade, há as grandes e pequenas, de maior luxo ou econômicas, todas com políticas próprias de cancelamento, que devem ser negociadas, informadas e repassadas ao consumidor pela agência de turismo.

Dadas essas circunstâncias entendo, data maxima vênia, que considerados os termos genéricos em que redigida a inicial, sem apontar fatos concretos lesivos aos consumidores, e dada a falta de homogeneidade possível entre as inúmeras possibilidades de serviços de intermediação que possam vir a ser prestados pela ré, a solução adequada seria a extinção do processo sem exame do mérito.

A sentença, confirmada pelo acórdão recorrido, concluiu pela improcedência do pedido, enfatizando que “não há como rever um contrato para substituir percentual nele inserido, escalonado e com gradação por critério lógico, por um outro, único, que iguala situações desiguais, não comprovadamente adequado, sob pena de apenas transferir o polo contratual vítima da abusividade.”

Penso que a desigualdade das infinitas possibilidades de pacotes de turismo, reveladora da falta de homogeneidade dos direitos que se pretende tutelar por meio da presente ação civil pública, a rigor, conduz à inadequação da via eleita.

Não há, todavia, disparidade no âmbito das consequências para o consumidor, porque a sentença de improcedência do pedido, tal como formulado na inepta inicial dos presentes autos, não impede o ajuizamento de nova ação por qualquer legitimado, desde que atenda a nova ação as condições para seu processamento.

Destaco, por fim, que, caso haja cobrança excessiva e sem a respectiva comprovação, apta a justificar a retenção a título de cláusula penal compensatória dos percentuais previstos no contrato, no caso de cancelamento com ou sem justa causa, nada impede que os interessados ingressem em juízo a fim de evitar a cobrança abusiva no caso concreto.

Em face do exposto, nego provimento ao recurso especial.

É como voto.



VOTO VENCIDO

O Sr. Ministro Luis Felipe Salomão: 1. A Associação Nacional de Defesa da Cidadania e do Consumidor — ANADEC ajuizou ação civil pública em

face de Lusanova do Brasil Operadora de Turismo Ltda, sob o argumento de que o contrato padrão de prestação de serviços de viagem oferecido pela ré a seus clientes continha cláusula abusiva, prevendo taxas de cancelamento extremamente altas incidentes sobre o preço do produto vendido.

Esclareceu que, nos termos do contrato mencionado, a penalidade aplicada ao consumidor pelo cancelamento do serviço sofreria variação conforme a antecedência em que fosse comunicada a desistência.

Ponderou que o direito de impor ao consumidor penalidade pelo não cumprimento de suas obrigações existe, desde que respeitados os princípios da adequação e proporcionalidade, entendendo, nessa linha, inadmissível qualquer cobrança acima de 10% (dez por cento).

Pugnou para que a ré fosse compelida a adequar seu contrato padrão aos ditames da proporcionalidade, em que somente a multa penal máxima de 10% (dez por cento) seria aceitável, considerando-se a legislação consumerista, que é especial em relação ao Código Civil.

O sentenciante de piso julgou improcedentes os pedidos formulados (fls. 130-131).

Inconformada, a associação autora interpôs apelação (fls. 137-179), à qual foi negado provimento, mantendo-se integralmente a sentença. Confira-se a ementa do acórdão (fl. 221):

Ação civil pública movida contra operadora de turismo. Alegação de abusividade das multas previstas em contratos padrão e aplicadas em caso de desistência de pacotes de viagem. Impossibilidade de acolher o parâmetro máximo de 10% pretendido. Clausula penal compensatória que não se mostra exacerbada.

Estabelecimento de percentuais de multas, conforme as datas dos pedidos de cancelamentos, que não se considera como obrigação abusiva. Valor máximo que não ultrapassa aquele previsto no Código Civil. Reembolso da quantia paga que deve observar o equilíbrio necessário para cada situação em particular. Autora que não apresentou a gradação do percentual indicado, considerando a maior ou menor antecedência da desistência. Ação julgada improcedente.

Recurso não provido.

Não há como acolher o teto máximo de 10% perseguido pela autora para as multas compensatórias, isto porque, em se cuidando de pacotes turísticos que implicam fretamento de vôos e reservas de hotéis e sendo a desistência do consumidor de última hora, o prejuízo do fornecedor pode ser total, em razão da dificuldade de repassar para outros hóspedes os quartos vagos e de ocupar os assentos vazios nos aviões.

A opção do reembolso da quantia paga deve observar o equilíbrio necessário para cada situação em particular, não se cuidando de obrigação iníqua ou abusiva, o estabelecimento de percentuais de multas, conforme as datas dos pedidos de cancelamento, máxime que não há ultrapassagem do teto previsto no Código Civil, vez que estimada como sendo aquela do valor do contrato.

Opostos embargos de declaração pela apelante (fls. 297-315), foram rejeitados (fls. 317-321).

Foi interposto recurso especial pela autora, com fundamento nas alíneas “a” e “c” do permissivo constitucional, por negativa de vigência aos arts. 6º, V, 39, V 46, 51, IV, IX, XI, XII, XV, § 1º, I, II e III, § 4º, 53, 54, §§ 3º e 4º, todos do Código de Defesa do Consumidor.

A Associação reconhece existir o direito de impor ao consumidor penalidade pelo não cumprimento de suas obrigações, mesmo dentro da relação de consumo, mas, pondera para essa imposição, devem sempre ser respeitados os princípios da adequação e proporcionalidade.

Assevera ser inadmissível qualquer cobrança acima de 10% (dez por cento) ou até o máximo de 20% (vinte por cento), porque abusiva e injustificável (fl. 238).

Reforça que as cobranças da recorrida se mostram abusivas, na medida em que ela se coloca em situação bastante confortável, também, porque jamais conseguirá uma remuneração de capital na taxa aplicada como multa, em qualquer operação financeira.

Pleiteia afinal seja reconhecido que o percentual de 20% (vinte por cento) como máximo aceitável para multa nos casos de desistência dos consumidores em relação aos serviços contratados com a recorrida.

Objetivando comprovar o dissídio jurisprudencial que alega configurado, colaciona acórdãos do TJRS e do TJSP.

Não foram apresentadas contrarrazões, conforme certidão de fl. 326.

O recurso especial recebeu crivo positivo de admissibilidade na origem (fl. 339-340).

O Ministério Público Federal opinou pelo provimento do recurso especial. Avaliou que no recurso em análise “não se busca interpretar uma cláusula contratual, mas desvendar se é abusiva cláusula penal com percentuais de multa ou taxa elevados, sem qualquer justificativa, além do lapso temporal, diante dos preceitos normativos que abrigam o consumidor” (fl. 355).

Em sessão de julgamento realizada em 19.5.2016, a Quarta Turma, por unanimidade, acolheu a Questão de Ordem suscitada pelo Ministro Antonio Carlos Ferreira, no sentido de serem previamente ouvidas as entidades das áreas de turismo e do consumidor (fls. 377-379).

Em nova manifestação, o Ministério Público Federal questiona sobre a possibilidade de instauração de incidente de assunção de competência, nos termos do art. 947, do CPC/2015, diante da relevância e do impacto social da matéria, a fim de que o entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça se torne de observância vinculada aos juízes e tribunais do país sobre o tema, em conformidade com o novo diploma processual de 2015 (fls. 382-385).

Diversas entidades institucionalmente ligadas à matéria em discussão apresentaram suas manifestações sobre o tema, após decisão de convocação proferida às fls. 377-379.

Assim, no cumprimento daquele chamamento, a Associação Brasileira de Cruzeiros Marítimos - CLIA *Abremer Brasil*, em petição juntada às fls. 498-508, disse não ser possível afirmar que “as agências de turismo não sofrem dano monetário na desistência de seus consumidores por poderem ‘revender’ a terceiros os serviços cancelados”, uma vez que isso não ocorreria no mercado de turismo, em geral, e nos cruzeiros, “cujas cabines dificilmente conseguem revender senão com muitíssima antecedência da viagem”, até porque “...normas internacionais de segurança do setor impedem que um passageiro seja substituído por outro às vésperas do embarque, pois as agências de turismo estão sujeitas às regras mundiais estabelecidas e praticadas pelas companhias de navegação”.

Seguindo nesse rumo, o Sindicato das Empresas de Turismo no Estado de São Paulo - SINDETUR/SP (fls. 490-496) sustentou que o trabalho prestado pelas agências de turismo seria a intermediação remunerada entre fornecedores e consumidores de serviços turísticos e ressaltou que a agência ou operadora turística não é titular da relação jurídica consubstanciada no contrato de transporte, “posto que atua em nome e por conta da empresa transportadora, sendo mera intermediária desta e que sua real obrigação é de produzir informações adequadas, corretas e precisas sobre os serviços prestados, de acordo com o artigo 31 do Código de Defesa do Consumidor, inclusive em relação a taxas, multas e prazos para cancelamento, geralmente fixadas pelos fornecedores”.

Por sua vez, a Associação Brasileira de Agências de Viagens - ABAV *Nacional* (fls. 475-482) limitou-se a afirmar que “considerada a simples e

objetiva atividade de intermediação das agências de turismo, englobadas aqui muitas vezes as operadoras de turismo, elas não possuem autonomia e gestão junto a regras e procedimentos que são de propriedade e elaboração dos próprios fornecedores de tais serviços efetivos e finais que serão prestados aos consumidores”, tais como “serviço de transporte aéreo, da mesma forma com os meios de hospedagem, serviços de receptivo, traslados e outros”.

Apresentadas as manifestações de entidades, direta ou indiretamente interessadas no feito, sobreveio novo parecer do Ministério Público Federal quanto ao mérito, opinando pelo conhecimento e provimento do recurso especial (fls. 534-544).

É o relatório.

2. A controvérsia dos autos consiste na verificação da abusividade ou não de cláusula inserta em contrato para aquisição de pacotes de turismo, consistente na fixação de multa por desistência do consumidor, escalonada em percentuais que podem alcançar 100% (cem por cento) do valor pago pelo serviço.

Ao examinar a questão, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo decidiu (fls. 224-227):

No caso em comento, debate-se sobre a abusividade das cláusulas 8.3.1.4, 8.3.1.5 e 8.3.1.6, do contrato padronizado utilizado pela ré nos seus pacotes de viagens, dispondo que, em caso de cancelamento pelo usuário, deverá pagar multa compensatória de 25%, 50% ou 100% do preço caso o cancelamento ocorra, respectivamente, de 15 a 07 dias do embarque, a menos de 07 dias do embarque e a menos de 48 horas do embarque.

Não há, porém, como estabelecer, mesmo em pacotes de viagens, o parâmetro máximo perseguido, como, aliás, já destacou Dr. Promotor de Justiça na primeira manifestação feita no processo, destacando Sua Excelência que “tratando-se de pacotes turísticos, serviços que implicam fretamentos de vôos e reservas de hotéis, pode-se presumir a possibilidade de prejuízos até mesmo integrais por parte do fornecedor em caso de desistência de última hora do consumidor. É previsível a dificuldade do hoteleiro em repassar quartos vagos aos outros hóspedes interessados, sem tempo suficiente para fazê-lo. Do mesmo modo, é previsível a dificuldade de ocupar os assentos vazios dos aviões, nessas circunstâncias” (fls. 49/53).

Eventual excesso deve ser analisado caso a caso e não existem fórmulas que justifiquem os 10% perseguidos, mesmo porque, de cláusula penal moratória não se cuida, mas de cláusula penal compensatória, onde as partes consumidoras aderem ao contrato padronizado, mas não estão impedidas de discutirem diretamente com a prestadora de serviços ou mesmo de buscarem solução na via

judicial. A prefixação das perdas e danos, embora possa parecer exacerbada, por vezes é justificada, como, aliás, bem anotou o Ministério Público, não podendo confundir, por exemplo, situação em que a viagem aérea é feita mediante voo comercial ou por voo fretado. No primeiro caso o passageiro mantém vínculo com a empresa aérea e pode remarcar a passagem ou utilizar o crédito para outra localidade, mas o mesmo não se pode dizer em relação ao voo fretado, cujo custo é repartido entre os usuários e sem possibilidade de remarcação ou obtenção de crédito. Da mesma forma, em relação à hospedagem, bem se vê que os preços dos hotéis e pousadas variam conforme a época e a estação, além do que os preços obtidos pelas agências de turismo nem sempre observam as ocupações efetivas, mas as unidades disponibilizadas, sem considerar a impossibilidade material de ocupação nas desistências formuladas há poucos dias da reserva.

Não se trata aqui de situação de arrependimento, que pode ser exercido de conformidade com o Código de Defesa do Consumidor, mas de contrato em vigor, e do qual o consumidor dele desiste. As variáveis e a complexidade das situações, como já exposto na defesa da ré, não justificam estabelecimento de parâmetros ínfimos e que, por vezes, não cobrem os prejuízos efetivos.

(...)

A opção de reembolso da quantia paga deve observar o equilíbrio necessário para cada situação em particular, não se vislumbrando obrigação iníqua ou abusiva no estabelecimento dos percentuais de multas, conforme as datas dos pedidos de cancelamentos, e não há ultrapassagem do teto previsto no Código Civil, eis que estimada, na última hipótese, como sendo aquela do valor do contrato.

Ou seja, como bem anotado na r. sentença, “se a autora não se propôs a demonstrar a adequação do percentual que indicou como não abusivo, se não se propôs a indicar gradação de percentuais de perda escalonados de forma tecnicamente fundamentada à maior ou menor antecedência da desistência formulada pelo consumidor relativamente a específico pacote de viagens, se apresenta pretensão verdadeiramente descompromissada com dados mínimos de variação do específico mercado de turismo, não há como acolher o pedido formulado”.

A apelante faz uso de generalidades e o pedido, na forma como formulado, não tem como prosperar.

A r. sentença merece mantida integralmente.

3. De início, faz-se mister assinalar que as relações obrigacionais são de incontestável importância na sociedade moderna, notadamente como mecanismo de facilitação da circulação de riquezas, cumprindo importante função social e econômica, sendo, por isso, interesse das partes e da ordem jurídica evitar o descumprimento dos negócios firmados e, assim, os prejuízos decorrentes desse desrespeito.

Na lição de Arnaldo Rizzardo, há sempre um grau de insegurança no atendimento do que está estabelecido nos contratos, o que gera instabilidade nas relações econômicas e sociais. “Quanto maiores as instabilidades de uma economia, e mais fortes as crises que assolam os povos, ou menos evoluída a consciência moral das pessoas, geralmente mais cresce a inadimplência das obrigações, ensejando mecanismos de defesa e proteção dos direitos e créditos emanados das convenções e contratos”. (RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 251).

Nesse cenário é que se justifica a previsão da cláusula penal, consistente na possibilidade de as partes, expressamente, estipularem indenização para os casos em que se verificar o inadimplemento total ou parcial do pacto obrigacional ou simplesmente a mora.

Destarte, “a cláusula penal, também chamada *pena convencional*, é o pacto acessório pelo qual as partes de um contrato fixam, de antemão, o valor das perdas e danos que por acaso se verifiquem em consequência da inexecução culposa da obrigação”. Esta a doutrina de Orlando Gomes (*Obrigações*. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 190).

O inesquecível Carvalho de Mendonça esclarece que todos os códigos que admitem a cláusula penal encaram-na como uma *obrigação acessória*, ligada a um contrato principal, pelo qual o devedor se obriga a uma prestação determinada, no caso de faltar ao contrato, ou a qualquer de suas cláusulas (*Apud* LOPES, Serpa. *Curso de direito civil*. V. 2. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1957, p. 187).

O Código Civil francês, em seu art. 1.226, definiu a cláusula penal como sendo “aquela pela qual uma pessoa, para assegurar a execução de uma convenção, se compromete a dar alguma coisa, em caso de inexecução”.

No Brasil, o diploma civil de 2002, apesar de acertadamente ter deslocado o instituto para o capítulo do *inadimplemento das obrigações*, retirando-o das *modalidades de obrigações* do Código de 1916, não cuidou de conceitua-la, mas tão somente de referenciar seu cabimento.

Vejam-se, os artigos do Código Civil/2002:

Art. 408. Incorre de pleno direito o devedor na cláusula penal, desde que, culposamente, deixe de cumprir a obrigação ou se constitua em mora.

Art. 409. A cláusula penal estipulada conjuntamente com a obrigação, ou em ato posterior, pode referir-se à inexecução completa da obrigação, à de alguma cláusula especial ou simplesmente à mora.

Cristiano Chaves de Farias pontua, em artigo sobre o tema, que a cláusula penal tem como função primordial, e maior vantagem, “evitar a penosa - e muita vezes de grande dificuldade prática - tarefa de liquidar o dano causado pelo descumprimento obrigacional”, e que seu caráter *punitivo* seria meramente acidental.

Nessa ordem de ideias, o doutrinador afirma que sua potencialidade em evitar a liquidação dos danos se deve, exatamente, à pré-estimativa tarifada das perdas e danos decorrentes da inexecução da obrigação estabelecida. (*Miradas sobre a cláusula penal no direito contemporâneo (à luz do direito civil-constitucional, do novo Código civil e do CDC)*. In: Revista autônoma de direito privado, n. 1, pp. 85-109, out./dez. 2006).

Esse pacto acessório, que tem como escopo garantir o cumprimento da obrigação principal, por meio da determinação prévia de sanção de natureza civil em caso de inadimplemento parcial ou total de um dever assumido, pode, assim, ser de dois tipos: cláusula penal moratória e cláusula penal compensatória.

A cláusula penal será *compensatória* se estipulada para a hipótese de *inadimplemento total* ou *parcial* da obrigação principal. De outro modo, será *moratória*, se prevista para a eventualidade *do retardo no cumprimento da prestação devida*.

Seguindo esse raciocínio, importante salientar que a pré estipulação das perdas e danos e suas vantagens não sugerem, de forma alguma, a *imutabilidade absoluta* da cláusula penal, seja ela compensatória ou moratória.

Sabe-se que no Código Civil de 1916 havia dispositivo capaz de induzir à conclusão da imutabilidade da cláusula, ao estabelecer que o devedor não se poderia eximir de cumpri-la, a pretexto de ser excessiva (art. 927).

No entanto, o novo Código Civil não repetiu a redação do diploma anterior, justamente com o propósito de declarar a possibilidade da adequação da cláusula, por meio da revisão judicial de seu valor, sempre que necessário e útil a coibir abusos, tendo em mira o cumprimento de sua função.

De fato, é dever do magistrado modular a cláusula penal à realidade dos fatos, tendo em conta o princípio constitucional da proporcionalidade, com o escopo de preservar a isonomia material entre as partes e o sinalagma contratual.

É esta a lição de Nelson Rosenvald:

Vale dizer: mesmo que, em princípio, as partes desejem evitar o dimensionamento concreto das perdas e dos danos pela fixação de cláusula

penal, o juiz deverá impedir o abuso do direito (art. 187), CC), atenuando as amarras do negócio jurídico, quando observar que a cláusula penal culminará por se converter em instrumento de enriquecimento sem causa. (p. 670)

Washington de Barros Monteiro assinala que a evolução legislativa possibilitou a coexistência da autonomia privada, do princípio da boa-fé objetiva e da função social do contrato, viabilizando a redução do valor estipulado a título de cláusula penal, a partir da moldura fática do caso concreto, inclusive, não a condicionando à previsão contratual expressa, eis que se trata de disposição de ordem pública, bastando, para tanto, o requerimento da parte. (*Curso de direito civil - Direito das obrigações*. V. 4. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 214)

Nessa esteira, é da literalidade do art. 413 do Código Civil que a penalidade deve ser reduzida equitativamente pelo juiz se a obrigação principal tiver sido cumprida em parte, ou se o montante da penalidade for manifestamente excessivo, tendo em vista a natureza e finalidade do negócio.

Uma vez mais, Nelson Rosenvald adverte acerca do papel a ser desempenhado pelo julgador quando se deparar com cláusula penal que preveja valores desarrazoados

Não se trata de uma prerrogativa judicial de *invalidar* a cláusula penal, mas de apenas *reduzi-la, eliminando o excesso que resultou no exercício abusivo do direito*. Cuida-se de uma forma razoável de conciliar a autonomia privada com os ditames da boa-fé objetiva. A cláusula geral do art. 413 do Código Civil harmoniza a autodeterminação dos particulares com as exigências éticas do ordenamento jurídico.

(*Cláusula penal. A pena privada nas relações negociais*. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2007, p. 222)

Nesse sentido, a orientação jurisprudencial desta Corte de Justiça - já pacífica à época do Código de 1916 -, com a promulgação do novo Código Civil aprimorou-se, mas sem se afastar do entendimento original. Confirmam-se os julgados abaixo, ocorridos antes e após o Código de 2002:

Civil. Promessa de compra e venda. Rescisão.

Rescindido o contrato de promessa de compra e venda, o juiz está autorizado a reduzir o valor da cláusula penal (CC, art. 924).

Recurso especial conhecido e provido em parte.

(REsp 151.527/PA, Rel. Ministro Ari Pargendler, Terceira Turma, julgado em 24/04/2001, DJ 11/06/2001)

Civil. Recurso Especial. Rescisão de contrato de compra e venda de imóvel. Rescisão contratual. Utilização do bem pelos promissários-compradores. Cláusula penal. Estipulação.

- Com base no art. 924 do CC, o julgador possui autorização legal para proceder à redução do percentual estipulado a título de cláusula penal para patamar justo, com o objetivo de evitar o enriquecimento ilícito de uma das partes contratantes e o prejuízo da outra.

(...)

(REsp 400.336/SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 30/08/2002, DJ 14/10/2002)

Recurso especial. Ofensa ao artigo 535 do Código de Processo Civil. Não ocorrência. Multa contratual. Redução para 2% ocorrida nas instâncias ordinárias. Inviabilidade. Restabelecimento do índice pactuado. Contrato celebrado antes da vigência da Lei n. 9.298/96. Cláusula penal. Redução com base no 924 do CC/1916. Possibilidade. Pretensão de alterar o patamar definido nas instâncias de origem. Impossibilidade. Óbice no Enunciado Sumular n. 7 deste Tribunal Superior.

(...)

3. O artigo 924 do Código Civil de 1916 facultava ao Juiz a redução proporcional da cláusula penal às hipóteses de cumprimento parcial da obrigação, sob pena de afronta ao princípio da vedação do enriquecimento sem causa.

4. Hipótese em que a obrigação foi parcialmente cumprida pelo devedor, a justificar a redução.

5. Inocorrência de aplicação retroativa do art. 413 do CC/02 que, ao contrário da faculdade trazida pela regra anterior, passou a estabelecer um dever ao juiz.

6. Interpretação conjunta dos enunciados normativos do art. 924 do CC/16 e do art. 413 do CC/2002 à luz da regra de transição do art. 2.035 e seu parágrafo único do CC/2002, recomendando a concreção do princípio da função social do contrato mesmo para pactos celebrados na vigência da anterior codificação civil.

(...)

9. Recurso Especial parcialmente provido.

(REsp 887.946/MT, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 10/05/2011, DJe 18/05/2011)

Agravo regimental em recurso especial. Contrato de locação comercial e outras avenças. Inexecução contratual. Cláusula penal. Redução. Possibilidade. Artigos 924 do Código Civil/1916 e 413 do Código Civil/2002.

1. O acórdão recorrido está em harmonia com a orientação desta Corte no sentido de que, mesmo antes da entrada em vigor do Código Civil de 2002, era faculdade

do órgão julgador reduzir o valor da cláusula penal se evidenciada a sua manifesta excessividade. Precedentes.

2. Agravo regimental não provido.

(AgRg no REsp 1.351.671/PR, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 05/02/2015, DJe 12/02/2015)

4. No caso dos autos, a controvérsia reside exatamente nos valores da cláusula penal prevista em contrato de viagem (pacote turístico) em que a recorrida figura como contratada. Alega a recorrente a exorbitância dos valores estabelecidos e pleiteia, nessa medida, sua redução.

A cláusula penal de natureza compensatória vem disposta no contrato de prestação de serviços nos seguintes termos:

8 - Condições específicas de cancelamento

8.1 - Entende-se por cancelamento a desistência - voluntária ou não - da viagem e/ou serviço contratado, por parte do passageiro.

8.2 - Solicitações de cancelamento da viagem ou serviços contratados deverão ser feitas por escrito.

8.3 - *As seguintes taxas de cancelamento serão rigorosamente aplicadas segundo antecedência com que foram comunicadas:*

8.3.1 - Da parte terrestre

8.3.1.1 - Taxa administrativa - 30 (trinta) euros

8.3.1.2 - Cancelamento até 31 dias antes do embarque - 3% do valor total

8.3.1.3 - Cancelamento de 30 a 16 dias do embarque - 10% do valor total

8.3.1.4 - *Cancelamentos de 15 a 07 dias do embarque - 25% do valor total*

8.3.1.5 - *Cancelamento com menos de 07 dias - 50% do valor total*

8.3.1.6 - *Cancelamento com menos de 48 horas, "no show", desistência total ou parcial dos serviços por iniciativa dos passageiros não dará direito a nenhuma devolução.*

4.1. No ponto, necessário assinalar, uma vez mais, que a cláusula geral apresentada pelo art. 413 funciona como filtro capaz de reter o excesso e restaurar o equilíbrio todas as vezes que ficar evidente que a pena ultrapassou os limites de seu papel persuasivo.

Na verdade, é importante ressaltar a natureza consumerista do contrato questionado, cuja cláusula penal se pretende seja adaptada com o decote da parcela que se alega exagerada e injustificável.

Com efeito, logo de início é bom salientar que, entre os doutrinadores que se debruçaram sobre o instituto (redução da cláusula penal) nas relações de consumo, parece não haver dissonância quanto à *impossibilidade*, por exemplo, de cláusula com previsão de *perda total* daquilo que foi pago por uma das partes do negócio, entendimento esse respaldado pelo art. 53 do Código de Defesa do Consumidor, que orienta:

Art. 53. *Nos contratos de compra e venda de móveis ou imóveis mediante pagamento em prestações, bem como nas alienações fiduciárias em garantia, consideram-se nulas de pleno direito as cláusulas que estabeleçam a perda total das prestações pagas em benefício do credor que, em razão do inadimplemento, pleitear a resolução do contrato e a retomada do produto alienado.*

É de conhecimento, outrossim, que a *cláusula de decaimento* prevista e repudiada pelo art. 53 do CDC pode ser arguida por meio de ação ou reconhecida de ofício pelo juiz ou tribunal, a qualquer tempo ou grau de jurisdição.

Roberto Senise Lisboa, referindo-se a contratos de trato sucessivo, esclarece que a cláusula que estipula a perda das parcelas pagas é inviável, uma vez que impede a fixação de cláusula penal pelo inadimplemento do aderente, sem proporcionar a mesma sanção civil ao predisponente, quando da verificação de sua mora, por inteligência dos arts. 4º, III, *in fine* (equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores), e 6º, V, primeira parte, do CDC (CASSETTARI, Christiano. *Multa contratual. Teoria e prática da cláusula penal*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2013, p. 194).

4.2. Vale dizer: no regime do Código de Defesa do Consumidor, a cláusula que pretenda impor a perda total das prestações será tida como abusiva e leonina, por lesar a boa-fé objetiva do consumidor e acarretar onerosidade excessiva e desequilíbrio contratual.

Vale conferir os incisos II e IV do art. 51 do CDC:

Art. 51. *São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:*

II - *subtraíam ao consumidor a opção de reembolso da quantia já paga, nos casos previstos neste código;*

(...)

IV - *estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade;*

Na linha desse entendimento, concluem Cristiano Chaves e Rosenvald:

Os direitos do consumidor serão tutelados em face de “cláusulas abusivas impostas no fornecimento de produto ou serviço” (art. 6º, IV, do CDC). Neste sentido, o art. 51, IV, do Código de Defesa do Consumidor reputa como abusivas as cláusulas que colocam o consumidor “em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade”.

A chamada cláusula de decaimento (o devedor decai das prestações) é nula, ante o exposto no art. 53 da citada lei. Os tribunais vão além da literalidade da norma e, interpretando a *ratio* do dispositivo, permitem apenas a retenção mínima de valores pelo promitente vendedor (de 10 a 20%), restituindo-se de 80% a 90% das quantias pagas.

(FARIAS, Cristiano Chaves, ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil - obrigações*. V. 2. 7. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Jus Podivm, 2013. p. 668)

Alinne Arquette Leite Novais, citada por Chaves, defende, inclusive, a dispensabilidade da natureza propriamente consumerista do contrato firmado entre as partes para que seja reconhecida a invalidade da cláusula de perdimento, bastando, para tanto, ser de *adesão* o pacto questionado. (FARIAS, Cristiano Chaves, ROSENVALD, Nelson. *Op. cit.*, p. 669)

Justifica, nessa linha, que, “em se tratando de contrato de adesão, a posição do aderente, independentemente de quaisquer outras qualidades, é suficiente para gerar uma disparidade de poderes na contratação” e que “a elaboração unilateral, pelo economicamente mais forte, das cláusulas contratuais vem a caracterizar de forma suficiente a vulnerabilidade do outro contratante, como exigido pelo CDC, art. 4º, I”. (*Op. cit.*)

4.3. Dessa forma, em outubro de 2013, no julgamento do REsp n. 1.321.655/MG, sob a relatoria do eminente Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, esta Corte Superior decidiu questão bastante similar à que ora se analisa.

Naquele caso concreto do recurso mineiro, o recorrente havia ajuizado ação de rescisão contratual cumulada com repetição de indébito contra empresa de turismo, postulando restituição de parte do valor pago antecipadamente por pacote turístico, por ter desistido da viagem.

Analisado o recurso especial do consumidor, a egrégia Terceira Turma concluiu ser flagrantemente abusivo o valor da multa contratual estabelecido, “ferindo a legislação aplicável ao caso, seja na perspectiva do Código Civil, seja na perspectiva do Código de Defesa do Consumidor”, nos termos do voto condutor:

Dessa forma, o entendimento adotado pelo Tribunal de origem merece reforma, pois não se mostra possível falar em perda total dos valores antecipadamente pagos por pacote turístico, sob pena de se criar uma situação que, além de vantajosa para a empresa de turismo (fornecedora de serviços), mostra-se excessivamente desvantajosa para o consumidor.

(...)

Em situação semelhante, esta Corte tem o firme entendimento de que, nos contratos de promessa de compra e venda de imóvel, é cabível ao magistrado reduzir o percentual da cláusula penal com o objetivo de evitar o enriquecimento sem causa por parte de qualquer uma das partes.

(...)

Deve-se, assim, reconhecer a abusividade da cláusula contratual em questão seja por subtrair do consumidor a possibilidade de reembolso, ao menos parcial, como postulado na inicial, da quantia antecipadamente paga, seja por lhe estabelecer uma desvantagem exagerada.

(...)

Por fim, é de se ressaltar que o cancelamento de pacote turístico contratado constitui risco do empreendimento desenvolvido por qualquer agência de turismo, não podendo esta pretender a transferência integral do ônus decorrente de sua atividade empresarial a eventuais consumidores.

Ante o exposto, dou provimento ao recurso especial para determinar a redução do montante estipulado a título de cláusula penal para 20% sobre o valor antecipadamente pago, conforme postulado alternativamente na petição inicial, incidindo correção monetária desde o ajuizamento da demanda e juros de mora desde a citação.

A seguir a ementa do acórdão:

Recurso especial. Direito Civil e Consumidor. Rescisão contratual. Pacote turístico. Pagamento antecipado. Perda integral dos valores. Cláusula penal. Abusividade. CDC. Inexistência.

1. Inocorrência de maltrato ao art. 535 do CPC quando o acórdão recorrido, ainda que de forma sucinta, aprecia com clareza as questões essenciais ao julgamento da lide.

2. Demanda movida por consumidor postulando a restituição de parte do valor pago antecipadamente por pacote turístico internacional, em face da sua desistência decorrente do cancelamento de seu casamento vinte dias antes da viagem.

3. *Previsão contratual de perda total do valor antecipadamente pago na hipótese de desistência em período inferior a vinte e um dias da data do início da viagem.*

4. *Reconhecimento da abusividade da cláusula penal seja com fundamento no art. 413 do Código Civil de 2002, seja com fundamento no art. 51, II e IV, do CDC.*

5. Doutrina e jurisprudência acerca do tema.

6. *Recurso especial provido.*

(REsp 1.321.655/MG, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 22/10/2013, DJe 28/10/2013)

Merece ser destacado, nesse ponto, recente julgamento da Quarta Turma, cuja discussão, de certa maneira também, se assemelha com a que ora é tratada.

Refiro-me ao REsp n. 1.362.084/RJ, de minha relatoria, em que, por maioria, reconheceu-se a ilicitude (caráter abusivo) da cobrança integral da multa fidelidade, realizada por prestadora de serviço de TV a cabo, independentemente do cumprimento parcial do prazo de carência pelos consumidores.

Naquela oportunidade, ficou assentado que a cobrança integral da multa, sem computar o prazo de carência parcialmente cumprido pelo consumidor, coloca o fornecedor em vantagem exagerada, caracterizando conduta iníqua, incompatível com a equidade, consoante disposto no inciso IV e § 1º do art. 51 do Código Consumerista.

Confira-se a ementa do julgado:

Recurso especial. Ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público Estadual. Prestação de serviço de TV a cabo. Cláusula de fidelização. Cobrança integral da multa de fidelidade independentemente do cumprimento parcial do prazo de carência.

1. A cláusula de fidelização em contrato de serviços de telecomunicação (como o serviço de TV a cabo) revela-se lícita, tendo em vista os benefícios concedidos pelas operadoras aos assinantes que optam por tal pacto e a necessária estipulação de prazo mínimo para a recuperação do investimento realizado.

Precedentes.

2. A referida modalidade contratual tem previsão de cláusula penal (pagamento de multa) caso o consumidor opte pela rescisão antecipada e injustificada do contrato. Tem-se, assim, por escopo principal, o necessário ressarcimento dos investimentos financeiros realizados por uma das partes para a celebração ou execução do contrato (parágrafo único do artigo 473 do Código Civil). De outro lado, sobressai seu caráter coercitivo, objetivando constranger o devedor a cumprir o prazo estipulado no contrato e, conseqüentemente, viabilizar o retorno financeiro calculado com o pagamento das mensalidades a serem vertidas durante a continuidade da relação jurídica programada.

3. Nada obstante, em que pese ser elemento oriundo de convenção entre os contratantes, a fixação da cláusula penal não pode estar indistintamente ao alvedrio destes, já que o ordenamento jurídico prevê normas imperativas e cogentes, que possuem a finalidade de resguardar a parte mais fraca do contrato, como é o caso do artigo 412 do Código Civil (“O valor da cominação imposta na cláusula penal não pode exceder o da obrigação principal.”).

4. A citada preocupação reverbera, com maior intensidade, em se tratando de contrato de adesão, como o de prestação de serviços de telecomunicações, o que motivou a ANATEL a expedir a Resolução 632/2014, a fim de regular a forma de cálculo da multa a ser cobrada em caso de rescisão antecipada dos contratos com fidelização.

5. O referido regulamento entrou em vigor em 07 de julho de 2014 e, a partir de então, as prestadoras de serviço de TV a cabo (assim como as demais prestadoras de serviços de telecomunicações) são obrigadas a oferecer contratos de permanência aos consumidores - vinculados aos contratos de prestação de serviços com cláusula de fidelização - e a calcular a multa fidelidade proporcionalmente ao valor do benefício concedido e ao período restante para o decurso do prazo mínimo estipulado.

6. Contudo, mesmo antes da vigência do citado normativo, revelava-se abusiva a prática comercial adotada pela prestadora do serviço de TV a cabo, que, até 2011, cobrava a multa fidelidade integral dos consumidores, independentemente do tempo faltante para o término da relação de fidelização.

7. Isso porque a cobrança integral da multa, sem computar o prazo de carência parcialmente cumprido pelo consumidor, coloca o fornecedor em vantagem exagerada, caracterizando conduta iníqua, incompatível com a equidade, consoante disposto no § 1º e inciso IV do artigo 51 do código consumerista.

8. Nesse panorama, sobressai o direito básico do consumidor à proteção contra práticas e cláusulas abusivas, que consubstanciem prestações desproporcionais, cuja adequação deve ser realizada pelo Judiciário, a fim de garantir o equilíbrio contratual entre as partes, afastando-se o ônus excessivo e o enriquecimento sem causa porventura detectado (artigos 6º, incisos IV e V, e 51, § 2º, do CDC), providência concretizadora do princípio constitucional de defesa do consumidor, sem olvidar, contudo, o princípio da conservação dos contratos.

9. Assim, infere-se que o custo arcado pelo prestador do serviço é, efetivamente, recuperado a cada mês da manutenção do vínculo contratual com o tomador, não sendo razoável a cobrança da mesma multa àquele que incorre na quebra do pacto no início do prazo de carência e àquele que, no meio ou ao final, demonstra o seu desinteresse no serviço prestado.

10. Como é cediço no âmbito do direito consumerista, a alegação de boa-fé (culpa) do causador do dano não configura óbice à ampla reparação do consumidor, mas apenas afasta a sanção de repetição em dobro prevista no

parágrafo único do artigo 42 do CDC, nos termos da jurisprudência consagrada pelas Turmas de Direito Privado.

11. Em observado o prazo prescricional quinquenal da pretensão executiva individual, afigurar-se-á hígida a pretensão ressarcitória dos consumidores que, entre 2003 (cinco anos antes do ajuizamento da ação civil pública) e 2011 (período em que a operadora deixou de proceder à cobrança abusiva), foram obrigados a efetuar o pagamento integral da multa fidelidade, independentemente do prazo de carência cumprido.

12. Sopesando-se o valor da cláusula penal estipulada, a relevância da defesa do direito do consumidor e a capacidade econômica da recorrente, afigura-se razoável a redução das *astreintes* para R\$ 500,00 (quinhentos reais), a cada descumprimento da ordem exarada na tutela antecipada, o que deverá ser objeto de apuração em liquidação de sentença.

13. Por critério de simetria, a parte vencida na ação civil pública movida pelo Ministério Público não deve ser condenada ao pagamento de honorários advocatícios. Precedentes.

14. Recurso especial parcialmente provido apenas para reduzir a multa cominatória para R\$ 500,00 (quinhentos reais) por descumprimento comprovado da determinação judicial exarada em tutela antecipada e afastar a condenação da parte vencida ao pagamento de honorários advocatícios em favor do *parquet*.

(REsp 1.362.084/RJ, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 16/05/2017, DJe 01/08/2017)

5. Diante desse quadro, penso que, no caso sob exame, impende reconhecer a impossibilidade de manutenção das condições expressas no *item 8.3.1.6* do contrato de serviços, que prevê como penalidade para o consumidor desistente a *perda total* dos valores pagos.

8.3.1.6 - Cancelamento com menos de 48 horas, "no show", desistência total ou parcial dos serviços por iniciativa dos passageiros não dará direito a nenhuma devolução.

É evidente que o cancelamento com prazo tão exíguo à execução do contrato causa transtornos à operadora. Mas é bem verdade que, ainda assim, poderá ser acionado outro pretendente para ocupar o lugar do desistente, e, ademais, as operadoras de turismo têm condições de cancelamento privilegiadas com as companhias aéreas e hotéis.

Ainda, não fossem esses argumentos suficientes para o afastamento da cláusula referida, parece claro que o não cumprimento da avença pelo consumidor, nos casos de contratos como o da espécie, é perfeitamente previsível

e, portanto e, por óbvio, considerado no cálculo dos preços daquele serviço, consistindo em risco do negócio, cuja transferência total ao consumidor é providência inconcebível.

Noutro giro, resta verificar a procedência da alegação de abusividade quanto às demais cláusulas objeto de discussão, que prevêm multa de 25% (vinte e cinco por cento) e 50% (cinquenta por cento) ao consumidor que cancela a prestação do serviço contratado.

No que respeita à verificação da razoabilidade dos valores operados a título de cláusula penal e a operacionalização de sua redução, quando necessário, confira-se o teor do Enunciado 359 do CJF:

Enunciado 359

A redação do art. 413 do Código Civil não impõe que a redução da penalidade seja proporcionalmente idêntica ao percentual adimplido.

Comentando o disposto acima, Flávio Tartuce ensina:

Segundo o seu proponente, Jorge Cesa Ferreira da Silva:

“A pena deve ser reduzida equitativamente. Muito embora a ‘proporcionalidade’ faça parte do juízo de equidade, ela não foi referida no texto e tal circunstância não é isenta de conteúdo normativo. Ocorre que o juízo de equidade é mais amplo do que o juízo de proporcionalidade, entendida esta como ‘proporcionalidade direta’ ou ‘matemática’. Assim, por exemplo, se ocorreu adimplemento de metade do devido, isso não quer dizer que a pena prevista deve ser reduzida em 50%. Serão as circunstâncias do caso que determinarão. Entrarão em questão os interesses do credor, não só patrimoniais, na prestação, o grau de culpa do devedor, a situação econômica deste, a importância do montante prestado, entre outros elementos de cunho valorativo.”

Filia-se ao teor do enunciado doutrinário, pois o que fundamenta o art. 413 do CC é realmente a razoabilidade e não a estrita proporcionalidade matemática.

(TARTUCE, Flávio. *Manual de direito civil: volume único*. 3. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, p. 417)

No caso, parece claro que “...entre outros elementos de cunho valorativo” está a relação de consumo estampada pelo pacto objeto deste debate, a denunciar a existência de partes contratantes em desigualdade de forças.

Nesse passo, tenho que não prospera o fundamento posto na sentença e acórdão no sentido de que a cláusula penal, nos termos em que fixada, não pode ser afastada, por não se saber ao certo o valor do prejuízo experimentado pela

agência de turismo e que em alguns casos os prejuízos podem ser integrais. Isto porque, a concluir nessa linha, conforme dito alhures, estar-se-ia transferindo ao consumidor, de forma absurda, todo risco do negócio, situação que dispensa juízo profundo para concluir-se por equivocado.

Deveras, não demanda empenho a conclusão de que, mantida a cláusula penal compensatória, nos moldes originalmente previstos, a situação que se preserva é flagrantemente abusiva e configura verdadeiro enriquecimento sem causa da agência de turismo.

A pré-fixação de perdas e danos em percentual de 100% (cem por cento), por razões óbvias, não estimula as empresas de turismo a disponibilizar o serviço que comercializam a outros eventuais interessados (liberar a companhia aérea e o hotel, por exemplo, da reserva realizada), ou a definir uma política compensatória com os demais parceiros comerciais com o escopo de atenuar ou até mesmo responder por eventuais custos administrativos advindos da desistência do consumidor.

Mantendo-se a perda total das quantias pagas, basta a inércia da agência de turismo para que ela mantenha a equação econômico-financeira original do contrato e isso sem que tenha de oferecer sua contraprestação. Note-se o desequilíbrio: a agência, de um lado, mantém o lucro da operação sem que tenha de cumprir a sua prestação, e o consumidor, de outro lado, remunera o serviço que não é por ele fruído.

6. Anoto, ademais, que o percentual pleiteado pela recorrente encontra amparo na Deliberação Normativa n. 161/1985, editada pela Diretoria da Instituto Brasileiro de Turismo – EMBRATUR, em consideração à necessidade de regular o relacionamento comercial entre as agências de turismo e seus usuários, nas operações de viagens e excursões turísticas.

Dessarte, a Deliberação n. 161 tratou de regulamentar minuciosamente as relações entre usuário e agências e dedicou capítulo específico de sua redação às condições e procedimentos de cancelamento do serviço por iniciativa tanto da empresa, quanto do consumidor viajante.

Confira-se abaixo o item 8 da normatização, no ponto que de perto nos interessa:

Condições Gerais (Modelo de uso obrigatório, para todas as agências de turismo que operem ou vendam excursões)

8 - *Procedimentos decorrentes do cancelamento, parcial ou total, do contrato ou acordo para a realização de viagem ou excursão (excluídos os casos fortuitos e de força maior admitidos na legislação)*

8.1 - *Antes do início do programa:*

8.1.2 - *Por iniciativa do usuário:*

a) o usuário devera providenciar, em tempo hábil, sua substituição por outro participante, nas mesmas condições contratadas e, no caso de não haver contratado apartamento individual, de igual sexo; ou

b) acordar com a agência sua participação em outro programa, de qualquer tipo de entendimento que satisfaça ambas as partes; ou

c) *não sendo viável a aplicação das hipóteses anteriores, perda, em favor da agência, dos seguintes percentuais sobre o preço da excursão excetuada a parte aérea:*

c.1 - 10% - cancelamento a mais de 30 dias antes do início da excursão;

c.2 - 20% - cancelamento entre 30 e 21 dias antes do início da excursão;

- percentuais superiores aos acima referidos, desde que correspondentes a gastos efetivamente comprovados pela agência perante a EMBRATUR, efetuados em decorrência da desistência do usuário - cancelamento a menos de 21 dias antes do início da excursão.

(http://www.embratur.gov.br/piembratur-new/opencms/galerias/1843_1611985.pdf)

Com efeito, o que se extrai da regulamentação posta pelo Instituto Brasileiro de Turismo é que percentuais sobre o preço da excursão, perdidos em favor da agência pelo contratante, superiores aos 20%, não podem ser arbitrariamente inseridos no contrato de adesão, tendo em vista a condicionante imposta pelo órgão regulador, consistente na comprovação dos prejuízos a serem ressarcidos, sob pena de a multa aplicada significar a assunção do risco do negócio pelo usuário.

Nessa linha, percebe-se que importantes empresas do ramo de serviços turísticos ajustaram seus contratos à realidade ditada a partir do reconhecimento e consolidação dos direitos do consumidor.

A título de exemplo, refiro a empresa CVC Viagens - lembrada, por força de permanente propaganda em veículos de comunicação, quando o assunto em pauta é a contratação de pacotes turísticos. Analisando o contrato disponibilizado pela empresa em sua página da *internet*, obtém-se as seguintes informações acerca de sua política de cancelamentos:

4.2.3. Caso o **contratante** opte pela Rescisão do contrato, haverá a aplicação das penalidades a seguir a título de multa:

8 (oito) dias ou mais de antecedência da data do início da viagem = 10% (dez por cento)

de 1 (um) a 7 (sete) dias de antecedência da data do início da viagem = 20% (vinte por cento)

4.2.4. Aplicando-se a cláusula 4.2.5., caso ocorra o Não Comparecimento, o **contratante** poderá a sua escolha optar (a) pela remarcação de datas/destinos/características dos serviços turísticos contratados ou (b) pelo reembolso.

4.2.5. Havendo o Não Comparecimento, serão aplicadas as seguintes penalidades:

Se o **contratante** optar pela remarcação dos serviços turísticos prevista na cláusula 4.2.4 (a) acima = 20% (vinte por cento);

Se o **contratante** optar pelo reembolso previsto na cláusula 4.2.4 (b) acima = 30% (trinta por cento).

4.2.6. Existindo reembolso, conforme as hipóteses acima, as penalidades serão abatidas do montante a ser reembolsado.

(Fonte: <http://www.cvc.com.br/area-do-cliente/condicoes-gerais/index.aspx>)

Ressalte-se, como reforço de argumentação, normatização emanada da Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça, *Portaria n. 3, de 15 de março de 2001*, que acrescentou ao elenco de cláusulas abusivas relativas ao fornecimento de produtos e serviços, constantes do art. 51 da Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990, levando-se em conta que decisões judiciais, decisões administrativas de diversos PROCONs, e entendimento do Ministério Público já as pacificam como abusivas as cláusulas a seguir enumeradas:

3. imponha a perda de parte significativa das prestações já quitadas em situações de venda a crédito, em caso de desistência por justa causa ou impossibilidade de cumprimento da obrigação pelo consumidor;

A norma reproduzida veio se juntar a outras já editadas pela mesma Secretaria de Direito Econômico, para reiterar a intenção de normas já existentes, publicadas por meio da Portaria n. 4, de 13 de março de 1998. Confira-se o teor da cláusula considerada abusiva pela Portaria n. 4:

5. estabeleçam a perda total ou desproporcionada das prestações pagas pelo consumidor, em benefício do credor, que, em razão de desistência ou inadimplemento, pleitear a rescisão ou resolução do contrato, ressalvada a cobrança judicial de perdas e danos comprovadamente sofridos;

6. estabeleçam sanções, em caso de atraso ou descumprimento da obrigação, somente em desfavor do consumidor;

7. No caso ora em julgamento, por qualquer ângulo, penso ser imperioso o reconhecimento da abusividade da cláusula penal que fixa percentuais de multa que ultrapassem 20% (vinte por cento) do valor pago pelo serviço contratado, com o escopo de evitar o desequilíbrio da relação obrigacional, em que o devedor suporta unilateralmente os riscos de descumprimento contratual, transferindo-se à parte hipossuficiente os riscos negociais, conferindo vantagens excessivas a uma das partes e certo de que as cláusulas contratuais em uma relação de consumo não podem violar a igualdade substancial preconizada constitucionalmente.

De outra parte, examinando as manifestações apresentadas pelos interessados, sumamente reproduzidas acima, percebe-se que não houve, por parte destas empresas do setor, a indispensável comprovação das alegações apresentadas, objetivo maior da convocação realizada pela Quarta Turma.

Destarte, tanto CLIA *Abremer Brasil*, quanto SINDETUR/SP e ABAV *Nacional* se limitaram a apresentar suas alegações, sem, no entanto, juntar aos autos qualquer documento que fundamentasse o que afirmaram, nem sequer apontaram um instrumento normativo capaz de confirmar suas assertivas.

Cumpre salientar, uma vez mais, que a alegação no sentido de que as empresas de turismo apenas prestam o serviço de intermediação entre o consumidor e as empresas que, de fato, realizam o objeto do contrato de pacote turístico, não é, a meu ver, capaz de, por si só, fundamentar as multas cobradas pela desistência da compra do “pacote”.

É que, na verdade, esse fato apenas corrobora a constatação de que as empresas de turismo, com a cobrança das penalidades, transferem aos consumidores todo os ônus do serviço que prestam, providência veementemente condenada pelo Código do Consumidor. A forma como argumentam faz parecer que estariam prestando um favor aos consumidores com a intermediação proclamada e não sendo remuneradas por isso.

É bem de ver que, tendo em vista a indiscutível complexidade do mercado, marcado pela multiplicidade de atividades que compõem o serviço oferecido por empresas como a ora recorrida, considerou-se prudente a oitiva dos sujeitos envolvidos, direta ou indiretamente, para que desvendassem as nuances da prestação desse serviço, colaboração que, de fato, não ocorreu. As petições não passaram, a meu ver, de expressa irresignação aos pedidos da recorrente, *sem*

qualquer tentativa de objetivação de suas alegações, ou de explicação técnica quanto às operações realizadas no dia a dia das empresas.

Em parecer ofertado às fls. 534-544, após a juntada das petições referidas, o Ministério Público Federal opinou pelo provimento do recurso especial.

De fato, reconheceu, entre os exemplos de cláusulas reputadas como abusivas, que o CDC estabelece que será nula, de acordo com art. 51, a cláusula contratual que: (I) subtrair ao consumidor a opção de reembolso da quantia já paga; (II) estabelecer obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou que sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade.

Ponderou, no que se refere à abusividade da cláusula que veda o reembolso, que o fundamento da previsão é a máxima de *vedação do enriquecimento sem causa*, retirada do atual Código Civil (arts. 884 a 886) e que o § 1º do art. 51 prevê alguns parâmetros exemplificativos a respeito do conteúdo de uma cláusula tida como exagerada, a colocar o consumidor em posição em desvantagem, presumindo-se como tal, entre outros casos, a disposição que:

- a) ofende os princípios fundamentais do sistema jurídico a que pertence;
- b) restringe direitos ou obrigações fundamentais inerentes à natureza do contrato, de tal modo a ameaçar seu objeto ou equilíbrio contratual;
- c) se mostra excessivamente onerosa para o consumidor, considerando-se a natureza e conteúdo do contrato, o interesse das partes e outras circunstâncias peculiares ao caso.

Acrescentou, que, entre os serviços prestados pela recorrida, conforme disposição estatutária, está o transporte de pessoas e que referido contrato é regulamentado no Código Civil, em seus arts. 734 a 742, não excluindo, essa constatação, a aplicação do Código de Defesa do Consumidor, tendo em vista que, de acordo com a teoria do diálogo das fontes, as normas jurídicas não se excluem – supostamente porque pertencentes a ramos jurídicos distintos –, mas se complementam. Aduziu, nesse ponto:

Nessa diretriz, dispõe o artigo 740 do Código Civil que o passageiro tem direito a rescindir o contrato de transporte antes de iniciada a viagem, sendo-lhe devida a restituição do valor da passagem, desde que feita a comunicação ao transportador em tempo de ser renegociada. Ato contínuo, estabelece parágrafo terceiro do supracitado dispositivo que o *transportador terá direito de reter até cinco por cento da importância a ser restituída ao passageiro, a título de multa compensatória.*

Conclui, nessa linha, que, diante da imposição genérica de *justiça contratual* prevista no Código Civil e da *vedação às cláusulas abusivas* no âmbito das relações de consumo, o valor da multa contratual estabelecido em, no mínimo, $\frac{1}{4}$ (um quarto) sobre o montante pago pelo pacote de turismo é flagrantemente abusivo.

Sustentou o *Parquet* que:

1) seja limitada a multa compensatória nos contratos de viagem firmados pela recorrente, consubstanciados tão somente na venda de bilhetes, ao disposto no artigo 740, § 3º do Código Civil, referente ao *percentual de 5% sobre o valor do bilhete comercializado*;

2) a limitação da cláusula penal nos contratos de pacote de turismo ao montante de *20% sobre o valor do contrato*.

8. Cabe salientar, como reforço de argumentação, que a Terceira Turma deste Sodalício, em julgamento ocorrido em agosto de 2018, decidiu, no rumo das ideias expostas no voto proferido por este relator, que a cobrança da multa penitencial, tal qual a prevista no recurso sob análise, aliás, em caso de veras semelhante, deveria ter como patamar máximo 20% (vinte por cento) dos valores pagos pelo pacote turístico *desistido*, quando do exercício da desistência, com a possibilidade da cobrança de valores superiores, quando existente prova de efetivos gastos irrecuperáveis.

Destarte, no voto proferido pela ilustre Ministra Nancy Andrighi, acompanhado pelos demais membros da Terceira Turma, reconheceu-se como um dos princípios regentes do direito contratual o *princípio da obrigatoriedade*, segundo o qual, uma vez celebrado, o contrato deve ser cumprido nos exatos termos definidos pelo exercício da vontade livre dos contratantes.

No entanto, com a mesma importância, estabeleceu-se, no rumo do que diz a doutrina, que tanto “a rescindibilidade pelo arrependimento, são próprios dos contratos” e que “nenhum contrato pode ser considerado irrevocável”.

Seguindo por esse raciocínio, o voto condutor pontuou a possibilidade de *mitigação* dos princípios da força obrigatória e da intangibilidade dos contratos, pela lei ou pelo próprio exercício da autonomia da vontade dos contratantes, tendo em vista o **direito de rescisão**, *que como regra, não é gratuita, atribui-se-lhe uma contraprestação, “um preço ao exercício desse direito de arrependimento, correspondente à previsão de uma compensação pecuniária”*.

Nessa linha, o julgamento aqui comentado concluiu, conforme penso, aliás, que o valor correspondente ao exercício do direito à rescisão unilateral do contrato fica sim submetido à autonomia da vontade dos contratantes, *mas o exercício dessa liberdade contratual não é ilimitado, estando balizado pela boa-fé objetiva e a função social do contrato a ser resiliado.*

Confira-se trecho elucidativo do voto, a merecer transcrição:

Esses limites da boa-fé objetiva e da função social do contrato são disciplinados de modo expresso no art. 473, parágrafo único, do CC/02, o qual versa sobre o direito de rescisão unilateral decorrente de expressa ou implícita permissão legal, relacionado, via de regra, aos contratos de execução continuada firmados por tempo indeterminado.

(...)

Tendo esses aspectos em vista, os prejuízos a serem considerados para a fixação do referido prazo mínimo para exercício temporâneo da rescisão unilateral são apenas *aqueles que excedam a normalidade da natureza do negócio estabelecido, de modo algum alcançando o lucro esperado pelo contratante ou mesmo o risco inerente a qualquer negócio jurídico.*

Com efeito, o ordenamento não tutela as concretas expectativas de lucro que cada operador coloca na troca contratual, pois:

[...] a simples constatação de que a operação da qual o contraente esperava lucros lhe causou, ao invés, perdas, não basta certamente, de *per si*, para suscitar uma reação do direito em sua tutela, visto que se orienta pelo princípio de que um certo grau de risco é indissociável de qualquer contrato, como de qualquer iniciativa econômica, e que todo contraente o deve assumir. Assegurando o respeito pelas regras do jogo de mercado, o ordenamento garante, sobretudo aos operadores, a abstracta possibilidade do lucro; garante, genericamente, as premissas e as condições formais de obtenção do mesmo. (ROPPO, Enzo. O contrato. Coimbra: Almedina, 2009, p. 225, sem destaque no original)

Ademais, “os investimentos, para servirem de causa à eficácia do parágrafo único do art. 473, CC, devem ser irrecuperáveis, já que a possibilidade de reversão de seu uso para outra atividade, ou o fato da parte possuir outros parceiros comerciais cuja atividade possa ser desenvolvida em função dos investimentos realizados, ou, ainda, sua fácil alienação e conversão em dinheiro, não permitiram a extensão do vínculo contratual” (BONINI, Paulo Rogério. Rescisão contratual: relações civis-empresariais: interpretação do art. 473, parágrafo único, CC: consequências do exercício da rescisão unilateral: indenização x prolongamento do contrato. Escola Paulista da Magistratura (EPM). Cadernos Jurídicos, São Paulo, v. 16, n. 39, p. 191-199, jan./mar. 2015, sem destaque no original).

O parágrafo único do art. 473 do CC/02 oferece, portanto, subsídios para a definição analógica, por meio da aplicação da boa-fé objetiva e da função social do contrato, dos limites ao exercício da autonomia da vontade dos contratantes de preverem a multa penitencial para a previsão contratual de rescisão unilateral.

Esses limites devem, assim, corresponder: a) aos investimentos irrecuperáveis – assim entendidos aqueles que não possam ser reavidos pela cessão do objeto do contrato a terceiros – realizados pelo contratante inocente; b) aos prejuízos extraordinários, que não alcançam a expectativa de lucro e não envolvem a assunção dos riscos do negócio pelo contratante desistente, pois perdas financeiras fazem parte da própria álea negocial; e c) ao prazo do exercício do direito potestativo – que deve ser hábil à recuperação dos citados valores pelo contratante subsistente.

A preclara julgadora ressaltou, ademais, a possibilidade, dita inclusive pela jurisprudência desta Corte, de *redução equitativa da multa contratual, quando seu valor for manifestamente excessivo*, “com vistas a reestabelecer o equilíbrio contratual entre as partes, evitando-se o enriquecimento sem causa do credor da quantia”, dada a aplicação “por analogia, o disposto no art. 413 do Código Civil, que determina ao juiz, à luz dos princípios da função social do contrato, da boa-fé objetiva e da dignidade da pessoa humana, a redução da penalidade nitidamente abusiva (REsp n. 1.669.002/RJ, Terceira Turma, DJe 02/10/2017)”.

Por fim, destacou aquele colegiado a possibilidade de verificação da iniquidade das cláusulas contratuais questionadas, de imediato, no âmbito coletivo, devendo apenas a delimitação dos valores correspondentes a cada situação específica, no entanto, ser realizada nas ações individuais de cumprimento da sentença coletiva genérica.

Assim sendo, a Terceira Turma, no julgamento referido, de forma acertada, a meu ver, reconheceu a abusividade da citada multa penitencial, restabelecendo o equilíbrio contratual, por meio da fixação de patamares mais adequados à boa-fé objetiva e à função social do contrato em questão.

Confira-se a ementa do acórdão:

Recurso especial. Ação coletiva de consumo. Contrato. Turismo. Rescisão unilateral. Previsão expressa. Multa penitencial. Valor. Parâmetros. Arts. 413 e 473, parágrafo único, do CC/02. Aplicação analógica. Equilíbrio contratual. Restauração. Arts. 6º V, 39, V, 51, IV e XV, do CDC. Abusividade. Reconhecimento.

1. Cuida-se de ação coletiva de consumo por meio da qual se questiona a abusividade de cláusula contratual que impõe aos consumidores a cobrança de multa de 25 a 100% nos casos de cancelamento da viagem, pacote ou do serviço turístico contratado.

2. Recurso especial interposto em: 12/09/2014. Conclusos ao gabinete em: 25/08/2016. Aplicação do CPC/73.

3. O propósito recursal é determinar se a multa penitencial, relativa ao exercício do direito de rescisão unilateral previsto contratualmente em favor do consumidor, pode ser revista por aplicação das normas do CDC e se seu valor, fixado entre 25% a 100% do valor contratado, é abusivo.

4. Segundo o princípio da obrigatoriedade ou da força obrigatória dos contratos, o contrato deve ser cumprido nos exatos termos definidos pelo exercício da vontade livre dos contratantes, razão pela qual, pela regra da intangibilidade, não se permite a revogação unilateral ou a alteração das cláusulas contratuais, o que somente pode ocorrer mediante novo concurso de vontades.

5. No entanto, os contratantes podem, no exercício da autonomia da vontade, prever expressamente o direito à rescisão unilateral, ou arrependimento, o qual constitui direito potestativo - um poder a ser exercido por qualquer dos contratantes independentemente do consentimento da outra parte - que não acarreta o descumprimento do contrato.

6. Como contraprestação ao exercício do direito de rescisão, as partes estipulam, em regra, uma multa penitencial, a qual confere ao devedor o direito de optar entre cumprir a obrigação assumida ou desvincular-se dela, mediante o pagamento do valor da multa pactuada.

7. O valor correspondente ao exercício do direito à rescisão unilateral do contrato fica submetido à autonomia da vontade dos contratantes, mas o exercício dessa liberdade contratual não é ilimitado, pois balizado pela boa-fé objetiva e a função social do contrato a ser resiliado. 8. Os limites ao exercício da autonomia da vontade dos contratantes podem ser inferidos, por analogia, do parágrafo único do art. 473 do CC/02, ficando o valor da multa penitencial vinculado a: a) os investimentos irrecuperáveis - assim entendidos aqueles que não possam ser reavidos pela cessão do objeto do contrato a terceiros - realizados pelo contratante inocente; b) os prejuízos extraordinários, que não alcançam a expectativa de lucro e não envolvem a assunção dos riscos do negócio pelo contratante desistente, pois perdas financeiras fazem parte da própria álea negocial; e c) o prazo do exercício do direito potestativo - que deve ser hábil à recuperação dos citados valores pelo contratante subsistente.

8. O valor da multa contratual pode ser revisto em juízo, com vistas a reestabelecer o equilíbrio contratual entre as partes, evitando-se o enriquecimento sem causa do credor da quantia, por aplicação analógica do art. 413 do CC/02. Precedentes.

9. Além da proteção do CC/02, é direito básico do consumidor a proteção contra práticas e cláusulas abusivas, que consubstanciem prestações desproporcionais, cuja adequação deve ser realizada pelo Judiciário, a fim de evitar a lesão, o abuso do direito, as iniquidades e o lucro arbitrário.

10. Na hipótese em exame, o valor da multa penitencial, de 25 a 100% do montante contratado, transfere ao consumidor os riscos da atividade empresarial desenvolvida pelo fornecedor e se mostra excessivamente onerosa para a parte menos favorecida, prejudicando o equilíbrio contratual.

11. É equitativo reduzir o valor da multa aos patamares previstos na Deliberação Normativa n. 161 de 09/08/1985 da EMBRATUR, que fixa o limite de 20% do valor do contrato às desistências, condicionando a cobrança de valores superiores à efetiva prova de gastos irrecuperáveis pela agência de turismo.

12. Na hipótese em tela, o contrato estabelece o início da cobrança da multa penitencial no 29º dia anterior ao início da viagem, devendo, assim, ser reduzido a 20% o percentual máximo de referida multa pelo exercício da desistência a partir do referido marco temporal, com o condicionamento da cobrança de valores superiores à prova de efetivos gastos irrecuperáveis.

13. Recurso especial parcialmente provido.

(REsp 1.580.278/SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 21/08/2018, DJe 03/09/2018)

9. Ante todo o exposto, dou parcial provimento ao recurso especial para fixar em 20% (vinte por cento) o percentual máximo a ser estabelecido em cláusula penal nos contratos de prestação de serviços de turismo oferecidos pela recorrida, sob pena de multa devida ao consumidor, equivalente ao dobro do que for cobrado indevidamente. Ônus de sucumbência pela requerida, e, levando-se em consideração os parâmetros previstos nos §§ 3º e 4º do art. 20 do CPC, fixo os honorários advocatícios em R\$ 10.000,00 (dez mil reais).

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.647.452-RO (2017/0004605-8)

Relator: Ministro Luis Felipe Salomão

Recorrente: Banco do Brasil SA

Advogados: Servio Tulio de Barcelos - RO006673

Jose Arnaldo Janssen Nogueira - RO006676

Recorrido: Maycon Jhonatan Sales Vieira

Advogados: Dilney Eduardo B Alves - RO000301B

Eurianne de Souza Passos Barrionuevo Alves - RO003894

EMENTA

Recurso especial. Responsabilidade civil objetiva. Limite de tempo de espera em fila de banco estabelecido por lei local. Relação de consumo. Obrigação de indenizar. Exurgimento. Constatação de dano. Necessidade. Sentido vulgar e sentido jurídico. Confusão. Descabimento. Fato *contra legem* ou *contra jus*. Circunstâncias não decisivas. Uso do instituto da responsabilidade civil com o fito de punição e/ou melhoria do serviço. Ilegalidade. Dano moral. Lesão a direito da personalidade. Imprescindibilidade. Aborrecimento, contratempo e mágoa. Consequência, e não causa. Implantação da política nacional das relações de consumo. Ação governamental.

1. Os arts. 186 e 927 do CC estabelecem que aquele que, por ação ou omissão, causar efetivamente dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, ficará obrigado a repará-lo. Para caracterização da obrigação de indenizar o consumidor não é decisiva a questão da ilicitude da conduta ou de o serviço prestado ser ou não de qualidade, mas sim a constatação efetiva do dano a bem jurídico tutelado, não sendo suficiente tão somente a prática de um fato *contra legem* ou *contra jus* ou que contrarie o padrão jurídico das condutas.

2. Como bem adverte a doutrina especializada, constitui equívoco tomar o dano moral em seu sentido natural, e não no jurídico, associando-o a qualquer prejuízo economicamente incalculável, como figura receptora de todos os anseios, dotada de uma vastidão tecnicamente insustentável, e mais comumente correlacionando-o à dor, ao sofrimento e à frustração. Essas circunstâncias não correspondem ao seu sentido jurídico, a par de essa configuração ter o nefasto efeito de torná-lo sujeito a amplo subjetivismo do magistrado.

3. Com efeito, não é adequado ao sentido técnico-jurídico de dano a sua associação a qualquer prejuízo economicamente incalculável, como caráter de mera punição, ou com o fito de imposição de melhoria de qualidade do serviço oferecido pelo suposto ofensor, visto que o art. 944 do CC proclama que a indenização mede-se pela extensão do dano efetivamente verificado.

4. O art. 12 do CC estabelece que se pode reclamar perdas e danos por ameaça ou lesão a direito da personalidade, sem prejuízo de

outras sanções previstas em lei. Dessarte, o direito à reparação de dano moral exsurge de condutas que ofendam direitos da personalidade, bens tutelados que não têm, *per se*, conteúdo patrimonial, mas extrema relevância conferida pelo ordenamento jurídico.

5. A espera em fila de banco, supermercado, farmácia, e em repartições públicas, dentre outros setores, em regra, é mero desconforto que não tem o condão de afetar direito da personalidade, isto é, interferir intensamente no equilíbrio psicológico do consumidor do serviço (saúde mental).

6. O art. 4º, II, do CDC estabelece que a Política Nacional das Relações de Consumo implica ação governamental para proteção ao consumidor, sendo que, presumivelmente, as normas municipais que estabelecem tempo máximo de espera em fila têm efeito de coerção, prevendo a respectiva sanção (multa), que caberá ser aplicada pelo órgão de proteção ao consumidor competente, à luz de critérios do regime jurídico de Direito Administrativo.

7. Recurso especial parcialmente provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, os Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça acordam, por unanimidade, dar parcial provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Raul Araújo, Maria Isabel Gallotti, Antonio Carlos Ferreira (Presidente) e Marco Buzzi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 26 de fevereiro de 2019 (data do julgamento).

Ministro Luis Felipe Salomão, Relator

DJe 28.3.2019

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Luis Felipe Salomão: 1. Maycon Jhonatan Sales Vieira ajuizou ação em face de Banco do Brasil S.A., afirmando que é advogado e que, em 12/3/2015, teve que abandonar seus afazeres para recadastrar seu celular na

agência bancária do réu a fim de poder realizar movimentações financeiras em sua conta. Assevera que chegou às 12h20, mas só veio a ser atendido às 14h32, após 2 horas e 12 minutos de espera.

Argumenta que a Lei Municipal de Ji-Paraná n. 1.493/2006 e a Lei Estadual de Rondônia n. 1.399/2014 estabelecem o prazo máximo de 30 minutos para atendimento e que, mesmo com as condenações, o demandado não tem melhorado a qualidade do seu atendimento, deixando de abrir mais agências, pois as condenações estão baixas.

Requer compensação por danos morais no valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais).

O Juízo da 2ª Vara Cível da Comarca de Ji-Paraná julgou improcedente o pedido formulado na inicial.

Interpôs o autor apelação para o Tribunal de Justiça de Rondônia, que deu provimento ao recurso e fixou a indenização de R\$ 1.000,00 por dano moral.

A decisão tem a seguinte ementa:

Fila de banco. Tempo de espera. Excesso. Lei municipal.

Dano moral.

A espera por atendimento em fila de banco, quando ultrapassa o período de duas horas, é reconhecida faticamente como provocadora de sofrimento moral e enseja condenação por dano moral, cuja indenização será fixada consoante os critérios da razoabilidade e proporcionalidade.

Sobreveio recurso especial da ré, com fundamento no art. 105, inciso III, alínea *a*, da Constituição Federal, sustentando violação aos arts. 186, 188 e 927 do CC e 6º do CDC.

Afirma o recorrente ser instituição financeira séria, idônea, com nome e marca diretamente ligados à história do país, agindo nos estritos limites da normatização pertinente às suas atividades.

Pondera que sua conduta pauta-se no exercício regular de um direito reconhecido e que não houve nenhum dano moral ocasionado ao recorrido, pois não há ofensa a uma norma preexistente, erro de conduta, dano ou nexo de causalidade.

Assinala que, mesmo que o autor da ação tivesse aguardado atendimento na fila pelo tempo que afirma, isso jamais seria suscetível de ocasionar dano moral.

Obtempera que não há falar em inversão do ônus da prova, pois o recorrente poderia ter produzido prova do atraso no atendimento, e que o suposto fato de ter permanecido na fila de banco aguardando atendimento não passa de aborrecimento, constituindo mera irregularidade administrativa.

Acena que se trata da “nascente indústria das indenizações por danos morais”, com finalidade de enriquecimento sem causa, pois mero dissabor não ocasiona dano moral. Além disso, não houve desdobraimento capaz lesar a dignidade da pessoa humana, e o simples descumprimento de dever legal ou contratual, por caracterizar mero aborrecimento, em princípio, não configura dano moral.

Alega que a fixação de tempo máximo é de difícil execução pelos bancos, pois não se pode antever o dia em que clientes apresentarão inúmeros documentos para depósito ou pagarão conta se valendo de moedas, sendo que até mesmo um cliente solitário e carente de atenção pode demandar mais tempo de atendimento que o usual.

Assevera que a regulamentação imposta pelo Estado e por entidades de defesa do consumidor nem sequer é isonômica, pois dirige-se discriminatoriamente apenas às atividades bancárias, excluindo-se de regramento similar às atividades de supermercados, concessionárias de serviços públicos, cartórios judiciais, aeroportos, casas de espetáculos, postos de saúde, hospitais.

Sustenta que o *quantum* indenizatório - que aponta ter sido arbitrado em R\$ 25.000,00 - é excessivo.

Não houve oferecimento de contrarrazões.

O recurso especial foi admitido.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Luis Felipe Salomão (Relator): 2. Anoto, inicialmente, que não consta nas decisões proferidas pelas instâncias ordinárias que tenha havido inversão do ônus da prova.

Está expresso na sentença que houve juntada de senha de atendimento para demonstração do tempo de espera e impugnação a esse documento.

Outrossim, embora um dos Desembargadores da Corte local tenha mesmo arbitrado a reparação por danos morais no montante de R\$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais), é bem de ver que, quanto ao ponto, prevaleceu o arbitramento em R\$ 1.000,00 (mil reais).

Com efeito, são incompreensíveis essas teses recursais, circunstância que atrai a incidência da Súmula n. 284/STF.

3. No entanto, ressalvada a competência privativa da União para legislar sobre direito civil (responsabilidade civil), consoante precedentes do STF, os municípios têm competência para legislar sobre tema de direito do consumidor relacionado ao tempo máximo de espera em fila, razão pela qual é inadequada a presente via para impugnação de dispositivo de lei local que, segundo o recorrente, confere tratamento discriminatório contra suas atividades bancárias, excluindo-se todas as demais atividades albergadas pelo CDC da mesma obrigação.

Note-se:

Agravo regimental em recurso extraordinário. Competência de município para legislar sobre atividade bancária. Interesse local. Possibilidade. 1. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao apreciar o RE 610.221, da relatoria da ministra Ellen Gracie, reconheceu a repercussão geral da controvérsia sobre a competência dos Municípios para legislar sobre o tempo máximo de espera de clientes em filas de instituições bancárias. Na oportunidade, esta nossa Casa de Justiça reafirmou a jurisprudência, no sentido de que os Municípios possuem competência para legislar sobre assuntos de interesse local, tais como medidas que propiciem segurança, conforto e rapidez aos usuários de serviços bancários. 2. Agravo regimental desprovido. (RE 254.172 AgR, Relator(a): Min. Ayres Britto, Segunda Turma, julgado em 17/05/2011, DJe-183 divulg 22/09/2011 public 23/09/2011 Ement vol-02593-01 pp-00063)

4. A principal e única questão controvertida a ser dirimida no presente recurso consiste em saber se a demora em fila para atendimento bancário tem o condão de lesar interesse existencial juridicamente tutelado a ensejar reparação por dano moral.

Para melhor compreensão da controvérsia, a sentença anotou:

Dispões o artigo 186 do Código Civil, sobre o pedido de indenização por danos morais, que “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

O contido no citado dispositivo leva-nos a conclusão de que não basta praticar um ato ilícito para decorrer imediatamente a consequência do dever de indenizar. Com efeito, deve ficar devidamente comprovado a existência e extensão de um dano, para se sustentar a pretensão condenatória.

Um pleito indenizatório, quando de sua apreciação, está sujeito a verificação dos elementos necessários à constituição do dever de indenizar, quais sejam, a ação ou omissão, o resultado e o nexo causal, a fim de se comprovar a ocorrência de um ato ilícito, posto que se cuida de responsabilidade objetiva a presente ação.

Destarte, para fazer jus à indenização por danos morais, deve o requerente supostamente lesado comprovar que a ofensa moral atingiu sua auto-estima, sua dignidade e sua integridade pessoal pois, nos termos do artigo 333, I, Código de Processo Civil, incumbe ao autor o ônus da prova constitutiva de seu direito, que é regra de julgamento.

Assim, analisando as provas juntadas aos autos, denota-se que o requerente não sofreu ofensa moral que tenha abalado a sua auto-estima, dignidade ou integridade pessoal, pois, nos termos do artigo 333, I, do Código de Processo Civil, incumbe ao autor o ônus da prova constitutiva de seu direito, que é regra de julgamento.

Assim, analisando as provas juntadas aos autos, denota-se que o requerente não sofreu ofensa moral que tenha abalado a sua auto-estima, dignidade ou integridade pessoal, tratando-se as consequências dos fatos expostos mero dissabor, pois não atendido pelo requerido de pronto, uma vez que haviam pessoa em sua frente que, de igual forma, aguardavam o atendimento.

O fato de o consumidor aguardarem fila de instituição bancárias por período superior ao previsto em lei municipal ou estadual, por si só, não acarreta dano moral.

O acórdão recorrido, por seu turno, dispôs:

Em suas razões, narra ter permanecido por duas horas e doze minutos aguardando atendimento por um dos atendentes do banco apelado, dada a necessidade de atendimento pessoal, e que tal situação consiste em violação ao Código de Defesa do Consumidor e ao disposto na Lei Municipal 1.493/2006 e a Lei Estadual n. 1.399/2014, as quais estabelecem o tempo máximo de espera de 30 minutos, o que caracteriza o dever de indenizar, diante do abalo moral sofrido em decorrência da má prestação do serviço.

[...]

Consta dos autos que, em 12/03/2015, às 12h20min, o apelante compareceu a uma das agências do banco apelado para realizar transações bancárias, permanecendo na fila de atendimento até as 14h32min, ou seja, aguardou mais de duas horas para ser atendido.

Pontuo, de início, que meu entendimento quanto à matéria apresentada, é de que a simples infringência da Lei Municipal ou Estadual, por si, não é capaz de gerar dano moral. Isso porque considero que a espera para atendimento bancário, além do prazo estipulado legalmente, não implica constrangimento que viole a esfera pessoal da parte de forma presumida, sendo necessário, a meu ver, provar que o tempo excessivo causou dissabores além do contratempo cotidiano da vida comum.

Destaco que esse entendimento está em consonância com o Superior Tribunal de Justiça, conforme precedentes que cito:

[...]

No entanto, em busca de preservar a segurança jurídica e manter a uniformização da jurisprudência deste Tribunal, consoante preceitua o novo Código de Processo Civil, tenho acompanhado os relatores que entendem de forma contrária, porém nas circunstâncias temporais preestabelecidas, a saber: espera superior a 2 horas para atendimento não preferencial e 1 hora para consumidores com necessidades especiais ou idosos.

Esses critérios foram discutidos por ocasião do julgamento, dentre outras, da Apelação n. 0001700-34.2014.8.22.0001, de relatoria do e. desembargador Rowilson Teixeira.

Na hipótese, o tempo de espera do apelante, que não se enquadra no perfil para atendimento especial (portador de necessidades especiais/idoso), ultrapassou duas horas, o que enseja o direito de ser indenizado pelo prejuízo experimentado.

Ante o exposto, dou provimento a este recurso para declarar procedente o pedido inicial e, assim, condeno o banco apelado ao pagamento de indenização por danos morais em favor do apelante no valor de R\$ 1.000,00, além das custas processuais e honorários advocatícios, os quais fixo em R\$ 880,00.

A questão não vem recebendo tratamento uniforme no âmbito desta Corte Superior, com a conseqüente dispersão da jurisprudência.

De fato, observo que, na mesma linha do entendimento sufragado pelas instâncias ordinárias, consoante julgados da Terceira Turma representando mudança da jurisprudência daquele Colegiado, admitiu-se, com base na denominada “teoria do desvio produtivo do consumidor”, a possibilidade de se impor reparação de danos morais.

Refiro-me aos acórdãos proferidos no REsp n. 1.634.851/RJ e, notadamente, no REsp n. 1.737.412/SE, ambos relatados pela eminente Ministra Nancy Andrighi. Com efeito, embora examinando questão diversa referente a dano moral coletivo, vem à baila o segundo precedente referido da Terceira Turma, cuja ementa está transcrita:

Recurso especial. Consumidor. *Tempo de atendimento presencial em agências bancárias*. Dever de qualidade, segurança, durabilidade e desempenho. Art. 4º, II, “d”, do CDC. Função social da atividade produtiva. Máximo aproveitamento dos recursos produtivos. *Teoria do desvio produtivo do consumidor*. *Dano moral coletivo*. Ofensa injusta e intolerável. Valores essenciais da sociedade. Funções. Punitiva, repressiva e redistributiva.

1. Cuida-se de coletiva de consumo, por meio da qual a recorrente requereu a condenação do recorrido ao cumprimento das regras de atendimento presencial em suas agências bancárias relacionadas ao tempo máximo de espera em filas, à disponibilização de sanitários e ao oferecimento de assentos a pessoas com dificuldades de locomoção, além da compensação dos danos morais coletivos causados pelo não cumprimento de referidas obrigações.

2. Recurso especial interposto em: 23/03/2016; conclusos ao gabinete em: 11/04/2017; julgamento: CPC/73.

3. O propósito recursal é determinar se o descumprimento de normas municipais e federais que estabelecem parâmetros para a adequada prestação do serviço de atendimento presencial em agências bancárias é capaz de configurar dano moral de natureza coletiva.

4. O dano moral coletivo é espécie autônoma de dano que está relacionada à integridade psico-física da coletividade, bem de natureza estritamente transindividual e que, portanto, não se identifica com aqueles tradicionais atributos da pessoa humana (dor, sofrimento ou abalo psíquico), amparados pelos danos morais individuais.

5. O dano moral coletivo não se confunde com o somatório das lesões extrapatrimoniais singulares, por isso não se submete ao princípio da reparação integral (art. 944, *caput*, do CC/02), cumprindo, ademais, funções específicas.

6. No dano moral coletivo, a função punitiva - sancionamento exemplar ao ofensor - é, aliada ao caráter preventivo - de inibição da reiteração da prática ilícita - e ao princípio da vedação do enriquecimento ilícito do agente, a fim de que o eventual proveito patrimonial obtido com a prática do ato irregular seja revertido em favor da sociedade.

7. O dever de qualidade, segurança, durabilidade e desempenho que é atribuído aos fornecedores de produtos e serviços pelo art. 4º, II, d, do CDC, tem um conteúdo coletivo implícito, uma função social, relacionada à otimização e ao máximo aproveitamento dos recursos produtivos disponíveis na sociedade, entre eles, o tempo.

8. O desrespeito voluntário das garantias legais, com o nítido intuito de otimizar o lucro em prejuízo da qualidade do serviço, revela ofensa aos deveres anexos ao princípio boa-fé objetiva e configura lesão injusta e intolerável à função social da atividade produtiva e à proteção do tempo útil do consumidor.

9. Na hipótese concreta, a instituição financeira recorrida optou por não adequar seu serviço aos padrões de qualidade previstos em lei municipal e federal, impondo à sociedade o desperdício de tempo útil e acarretando violação injusta e intolerável ao interesse social de máximo aproveitamento dos recursos produtivos, o que é suficiente para a configuração do dano moral coletivo.

10. Recurso especial provido.

(REsp 1.737.412/SE, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 05/02/2019, DJe 08/02/2019)

Registro ainda que, no âmbito da Primeira Turma, apreciando a questão também pelo enfoque do dano moral coletivo, por ocasião do julgamento do REsp n. 1.402.475/SE, relator Ministro Herman Benjamin, foi reconhecido dano moral coletivo por descumprimento de norma local acerca do tempo máximo de espera em fila. Assentou-se que “a intranquilidade social decorrente da excessiva demora no atendimento ao consumidor dos serviços bancários é evidente, relevante e intolerável no Município afetado. Conquanto incontroversa a insatisfação da população local, a parte recorrida permaneceu - e quiçá ainda permanece - recalcitrante. Reverbera, por conseguinte, a violação ao art. 6º, VI, da Lei Consumerista, devendo a parte recorrida ser condenada por dano moral coletivo” (REsp n. 1.402.475/SE, Rel. Ministro *Herman Benjamin*, *Segunda Turma*, julgado em 9/5/2017, DJe 28/6/2017).

Especificamente acerca do tema a ser apreciado no presente recurso, em pesquisa à jurisprudência desta Corte, não foi localizado nenhum precedente deste Colegiado que tenha acolhido a tese de danos morais, seja pelo desconforto e dissabor do tempo de espera em fila superior ao permitido em lei municipal, seja pelo nominado desvio produtivo do consumidor.

Nessa linha, mencionam-se os seguintes precedentes das duas Turmas de direito privado:

Agravo regimental no agravo (art. 544 do CPC/73). *Ação condenatória. Espera em fila bancária. Decisão monocrática que negou provimento ao reclamo. Irresignação do autor.*

1. A mera invocação de legislação municipal que estabelece tempo máximo de espera em fila de banco não é suficiente para ensejar o direito à indenização. Precedentes.

2. Conforme entendimento jurisprudencial desta Corte a demora no atendimento em fila de banco, por si só, não é capaz de ensejar a reparação por danos morais, uma vez que, no caso dos autos, não ficou comprovada nenhuma

intercorrência que pudesse abalar a honra do autor ou causar-lhe situação de dor, sofrimento ou humilhação.

Incidência do óbice da súmula 7/STJ no ponto.

3. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no AREsp 357.188/MG, Rel. Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma, julgado em 03/05/2018, DJe 09/05/2018)

Ação de indenização. Espera em fila de banco por mais de uma hora. Tempo superior ao fixado por legislação local. Insuficiência da só invocação legislativa aludida. Padecimento moral, contudo, expressamente assinalado pela sentença e pelo acórdão, constituindo fundamento fático inalterável por esta Corte (Súmula 7/STJ). Indenização de R\$ 3.000,00, corrigida desde a data do ato danoso (Súmula 54/STJ).

1.- A espera por atendimento em fila de banco quando excessiva ou associada a outros constrangimentos, e reconhecida faticamente como provocadora de sofrimento moral, enseja condenação por dano moral.

2.- A só invocação de legislação municipal ou estadual que estabelece tempo máximo de espera em fila de banco não é suficiente para desejar o direito à indenização, pois dirige a sanções administrativas, que podem ser provocadas pelo usuário.

3.- Reconhecidas, pela sentença e pelo Acórdão, as circunstâncias fáticas do padecimento moral, prevalece o julgamento da origem (Súmula 7/STJ).

4.- Mantém-se, por razoável, o valor de 3.000,00, para desestímulo à conduta, corrigido monetariamente desde a data do evento danoso (Súmula 54/STJ), ante as forças econômicas do banco responsável e, inclusive, para desestímulo à recorribilidade, de menor monta, ante aludidas forças econômicas.

5.- Recurso Especial improvido.

(REsp 1.218.497/MT, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, julgado em 11/09/2012, DJe 17/09/2012)

Agravo regimental. Agravo de instrumento. Ação de indenização. Pouco tempo de espera em fila de banco. Mero dissabor. Dano moral. Não caracterizado.

1. O pouco tempo de espera em fila de banco não tem o condão de expor a pessoa a vexame ou constrangimento perante terceiros, não havendo que se falar em intenso abalo psicológico capaz de causar aflições ou angústias extremas.

2. Situação de mero aborrecimento ou dissabor não suscetível de indenização por danos morais.

3. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no Ag 1.422.960/SC, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, julgado em 27/03/2012, DJe 09/04/2012)

Penso, portanto, que é importante a uniformização e pacificação do tema, notadamente quando se trata de consumidor individual pleiteando indenização por dano moral decorrente da espera em fila de banco.

5. Por um lado, o CDC exige de todos os fornecedores de serviços - incluindo órgãos públicos por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento - a prestação de serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos.

Por outro lado, o art. 186 do CC estabelece que aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito, enquanto o art. 927, parágrafo único, do mesmo Diploma dispõe que aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem fica obrigado a repará-lo.

Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Assim, para caracterizar obrigação de indenizar, não é decisiva a questão da ilicitude da conduta ou de o serviço prestado ser ou não de qualidade, mas sim a constatação efetiva do dano a bem jurídico tutelado, não sendo suficiente tão somente a prática de um fato *contra legem* ou *contra jus*, ou que contrarie o padrão jurídico das condutas (RIZZARDO, Arnaldo. Responsabilidade Civil. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 68).

Nesse passo, como bem adverte a doutrina especializada, é recorrente o equívoco de se tomar o dano moral em seu sentido natural, e não jurídico, associando-o a qualquer prejuízo incalculável, como figura receptora de todos os anseios, dotada de uma vastidão tecnicamente insustentável, e mais comumente correlacionando-o à dor, ao sofrimento e à frustração. Essas circunstâncias todas não correspondem ao seu sentido jurídico, a par de essa configuração ter o nefasto efeito de torná-lo sujeito ao subjetivismo de cada um (SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. 6 ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 107).

Aliás, a questão de culpa ou dolo do suposto ofensor, ou mesmo de licitude, nem sequer é determinante para caracterizar responsabilidade civil objetiva. Tanto é assim que Sergio Cavalieri Filho, com remissão ao escólio de Anderson Schreiber, pondera argutamente que o advento da responsabilidade objetiva veio a exigir redobrada atenção no exame do nexa causal, cuja interrupção consiste no único meio para excluir o dever de indenizar. É que toda a discussão, nas ações

de responsabilidade objetiva, passou a gravitar em torno da noção jurídica do dano e do nexa causal. Chega-se, hoje, a afirmar que o juízo de responsabilidade, nos casos de responsabilidade objetiva, acaba por traduzir-se no juízo sobre a existência de nexa de causalidade entre o fato e o dano (CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 69-73).

Nessa esteira, penso que não cabe ao Judiciário se substituir ao legislador, efetuando juízos morais e éticos, visto que princípios, conforme os abalizados escólios de Ronald Dworkin, John Rawls e Jürgen Habermas, são deontológicos (capazes de lidar com a pluralidade de concepções de bem presentes na sociedade), e não axiológicos, não cabendo a imposição dos próprios valores de modo a submeter o cidadão a amplo subjetivismo do magistrado. Confira-se:

Não existe um critério superior justamente porque qualquer critério só seria justificável axiologicamente: um utilitarista poderia dizer que “prefere” o princípio da utilidade como critério de resolução dos conflitos axiológicos, ao passo que [...] poderia dizer que “prefere” o princípio da proporcionalidade, mas escolher entre um critério ou outro necessitaria da própria aceitação apriorística daquele princípio, ou seja, dependeria, em última instância, dos valores que o agente moral já aceita. Assumir essa postura, principalmente no contexto de tomada de uma decisão judicial, na qual o juiz precisa decidir qual das pretensões morais é justificada à luz dos princípios jurídicos, implica escolher arbitrariamente entre os princípios em conflito em conflito a partir das preferências pessoais do juiz.

[...]

É importante não confundir essas duas ordens de questões. Quando se diz que o direito manifesta os valores de uma sociedade concreta, precisamos deixar de lado a idéia de que a ética é o fundamento último do direito.

[...]

A idéia de que o direito deve sua legitimidade a valores éticos precisar ser abandonada, na medida em que depende de uma fundamentação metafísica abandonada historicamente, fundada na subordinação do direito positivo perante o direito natural.

Essa relação de dependência precisa ser abandonada, o que não significa dizer que não existe uma ligação íntima entre direito e moral. De acordo com Habermas, essa relação é de complementariedade (Habermas, 1197, p. 142).

[...]

O direito, ao contrário da moral, é obrigatório institucionalmente, ao passo que a moral é apenas um sistema simbólico que, contudo [...] se torna possível avaliar se o direito positivo está conferindo um *igual tratamento* às diferentes perspectivas éticas, ou se está sendo utilizado de modo a promover determinados valores em detrimento de outros.

[...]

O risco primordial da leitura da constituição como ordem concreta de valores é a imposição dos valores morais de uma doutrina abrangente a toda a sociedade, excluindo a possibilidade de diálogo racional acerca dos princípios constitucionais que regem uma sociedade marcada pelo fato do pluralismo razoável. (ALMEIDA, Fábio Portela Lopes. os princípios constitucionais entre deontologia e axiologia: pressupostos para uma teoria hermenêutica democrática. Revista Direito GV, jul-dez 2008, p. 493-516)

Deveras, não parece adequado ao sentido jurídico a associação do dano moral a qualquer prejuízo economicamente incalculável ou com um caráter de mera punição.

Aliás, proclama o art. 944 do CC que a indenização mede-se pela extensão do dano.

Nesse sentido, é lapidar a lição de Sérgio Luiz Junkes:

3. O Critério Punitivo não Pode ser Utilizado na Fixação da Indenização Decorrente de Dano Moral

A valoração do dano moral é obtida, em nosso ordenamento, pelo arbitramento judicial. A par do amplo raio de discricionariedade que proporciona, é ainda o melhor método, pois possibilita a medição mais precisa da repercussão do dano. Afinal, ninguém mais do que o juiz tem a possibilidade, em cada caso concreto, de manter contato direto com a vítima, com os fatos, e enfim, de inteirar-se, com uma proximidade privilegiada, de todas as suas circunstâncias e peculiaridades.

Como verificado no capítulo anterior, a indenização por dano moral apresenta nítido caráter compensatório. Contudo, muitos defendem que a valoração do dano moral seja pautada pela punição do agente causador do dano injusto. Para tanto, se valem do instituto norte-americano dos danos punitivos (*punitive damages*) que por sua vez se baseia na "teoria do valor do desestímulo", por força da qual, na fixação da indenização pelos danos morais sofridos, deve o juiz estabelecer um "*quantum*" capaz de impedir e dissuadir práticas semelhantes, assumindo forma de verdadeira punição criminal no âmbito cível. Em outros termos, além da fixação necessária à reparação do dano, agrega-se um valor à indenização de modo a penalizar o ofensor de forma proporcional à sua culpa e a desestimular a reprodução de atitudes semelhantes.

A importação de tal instituto é totalmente equivocada em face das profundas diferenças entre o sistema de responsabilidade civil norte-americano e o brasileiro. De maneira inversa ao norte-americano, o sistema brasileiro centra-se na supremacia do direito legislado, segundo o qual "*ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei*" (Constituição

Federal, art. 5º, II)." Os danos punitivos do direito norte-americano distinguem-se totalmente dos danos materiais e morais sofridos. Os "punitives damages" (também conhecidos como *exemplary damages* ou *vindictive damages*), não são estipulados com o fim de promover o ressarcimento de um dano. Este cabe aos chamados danos compensatórios que, nos Estados Unidos, englobam os chamados "danos econômicos" e os "danos não econômicos", que, no Brasil, têm como correspondentes, respectivamente, os danos materiais e os danos morais.

[...]

(JUNKES, Sérgio Luiz; SLAIBI FILHO, Nagib; COUTO, Sergio (coords.). *Responsabilidade civil: estudos e depoimentos no centenário do nascimento de José de Aguiar Dias*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 416-420)

6. Embora se encontrem julgados, inclusive do STF, anteriores à promulgação da Constituição Federal de 1988 reconhecendo a possibilidade de reparação dos danos morais, foi por expressa previsão da Carta Magna que se passou a acolher essas demandas reparatórias.

Na verdade, os incisos V e X do artigo 5º da Constituição Federal consagram o direito à compensação por danos morais, correlacionando-os à violação dos direitos da personalidade:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

Essa é a expressa disposição do art. 12 do CC, que estabelece que se podem reclamar perdas e danos por ameaça ou lesão a direito da personalidade, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei.

Dessarte, o direito à reparação de dano moral exsurge de condutas que ofendam direitos da personalidade (como os que se extraem, em *numerus apertus*, dos arts. 11 a 21 do CC), bens tutelados que não têm, *per se*, conteúdo patrimonial, mas extrema relevância conferida pelo ordenamento jurídico, quais sejam: higidez física e psicológica, vida, liberdade (física e de pensamento), privacidade, honra, imagem, nome, direitos morais do autor de obra intelectual.

Os interesses existenciais é que são juridicamente tutelados (apenas aquelas situações de monta a afetar efetivamente direito da personalidade), e não a eventual consequência econômica ou emocional da lesão.

Convém distinguir o dano do mero fato lesivo que não se transforma em fato jurídico danoso. “No sentido vulgar de prejuízo material ou moral sofrido por alguém, o fato lesivo é um fenômeno físico, psíquico ou social que pode ou não ser valorado pela ordem jurídica: pode transformar-se em hipótese normativa ou não ultrapassar o chamado mundo fático. Quando passa a integrar o suporte fático hipotético da norma qualifica-se como ‘fenômeno’ jurídico, com a denominação de dano ou fato jurídico danoso” (BAPTISTA, Silvio Neves. *Teoria geral do dano: de acordo com o novo Código Civil Brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2003, p. 45).

Na realidade, a abalizada doutrina registra que o conceito estritamente jurídico de dano deve partir da noção de interesse jurídico na reparação, pois a norma seleciona apenas uma fração do fato social para transformá-lo em uma situação jurídica.

Deve-se apartar a reparação de danos de um pretense direito subjetivo da vítima ou de situação jurídica subjetiva que lhe ampare, pois a realização do valor do ser humano se opera mediante a tutela de interesses legítimos (ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe; FARIAS, Cristiano Chaves de. *Novo tratado de responsabilidade civil*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 241-253).

Por todos, registre-se o escólio de Nelson Rosenvald, Felipe Braga Netto e Christiano Chaves de Farias:

Paradoxalmente, esse novo perfil qualitativo e quantitativo do dano e de sua reparação remete a um desenfreado apetite doutrinário e jurisprudencial pela criação de novos espécimes de lesões ressarcíveis, que muitas vezes banalizam e amesquinham o próprio significado da responsabilidade civil, fazendo com que os danos verdadeiramente merecedores de tutela sejam lançados na injusta denominação da “indústria de danos”.

nessa passagem dos “8 aos 80”, cogita-se de uma infinidade de exemplares de novos danos: [...].

[...] Contudo, devemos separar “o joio do trigo” [...]. Cabe, destarte, averiguar os critérios que a doutrina adotará para definir o conceito do dano reparável em limites capazes de compatibilizar a segurança jurídica com a necessária ductibilidade da lei à aceleração da vida e aos desenfreados riscos da sociedade tecnológica.

[...]

*Então, para alcançarmos um conceito estritamente jurídico de dano devemos partir da noção de "interesse". É necessário examinar se há interesse jurídico na reparação. A importância da conceituação de "interesse" é que ela determina a extensão do dano que alguém esteja obrigado a indenizar. Como sucede muitas vezes, a norma jurídica seleciona uma fração do fato social para transformá-lo em uma situação jurídica. Alude-se a esse propósito a noção de **interesse violado**.*

Estabelece o art. 186 do Código Civil: [...]. Vê-se da letra do dispositivo que o significado de dano é sinalizado por um conceito vago, de confins imprecisos, que será preenchido pela doutrina e jurisprudência e construído conforme a juridicidade dos interesses postos em conflito na concretude de cada litígio.

Tratam-se as cláusulas gerais de normas descritivas de valores. Não impõem comportamentos, nem tampouco estipulam consequências jurídicas determinadas.

[...]

Mas como estabelecer um conceito do dano sem nos tornarmos reféns de definições rígidas ou extremamente fluidas?

Talvez o primeiro passo seja o de apartar a reparação de danos de um pretensão subjetivo da vítima ou de uma situação jurídica subjetiva que lhe ampare, pois a responsabilidade civil se estende a todas as violações dos comportamentos subjetivos nos quais pode se realizar a pessoa. Com efeito, a realização do valor do ser humano não opera exclusivamente pela atribuição de direitos subjetivos através da técnica regulamentar, mas também mediante a tutela de interesses legítimos.

[...]

Qualquer narrativa só será persuasiva se permitir a atuação de uma jurisprudência de valores comprometida com as opções valorativas da sociedade.

Essa é a única maneira de assegurar a própria efetividade da Constituição e a partir dela, de todas as normas do ordenamento jurídico, para que a realidade social seja aferida segundo padrões de normalidade jurídica. [...] nada se coaduna menos com a ideia do Estado de Direito do que a figura de um oráculo despótico ou iluminado, que esteja acima dos critérios de interpretação.

[...]

Com uma teoria da decisão, deveríamos ter uma previsibilidade acerca do que será decidido.

[...]

Portanto, a sentença ou acórdão não deve ser, em uma democracia, produto da vontade individual, do sentimento pessoal do decisor. Diminuir ao máximo a discricionariedade nas decisões é dever de quem decide. Os direitos dos cidadãos não podem ficar reféns da intuição (ou dos humores) do julgador (ou Tribunal).

[...]

Atualmente, vê-se em cores nítidas a incongruência da tese que superpõe ilícito e dano, como se fossem o verso e o reverso.

[...]

Com efeito, o prejuízo econômico, como consequência de uma lesão, nem sempre se converte em um dano reparável.

[...]

Afinal, a esfera jurídica dos sujeitos não é protegida protegida tout court contra a ocorrência de qualquer lesão que não se submeta a um juízo de controle de merecimento. A injustiça do dano provocado se prende a uma cláusula geral de responsabilidade civil, cuja especificação e conversão a uma precisa fattispecie terá lugar no momento em que se concretize o juízo de responsabilidade pela ruptura das regras de coexistência.

[...]

A norma do art. 927 do Código Civil de 2002 [...]. Nada obstante, por força do princípio da proporcionalidade, será insuficiente a alegação de mera perda patrimonial e/ou lucro cessante, afirmando-se a necessidade de que o dano injusto, portador de relevância no confronto intersubjetivo, entre ofensor e ofendido, legitimando-se todas as situações jurídicas em que o balanceamento de direitos aponte violações de princípios. (ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe; FARIAS, Cristiano Chaves de. *Novo tratado de responsabilidade civil*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 241-253)

Nessa linha de intelecção, embora o direito não deva ser tomado como um sistema fechado, por evidente, isso não implica soluções solipsistas alheias à codificação, sob pena de total insegurança jurídica e violação ao princípio da tripartição de poderes.

Como bem adverte Anderson Schreiber, antes invocado, a “avalanche de ‘novos danos’, se, por um lado, revela maior sensibilidade dos tribunais à tutela de aspectos existenciais da personalidade, por outro faz nascer, em toda parte, um certo temor - antevisto por Stefano Rodotà - de que ‘a multiplicação de novas figuras de dano venha a ter como únicos limites a criatividade do intérprete e a flexibilidade da jurisprudência’. Com efeito, as últimas décadas têm demonstrado que a criatividade do intérprete e a flexibilidade da jurisprudência podem ir bem longe” (SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. 6 ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 961).

Confira-se, ainda:

O foco no sujeito, no entanto, não quer significar um sentimentalismo conceitual. Há uma estrutura do pensamento, uma articulação própria, de modo que a ideia de sistema aparecerá no direito como uma proposta de organização e coerência visando justamente afastar incertezas.

[...]

Judith Martins-Costa identifica nas cláusulas gerais uma das técnicas de abertura do sistema, um dos fatores de sua mobilidade.

[...]

Além disso, o Código garante a racionalidade do discurso jurídico, senão mais como um a priori, ao menos como um ponto de referência sólido no discurso argumentativo. Há uma estruturação mínima de pontos de partida para serem discutidos, o que permite um certo controle da legalidade e da justiça das decisões.

Por outro lado, ainda possui um papel central de modo que ao hermenêuta cabe a tarefa de ordenar as leis aos Códigos. Por fim, o Código pode desempenhar um papel decisivo na harmonização dos direitos internos nos processos de integração econômica e política, como de fato se tem observado nos Códigos-tipo na América Latina e na busca de soluções semelhantes, ao menos do ponto de vista prático, nas diretivas da União Européia.

[...]

O dever geral dimanante da presença da dignidade em uma pessoa é de respeito, ou seja, de abstenção na intromissão na esfera jurídica, especialmente em seu núcleo essencial, em que se encontram o direito geral de personalidade e os direitos da personalidade. Há um princípio que tutela esta situação jurídica, que é o da incolumidade das esferas jurídicas. Havendo ofensa, surge dever reparatório fundado no ilícito (art. 186 e 187, do CC/2002).

[...]

A ênfase na promoção à dignidade não pode ser um mandado de seguir o que o Estado defende como digno, tendência própria de regimes totalitários.

[...]

Acerta C. I. Massini ao dizer que o conteúdo do direito à vida se resume em grande parte ao *direito à inviolabilidade da vida*. Por metonímia, acabamos nos referindo a esse direito de um modo sintético, mas direito à vida é, sobretudo direito a não ser morto injustamente, porque a vida é um valor fundado na dignidade [...].

[...]

As cláusulas gerais são maneiras de conceber o texto legislativo de modo que seja amplo o suficiente para abranger uma generalidade de casos, podendo ter nelas inscrito um conceito jurídico indeterminado. Diferem deles porque apresentam um modo peculiar de conjugar a hipótese e a estatuição,

possibilitando a formação progressiva da norma pela jurisprudência. São elas que permitem ao sistema aberto a penetração de elementos externos do sistema e que podem se apresentar como metanormas.

[...]

Há também cláusulas gerais regulativas que orientam com base em um princípio algumas hipóteses de fato não previstas na lei de modo casuístico, de que é exemplo o clássico art. 186 do CC/2002. Através dele se regula toda a noção de ato ilícito indenizativo que enseja reparação do dano sofrido. (PENTEADO, Luciano de Camargo. NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade (Orgs.). Doutrinas essenciais: responsabilidade civil. Vol. I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 44)

Desse modo, no tocante aos danos morais, o direito tutela a personalidade, impondo sanção ao causador do dano e compensação ao lesado, visto que, como bem observam Mazeaud e Mazeaud, de regra, não há possibilidade de se “apagarem os efeitos da lesão”.

Destarte, é em vista da fluidez da noção de dignidade humana que a necessidade de seleção se faz tão imperativa, pois o risco reside exatamente em que a força ética e jurídica de que é portadora a ideia de dignidade, identificada com a própria condição de pessoa, impeça uma seleção criteriosa dos interesses merecedores de tutela, declarando-se ressarcível qualquer prejuízo ou desfavor que, na falta da possibilidade de aferição precisa, afete alegadamente a personalidade do ofendido. “As demandas absurdas ou bagatelares, quase sempre, ostentam uma eloquente argumentação em favor da defesa da dignidade e dos interesses da pessoa” (SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. 6 ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 126-127).

A doutrina alerta para o risco de se considerarem aborrecimentos triviais e comuns como se fossem hábeis a provocar a reparação moral, visto que, a par dos evidentes reflexos de ordem econômico-social deletérios, isso tornaria a convivência social insuportável e poderia ser usado contra ambos os polos da relação contratual.

Segundo entendo, a teoria da responsabilidade civil pelo desvio produtivo do consumidor, que expressamente embasa os julgados mais recentes da Terceira Turma, reporta-se a danos que, em princípio, não são reparáveis nem calculáveis, muitos ostentando, ademais, feições de caráter patrimonial.

Além disso, está assentada em princípios constitucionais para incidência direta na relação de direito privado, caráter punitivo da reparação, e na questão

de ilicitude (abusividade) e culpa - que, como visto acima, em regra, são impertinentes, pois não são elementos necessários à responsabilidade civil objetiva. Portanto, evidentemente, se acolhida pela jurisprudência, por questão de mínima coerência - ressalvado, é claro, hipóteses em que se pudesse conferir tratamento diferenciado em vista da vulnerabilidade do consumidor -, teria de incidir para ambos os polos da relação contratual e também em todas as relações albergadas pelo CDC.

Mutatis mutandis, cumpre trazer à baila o entendimento sufragado pela Segunda Turma do STF, por ocasião do julgamento do multicitado RE n. 201.819, de que é necessário cautela por parte do magistrado, já que, em princípio, “a vinculação direta dos entes privados aos direitos fundamentais não poderia jamais ser tão profunda, pois, ao contrário da relação Estado-cidadão, os direitos fundamentais operariam a favor e contra os dois partícipes da relação de Direito Privado”.

Logo, a espera em fila de banco, supermercado, farmácia, como também para atendimento por profissionais liberais (médico, advogado, dentista, manicure), bem assim em repartições públicas, entre outros setores, em regra, é mero desconforto que, segundo entendo, a toda evidência não tem o condão de afetar direito da personalidade, tampouco de interferir intensamente no bem-estar do consumidor (equilíbrio psicológico, isto é, saúde mental).

É que “... casos dessa natureza são normalmente designados mero dissabor, transtorno, aborrecimento como [...] tempo de espera em razão de longas filas no fornecimento de serviços; o mero descumprimento contratual, o envio de mensagens eletrônicas em massa (SPAM), entre outras tantas hipóteses”. Todavia, essas mesmas situações podem, em ocorrências pontuais, ensejar uma violação aos direitos da personalidade e resultar em uma indenização por dano extrapatrimonial se levarem a uma perda de tempo insana e efetivamente prejudicial àqueles direitos (DONNINI, Rogério. *Responsabilidade civil na pós-modernidade: felicidade, proteção, enriquecimento com causa e tempo perdido*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2015, p. 142)

É claro que há situações-limite, a exemplo da demora para atendimento médico emergencial de paciente em estado grave, com exposição de direito da personalidade a risco (saúde, incolumidade física, ou mesmo a vida), em que se poderia cogitar em dano moral indenizável. Ainda assim, na verdade, essa indenização não seria para reparação pelo tempo desarrazoado decorrido até o atendimento médico, mas, sim, como visto, pela lesão a direito da personalidade.

Nessa toada, Rogério Donnini menciona o caso específico de alguém que tivesse de suportar “constantes filas de muitas horas, todos os dias da semana” (DONNINI, Rogério. Op. Cit., p. 142). Com efeito, é possível vislumbrar a hipótese de dano moral a um profissional despachante que se deparasse, por período prolongado, com diárias filas de muitas horas na única agência bancária do município, visto que, na hipótese, seria, em princípio, circunstância hábil a afetar o núcleo essencial de direitos da personalidade referentes ao trabalho e, até mesmo, ao livre exercício de qualquer profissão, insculpido no art. 5º, XIII, da CF - circunstância a atrair a incidência do art. 12 do CC.

A propósito, mesmo que o tempo possa ter uma expressão econômica, jamais se concebeu, por exemplo, em caso de colisões a envolver automóveis, que se pudesse legitimamente vindicar indenização (dano indenizável) pelos usualmente consideráveis transtornos e tempo despendido a envolverem a obtenção de orçamentos, peças, reparo e eventual locomoção, nesse período, por meio de transporte menos confortável e/ou mais moroso para o lesado.

Nessa esteira, consoante vem advertindo a doutrina e a jurisprudência, mero dissabor, aborrecimento, contratempo, mágoa - inerentes à vida em sociedade - ou excesso de sensibilidade por aquele que afirma a ocorrência de dano moral são insuficientes à caracterização do abalo moral, tendo em vista que este depende da constatação, por meio de exame objetivo e prudente arbítrio do magistrado, da real lesão a direito da personalidade daquele que se diz ofendido:

O dano moral não é a dor, a angústia, o desgosto, a aflição espiritual, a humilhação, o complexo que sofre a vítima do evento danoso, pois esses estados de espírito constituem o conteúdo, ou melhor, a consequência do dano.

[...]

O direito não repara qualquer padecimento, dor ou aflição, mas aqueles que forem decorrentes da privação de um bem jurídico sobre o qual a vítima teria interesse reconhecido juridicamente. Por exemplo: se vemos alguém atropelar outrem, não estamos legitimados para reclamar indenização, mesmo quando esse fato nos provoque grande dor. Mas, se houver relação de parentesco próximo entre nós e a vítima, seremos lesados indiretos. Logo, os lesados indiretos e a vítima poderão reclamar a reparação pecuniária em razão de dano moral, embora não peçam um preço para a dor que sentem ou sentiram, mas tão somente, que se lhes outorgue um meio de atenuar, em parte, as consequências da lesão jurídica por eles sofrida (Eduardo Zannoni, *El dano en la responsabilidad civil*, Buenos Aires, Ed. Astrea, 1982, p. 234 e 235).

[...]

Para evitar excessos e abusos, recomenda Sérgio Cavalieri, com razão, que só se deve reputar como dano moral “a dor, vexame, sofrimento ou humilhação que, fugindo à normalidade, interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, causando-lhe aflições, angústia e desequilíbrio em seu bem-estar. *Mero dissabor, aborrecimento, mágoa, irritação ou sensibilidade exacerbada estão fora da órbita do dano moral, porquanto, além de fazerem parte da normalidade do nosso dia a dia, no trabalho, no trânsito, entre os amigos e até no ambiente familiar, tais situações não são tão intensas e duradouras, a ponto de romper o equilíbrio psicológico do indivíduo*” (Programa, cit., p. 78).

[...]

Exemplar o art. 496 do Código Civil português, *verbis*: “Na fixação da indenização deve atender-se aos danos não patrimoniais que, pela sua gravidade, mereçam tutela do direito”. Assim, somente o dano moral razoavelmente grave deve ser indenizado. “O que se há de exigir como pressuposto comum da reparabilidade do dano não patrimonial, incluído, pois, o moral, é a gravidade, além da ilicitude. Se não teve gravidade o dano, não se há pensar em indenização. *De minimis non curat praetor*” (Pontes de Miranda, *Tratado*, cit., t. 26, p. 34-5, § 3.108, n. 2).

A propósito, decidiu o Superior Tribunal de Justiça que incômodos ou dissabores limitados à indignação da pessoa e sem qualquer repercussão no mundo exterior não configuram dano moral. (GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, ps. 650-652)

O que configura e o que não configura o dano moral? Na falta de critérios objetivos, essa questão vem se tornando tormentosa na doutrina e na jurisprudência, levando o julgador a situação de perplexidade. Ultrapassadas as fases da irreparabilidade do dano moral e da sua inacumulabilidade com o dano material, corremos, agora, o risco de ingressar na fase da sua industrialização, onde o aborrecimento banal ou mera sensibilidade são apresentados como dano moral, em busca de indenizações milionárias.

*Este é um dos domínios onde mais necessárias se tornam as regras da boa prudência, do bom-senso prático, da justa medida das coisas, da criteriosa ponderação das realidades da vida. Tenho entendido que, na solução dessa questão, cumpre ao juiz seguir a trilha da **lógica do razoável**, em busca da concepção ético-jurídica dominante na sociedade. Deve tomar por paradigma o cidadão que se coloca a igual distância do homem frio, insensível, e o homem de extrema sensibilidade.*

“A gravidade do dano - pondera Antunes Varela - há de medir-se por um padrão *objetivo* (conquanto a apreciação deva ter em linha de conta as circunstâncias de cada caso), e não a luz de fatores subjetivos (de uma sensibilidade particularmente embotada ou especialmente requintada). Por outro lado, a gravidade apreciar-se-á *em função da tutela do direito*: o dano deve ser de tal modo grave que justifique a concessão de uma satisfação de ordem pecuniária do lesado” (*Das obrigações em geral*, 8ª ed., Almedina, p. 617).

Dissemos linhas atrás que *dano moral*, à luz da Constituição vigente, nada mais é do que agressão à dignidade humana. Que consequências podem ser extraídas daí? A primeira diz respeito à própria configuração do dano moral. Se dano moral é agressão à dignidade humana, não basta para configurá-lo qualquer contrariedade.

Nessa linha de princípio, só deve ser reputado como dano moral, a dor, vexame, sofrimento ou humilhação que, fugindo à normalidade, interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, causando-lhe aflições, angústia e desequilíbrio em seu bem-estar. mero dissabor, aborrecimento, mágoa, irritação ou sensibilidade exacerbada estão fora da órbita do dano moral, porquanto, além de fazerem parte do nosso dia a dia, no trabalho, no trânsito, entre os amigos e até no ambiente familiar, tais situações não são intensas e duradouras a ponto de romper o equilíbrio psicológico do indivíduo. Se assim não se entender, acabaremos por banalizar o dano moral, ensejando ações judiciais em busca de indenizações pelos mais triviais aborrecimentos.

Dor, vexame, sofrimento e humilhação são consequência e não causa. Assim como a febre é o efeito de uma agressão orgânica, dor, vexame e sofrimento só poderão ser considerados dano moral quando tiverem por uma causa *uma agressão à dignidade de alguém*.

Como julgador, há mais de 35 anos, tenho utilizado como critério aferidor do dano moral se, no caso concreto, houve alguma agressão à dignidade daquele que se diz ofendido (dano moral em sentido estrito e, por isso, o mais grave) ou, pelo menos, se houve alguma agressão, mínima que seja, a um bem integrante da sua personalidade (nome, honra, imagem, reputação etc). Sem que isso tenha ocorrido, não haverá que se falar em dano moral, por mais triste e aborrecido que alega estar aquele que pleiteia a indenização. (CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 9 ed. São Paulo: Atlas, 2010, ps. 86-87)

No mesmo sentido é a jurisprudência da Casa:

Responsabilidade civil e Direito do Consumidor. Recurso especial. Concessionária prestadora de serviço de telefonia. Envio de cobranças para o endereço de homônima, em virtude de a verdadeira cliente ter fornecido comprovação de residência inverídica. Danos morais. Inexistência. Revisão do entendimento do Tribunal de origem. Reexame de provas. Inviabilidade.

1. É tranquila a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que mero aborrecimento, mágoa ou excesso de sensibilidade por parte de quem afirma dano moral, por serem inerentes à vida em sociedade, são insuficientes à caracterização do abalo, visto que tal *depende da constatação, por meio de exame objetivo e prudente arbítrio, da real lesão à personalidade daquele que se diz ofendido*.

[...]

5. Recurso especial não provido.

(REsp 944.308/PR, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 06/03/2012, DJe 19/03/2012)

Recurso especial. Responsabilidade civil. Indenização por danos morais. Imóvel. Defeito de construção. Infiltrações em apartamento. Possibilidade de utilização. Constatação, pelas instâncias ordinárias. Lamentável dissabor. Dano moral. Não caracterizado. Recurso especial improvido.

I - As recentes orientações desta Corte Superior, a qual alinha-se esta Relatoria, caminham no sentido de se afastar indenizações por danos morais nas hipóteses em que há, na realidade, aborrecimento, a que todos estão sujeitos.

II - Na verdade, a vida em sociedade traduz, infelizmente, em certas ocasiões, dissabores que, embora lamentáveis, não podem justificar a reparação civil, por dano moral. *Assim, não é possível se considerar meros incômodos como ensejadores de danos morais, sendo certo que só se deve reputar como dano moral a dor, o vexame, o sofrimento ou mesmo a humilhação que, fugindo à normalidade, interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, chegando a causar-lhe aflição, angústia e desequilíbrio em seu bem estar.*

III - No caso, a infiltração ocorrida no apartamento dos ora recorrentes, embora tenha causado, é certo, frustração em sua utilização, não justifica, por si só, indenização por danos morais.

Isso porque, embora os defeitos na construção do bem imóvel tenham sido constatados pelas Instâncias ordinárias, tais circunstâncias, não tornaram o imóvel impróprio para o uso.

IV - Recurso especial improvido.

(REsp 1.234.549/SP, Rel. Ministro Massami Uyeda, Terceira Turma, julgado em 01/12/2011, DJe 10/02/2012)

Responsabilidade civil. Dano moral. Notificação feita pelo estabelecimento bancário a correntista, comunicando-lhe o intento de não mais renovar o contrato de abertura de crédito. Exercício regular de um direito. Mero aborrecimento insuscetível de embasar o pleito de reparação por dano moral.

[...]

- *Mero aborrecimento, dissabor, mágoa, irritação ou sensibilidade exacerbada estão fora da órbita do dano moral.*

Recurso especial conhecido e provido.

(REsp 303.396/PB, Rel. Ministro Barros Monteiro, Quarta Turma, julgado em 05/11/2002, DJ 24/02/2003, p. 238)

7. Em outro giro, é “necessário muito cuidado com a preservação da liberdade de iniciativa dos agentes econômicos, que não pode ser tolhida de

forma desproporcional. A condenação por dano moral em casos que não afetem interesses existenciais merecedores de tutela sanciona o exercício e o custo da atividade econômica, onerando o próprio consumidor, em última instância” (ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe; FARIAS; Cristiano Chaves de. *Novo tratado de responsabilidade civil*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 310).

É notório o surgimento de bancos exclusivamente digitais e, nos últimos anos, visível a movimentação dos bancos tradicionais no sentido de reduzirem sensivelmente o número de agências que prestam atendimentos presenciais.

Nesse passo, Konrad Hesse observa que, ordinariamente, é o legislador democrático que está devidamente aparelhado para a apreciação das limitações necessárias à autonomia privada em face dos outros valores e direitos constitucionais (HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1998, p. 285).

De fato, o art. 4º, II, do CDC estabelece que a Política Nacional das Relações de Consumo implica ação governamental para proteção ao consumidor, sendo que as normas municipais que estabelecem tempo máximo de espera em fila têm coerção, prevendo a respectiva sanção (multa), que caberá ser aplicada pelo órgão de proteção ao consumidor competente, à luz de critérios do regime jurídico de Direito Administrativo.

Em vista disso, o uso da reparação dos danos morais como instrumento para compelir o banco a fornecer serviço de qualidade, como expresso na causa de pedir da presente ação, desborda do fim do instituto, a par de ocasionar enriquecimento sem causa.

Além do mais, por não estar o Judiciário legitimado e aparelhado para estabelecer limitações que se façam necessárias à autonomia privada, pode haver consequências imprevisíveis no âmbito do mercado, em prejuízo da própria generalidade dos consumidores, notadamente daqueles mais vulneráveis.

É sempre oportuno ponderar que, pela análise econômica do direito, a intervenção judicial pode ser fonte de externalidades negativas ao eventualmente elevar os custos de transação, podendo simplesmente retirar ou restringir algumas práticas negociais do mercado ou, em alguns casos, aumentar o preço de bens e serviços sem que haja, em contrapartida, um benefício proporcional em termos de satisfação social, gerando externalidades em cadeia (TIMM, Luciano Benetti. *Ainda sobre a função social do direito contratual no Código Civil*

brasileiro: Justiça Distributiva *versus* Eficiência Econômica. Revista da AMDE, v. 2, 2009, p. 31).

Com efeito, no exame de causas que compõem o fenômeno processual da denominada litigância frívola, o magistrado deve levar em consideração que, assim como o Direito, o próprio Judiciário pode afetar de forma clara os custos das atividades econômicas ao não apreciar detidamente todas as razões e os fatos da causa; muito embora seja certo que há, é claro, uma vinculação de todas as relações contratuais à função social, “não se pode confundir a função social do contrato com a justiça social a ser implementada pelo Estado através de políticas públicas” (TIMM, Luciano Benetti. *O novo direito civil*: ensaios sobre o mercado, a reprivatização do direito civil e a privatização do direito público. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 113-125).

8. Diante do exposto, dou parcial provimento ao recurso especial para julgar improcedente o pedido formulado na inicial, estabelecendo custas e honorários advocatícios sucumbenciais, arbitrados em R\$ 3.000,00 (três mil reais), que serão integralmente arcados pelo autor, observada a eventual gratuidade de justiça.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.769.201-SP (2018/0033038-2)

Relatora: Ministra Maria Isabel Gallotti

Recorrente: Gustavo Angeli Piva

Recorrente: Pedro Vinicius Baptista Gervatoski Lourenco

Advogados: Pedro Vinicius Baptista Gervatoski Lourenço (em causa própria) e outros - SP330340

Gustavo Angeli Piva - SP349646

Recorrido: Bradesco BCN Leasing S/A - Arrendamento Mercantil

Advogado: João Orlando Pavão e outro(s) - SP043218

Interes.: Pedro Jose Possato Fi

Interes.: Pedro Jose Possato

Interes.: Maria das Gracas de Toledo Possato

EMENTA

Processual Civil. Recurso especial. Execução. Prescrição intercorrente. Honorários em favor do executado. Descabimento. Causalidade. Ausência de sucumbência do exequente.

1. Declarada a prescrição intercorrente por ausência de localização de bens, incabível a fixação de verba honorária em favor do executado, eis que, diante dos princípios da efetividade do processo, da boa-fé processual e da cooperação, não pode o devedor se beneficiar do não-cumprimento de sua obrigação.

2. A prescrição intercorrente por ausência de localização de bens não retira o princípio da causalidade em desfavor do devedor, nem atrai a sucumbência para o exequente.

3. Recurso especial a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

Prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Ministro Antonio Carlos Ferreira acompanhando a relatora, a Quarta Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso especial, nos termos do voto da relatora. Os Srs. Ministros Antonio Carlos Ferreira (Presidente), Marco Buzzi, Luis Felipe Salomão e Raul Araújo votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília (DF), 12 de março de 2019 (data do julgamento).

Ministra Maria Isabel Gallotti, Relatora

DJe 20.3.2019

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Maria Isabel Gallotti: Trata-se de recurso especial interposto de acórdão que recebeu a seguinte ementa:

Arrendamento mercantil. Ação de reintegração de posse cc. perdas e danos. Prescrição intercorrente. Honorários Advocatícios. Verba indevida.

Sentença mantida. Recurso não provido.

Os recorrentes apontam ofensa aos arts. 85 do Código de Processo Civil e 23 da Lei 8.906/04.

Alegam que o proveito econômico se confunde com o valor atualizado da causa.

Argumentam que mesmo nos casos em que a prescrição intercorrente ocorra *ex officio*, ainda assim, serão devidos honorários advocatícios pela aplicação do princípio da causalidade, visto que a parte teria movimentado o Judiciário e teria dado causa à própria derrota. Afirmam:

No caso em tela, não houve declaração de ofício da prescrição, mas sim petição clara, precisa e fundamentada destes recorrentes, que após analisar o processo, antigo e complexo, formular o requerimento, que foi aberto para vistas do banco recorrido, que mesmo assim não se manifestou.

Houve, portanto, atuação direta, analítica e adequada destes patronos, em uma causa que já perdurava há 20 anos e que foi vencida pelos clientes dos recorrentes, graças aos recorrentes.

Portanto, seja pelo princípio da causalidade, seja pela atuação direta e exitosa dos recorrentes, deve ser reformado o venerável acórdão proferido, condenando a recorrida no pagamento das verbas sucumbenciais.

Postulam reforma do acórdão para que haja condenação em verba honorária à base de 10% a 20% do valor atualizado da causa.

Contrarrazões não apresentadas (certidão à e-STJ fl. 598).

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Maria Isabel Gallotti (Relatora): A questão envolve interpretação do art. 85 do Código de Processo Civil em processo no qual houve extinção por prescrição intercorrente.

Extraio da sentença:

A 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, ao qual incumbe uniformizar a interpretação da lei federal, alterou sua interpretação sob o tema da prescrição intercorrente em execuções cíveis.

Até então considerava que pressuposto para que se iniciasse o prazo respectivo era a inércia do credor, deixando de promover atos para localização de bens etc. A simples falta de bens penhoráveis, após esgotados os meios para

sua localização, não bastava para início do prazo prescricional. O que resultava na imprescritibilidade das execuções quando, após esgotados meios para localização de bens, eram suspensas, nos termos do art. 791, III, do CPC. Poderiam ser desarquivadas anos, décadas depois, para retomada de seu curso.

Pela nova orientação da 3ª Turma - a qual, juntamente com a 4ª Turma, são as duas às quais cabe a apreciação da matéria no âmbito do STJ -, não é preciso inércia do credor. Basta o decurso do tempo sem localização de bens penhoráveis.”

(...)

Por essas razões, reconhece-se a consumação da prescrição intercorrente, pois a presente execução foi suspensa em 09/01/2009, o prazo de um ano decorreu em 09/01/2010 e, a partir de então, iniciou-se o prazo de prescrição quinquenal, de cinco anos (arts. 206, § 5º, I, do Código Civil), consumado em 09/01/2015, com a inércia do exequente.

Observe, por fim, não se justificar condenação da parte exequente em sucumbência, pois não deu causa à extinção pela prescrição, uma vez que não se trata de inércia, mas do simples fato objetivo do decurso do tempo.

Houve apelação apenas dos advogados da devedora, em nome próprio, postulando a condenação do credor em honorários de sucumbência.

O Tribunal de origem negou provimento à apelação, com os seguintes fundamentos:

No caso concreto, no que tange à condenação ao pagamento de honorários advocatícios, tem-se que foram os executados que deram causa à propositura da ação e não parece razoável que além de não receber o crédito que lhe cabe, seja a exequente ainda obrigada a pagar os honorários de sucumbência em razão da extinção da execução atingida pela prescrição intercorrente.

Em remate, as razões recursais não se mostram aptas a infirmar as conclusões da respeitável sentença, que deve ser confirmada na esteira de seus próprios e jurídicos fundamentos.

Diante do exposto, nega-se provimento ao recurso.

Incensurável, ao meu sentir, o acórdão recorrido.

A alteração de jurisprudência à qual se referiu a sentença foi consolidada no julgamento do Incidente de Assunção de Competência, no REsp 1.604.412-SC, julgado pela 2ª Seção, sob a relatoria do Ministro Marco Aurélio Bellizze, assim ementado:

Recurso especial. Incidente de Assunção de Competência. Ação de execução de título extrajudicial. Prescrição intercorrente da pretensão executória. Cabimento.

Termo inicial. Necessidade de prévia intimação do credor-exequente. Oitiva do credor. Inexistência. Contraditório desrespeitado. Recurso especial provido.

1. As teses a serem firmadas, para efeito do art. 947 do CPC/2015 são as seguintes:

1.1 Incide a prescrição intercorrente, *nas causas regidas pelo CPC/73*, quando o exequente permanece inerte por prazo superior ao de prescrição do direito material vindicado, conforme interpretação extraída do art. 202, parágrafo único, do Código Civil de 2002.

1.2 O termo inicial do prazo prescricional, na vigência do CPC/1973, conta-se do fim do prazo judicial de suspensão do processo ou, inexistindo prazo fixado, do transcurso de um ano (aplicação analógica do art. 40, § 2º, da Lei 6.830/1980).

1.3 O termo inicial do art. 1.056 do CPC/2015 tem incidência apenas nas hipóteses em que o processo se encontrava suspenso na data da entrada em vigor da novel lei processual, uma vez que não se pode extrair interpretação que viabilize o reinício ou a reabertura de prazo prescricional ocorridos na vigência do revogado CPC/1973 (aplicação irretroativa da norma processual).

1.4. O contraditório é princípio que deve ser respeitado em todas as manifestações do Poder Judiciário, que deve zelar pela sua observância, inclusive nas hipóteses de declaração de ofício da prescrição intercorrente, devendo o credor ser previamente intimado para opor algum fato impeditivo à incidência da prescrição.

2. No caso concreto, a despeito de transcorrido mais de uma década após o arquivamento administrativo do processo, não houve a intimação da recorrente a assegurar o exercício oportuno do contraditório.

3. Recurso especial provido. (Incidente de Assunção de Competência no REsp 1.604.412-SC, rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, DJe 13.2.2017)

A consumação da prescrição intercorrente, segundo o entendimento hoje estabelecido na 2ª Seção, não mais depende da inércia do devedor em dar andamento à execução processo, após para tanto intimado. A prescrição intercorrente decorre de fato objetivo, o mero decurso do tempo sem a localização de bens penhoráveis.

O sistema jurídico tem como escopo a harmonia, a segurança e a paz social. A submissão a suas regras e o dever de cumprimento das obrigações que delas se extrai é pressuposto da higidez do sistema. Na impossibilidade de exercício arbitrário das próprias razões, o recurso ao Poder Judiciário é a via adequada para obter o adimplemento de obrigações não cumpridas espontaneamente.

O credor de título executivo - judicial ou extrajudicial - tem o direito de receber do devedor, no prazo avençado, a obrigação expressa no título. O não

adimplemento da obrigação líquida e certa é conduta antijurídica, e dá causa ao ajuizamento de medida executória.

O credor que promove a execução teve seu patrimônio desfalcado e promove a execução devido à falta de cumprimento da obrigação pelo devedor. Se não logra localizar bens penhoráveis durante o prazo de prescrição aplicável à relação jurídica, a consequência inevitável será a prescrição, a perpetuação do desfalque patrimonial, em prol de valor maior, a paz social. Não se pode, todavia, ao meu sentir, considerar que foi o credor insatisfeito o causador do ajuizamento da execução, penalizando-o não apenas com a perda irremediável de seu patrimônio, mas também com o pagamento de honorários ao advogado do devedor.

Nos casos de execução extinta pela prescrição intercorrente, o princípio da causalidade incide, portanto, em desfavor do executado, eis que ele dá causa ao pedido executório ao não efetuar o pagamento ou não cumprir a obrigação de forma espontânea.

Tal entendimento tem por base a jurisprudência desta Corte, segundo a qual a responsabilidade pelo pagamento de honorários e custas deve ser fixada com base no princípio da causalidade, segundo o qual a parte que deu causa à instauração do processo deve suportar as despesas dele decorrentes. Confirmam-se os seguintes exemplos:

Agravo regimental no agravo em recurso especial. Processual Civil. Juros. Rubrica acessória. Prescrição. Incidência do prazo da obrigação principal. Fixação dos honorários. Sucumbência e princípio da causalidade. Modificação. Decorrência lógica do julgado. Ofensa à coisa julgada. Não ocorrência. Agravo desprovido.

(...)

2. A responsabilidade pelo pagamento de honorários e custas deve ser fixada com base na sucumbência e no princípio da causalidade, segundo o qual a parte que deu causa à instauração do processo deve suportar as despesas dele decorrentes.

(...)

4. Agravo regimental a que se nega provimento.

(Quarta Turma, AgRg no AREsp 38.930/PR, Rel. Ministro Raul Araújo, DJe de 30.3.2015)

Agravo regimental no agravo em recurso especial. 1. Violação do art. 535 do CPC. Não ocorrência. 2. Afronta aos arts. 20 e 26 do Código de Processo Civil

não verificada. Conclusão do Tribunal de origem de que a agravante deu causa à instauração da ação, em que pese a desistência do feito pelo agravado/autor. Princípio da causalidade. Precedentes. Inversão do julgado. Óbice da Súmula 7/STJ. 3. Recurso improvido.

(...)

2. “No processo civil, para se aferir qual das partes litigantes arcará com o pagamento dos honorários advocatícios e custas processuais, deve-se atentar não somente à sucumbência, mas também ao princípio da causalidade, segundo o qual a parte que deu causa à instauração do processo deve suportar as despesas dele decorrentes” (REsp n. 1.223.332/SP, Relator o Ministro Luis Felipe Salomão, DJe de 15/8/2014). Na espécie, entendeu a Corte de origem, motivadamente e após minuciosa análise do caso concreto e das provas contidas nos autos, que a agravante foi quem deu causa à propositura da demanda, o que atrai o princípio da causalidade e impõe a ela o dever de arcar com as despesas do processo e com os honorários advocatícios. Ademais, inverter a conclusão fática alcançada pelo Tribunal de origem no sentido de que a agravante provocou o ajuizamento da ação encontra óbice no enunciado n. 7 da Súmula desta Corte.

3. Agravo regimental a que se nega provimento.

(Terceira Turma, AgRg no AREsp 604.325/SP, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, DJe de 25.2.2015)

Recurso especial. Bancário. Busca e apreensão. Pagamento das prestações em atraso. Desistência da ação. Condenação da autora ao pagamento das custas e dos honorários sucumbenciais. Inadmissibilidade.

1. Extinção sem o julgamento do mérito de ação de busca e apreensão em razão de desistência formulada pela instituição financeira autora após o pagamento, pelo réu, das prestações em atraso do contrato de financiamento.

2. Se, em que pese a desistência da parte autora, ficar evidenciada que a instauração do processo decorreu do comportamento do réu (inadimplemento da obrigação), é inviável a condenação da autora ao pagamento das custas e dos honorários de sucumbência.

3. Inteligência da regra do art. 26 do CPC a ser interpretada em conformidade com o princípio da causalidade.

4. *Recurso especial não provido.* (REsp 1.347.368/MG, Relator o Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, DJe de 05/12/2012)

Recurso especial. Direito Falimentar. Crédito trabalhista. Execução trabalhista. Depósito elisivo. Prescrição de título proferido por Justiça Trabalhista. Incompetência da Justiça Comum. Renúncia tácita. Honorários advocatícios devidos mesmo após o pagamento do depósito elisivo nos termos da Súmula 29 do STJ. Princípio da causalidade.

1. Foge à competência da Justiça comum apreciar a legitimidade de crédito trabalhista, a eficácia da sentença trabalhista e seu prazo prescricional, assim como interesse de agir da autora ao desistir de execução no Juízo trabalhista. É contraditória a atitude da parte que efetua o depósito elisivo e pretende discutir a prescrição do título proferido pelo Juízo trabalhista, nos autos da ação de falência em curso na Justiça comum.

2. A partir do depósito elisivo - se completo -, conjugado com a contestação, o requerimento de falência transforma-se em ação de cobrança. O fato é que a sentença denegatória da falência pode ser baseada na improcedência dos argumentos do requerente ou apenas na realização do depósito elisivo. Sendo opção do requerido o depósito elisivo, caso seja feita adicionalmente a contestação, não se pode olvidar que houve uma demanda de análise de seus argumentos de defesa, tanto por parte do Judiciário como por parte dos advogados do autor.

3. São devidos honorários advocatícios mesmo após o efetuado o depósito elisivo nos termos da Súmula 29 do STJ. Isso porque, não pode o juiz declarar elidida a falência e extinguir o processo sem que o credor seja previamente ouvido sobre o depósito realizado.

Transformada a causa em ação de cobrança, esta torna-se sujeita aos princípios legais da sucumbência.

4. No caso concreto, a Corte estadual asseverou que ocorreu resistência a pleito de ação de falência por parte do ora recorrente, ao apresentar defesa em conjunto com o depósito elisivo.

No processo civil, para se aferir qual das partes litigantes arcará com o pagamento dos honorários advocatícios e custas processuais, deve-se atentar não somente à sucumbência, mas também ao princípio da causalidade, segundo o qual a parte que deu causa à instauração do processo deve suportar as despesas dele decorrentes.

5. Recurso especial não provido.

(REsp 1.223.332/SP, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 22/05/2014, DJe 15/08/2014)

Direito Processual Civil. Recurso especial. Aplicação do CPC/1973. Embargos de terceiro. Averbação da existência de execução no registro de veículo pertencente a terceiro. Justo receio de indevida turbação na posse. Interesse de agir verificado. Honorários advocatícios. Princípio da causalidade.

1. Embargos de terceiro opostos em 23/08/2013. Recurso especial interposto em 05/08/2015 e atribuído a esta Relatora em 25/08/2016.

Aplicação do CPC/73.

2. O propósito recursal consiste em definir se é possível a oposição de embargos de terceiro preventivos, isto é, antes da efetiva constrição judicial

sobre o bem. Hipótese em que foi averbada a existência de ação de execução no registro de veículo de propriedade e sob a posse de terceiro.

3. Os embargos de terceiro constituem ação de natureza contenciosa que tem por finalidade a defesa de um bem objeto de ameaça ou efetiva constrição judicial em processo alheio.

4. Em que pese a redação do art. 1.046, *caput*, do CPC/73, admite-se a oposição dos embargos de terceiro preventivamente, isto é, quando o ato judicial, apesar de não caracterizar efetiva apreensão do bem, configurar ameaça ao pleno exercício da posse ou do direito de propriedade pelo terceiro.

5. Sendo promessa constitucional a inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV, da CF/88), o direito processual reconhece a viabilidade da tutela preventiva, tradicionalmente chamada de inibitória, para impedir a prática de um ato ilícito, não se condicionando a prestação jurisdicional à verificação de um dano.

6. A averbação da existência de uma demanda executiva, na forma do art. 615-A do CPC/73, implica ao terceiro inegável e justo receio de apreensão judicial do bem, pois não é realizada gratuitamente pelo credor; pelo contrário, visa assegurar que o bem possa responder à execução, mediante a futura penhora e expropriação, ainda que seja alienado ou onerado pelo devedor, hipótese em que se presume a fraude à execução.

7. Assim, havendo ameaça de lesão ao direito de propriedade do terceiro pela averbação da execução, se reconhece o interesse de agir na oposição dos embargos.

8. “Em embargos de terceiro, quem deu causa à constrição indevida deve arcar com os honorários advocatícios” (Súmula 303/STJ).

9. Recurso especial conhecido e provido.

(REsp 1.726.186/RS, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 08/05/2018, DJe 11/05/2018)

Processual Civil. Embargos de declaração no agravo interno no agravo em recurso especial. Servidor público. Enunciado Administrativo n. 3/STJ. Omissões caracterizadas. Ofensa ao art. 535, II, CPC/1973. Inocorrência. Violação ao art. 20 do CPC/1973. Condenação da Fazenda em honorários. Acórdão que afasta a prescrição e determina a continuação da execução. Inversão da sucumbência. Honorários devidos. Precedentes. Embargos de declaração acolhidos, com efeitos infringentes, para se conhecer parcialmente do recurso especial e, nessa extensão, negar-lhe provimento.

1. A atribuição de efeitos infringentes, em sede de embargos de declaração, somente é admitida em casos excepcionais, os quais exigem, necessariamente, a ocorrência de qualquer dos vícios previstos no art. 1.022 do CPC/2015. Restando configurada as omissões apontadas, necessário o acolhimento dos embargos, com efeitos infringentes, para se conhecer parcialmente do recurso especial.

2. Não há que se falar em omissão do Tribunal de origem quando a matéria foi expressamente apreciada naquela Corte, bem como quando a questão supostamente omissa, relacionada à tese defensiva apresentada em exceção de pré-executividade, não foi sequer enfrentada pelo juízo de primeiro grau, tendo em vista o reconhecimento da prescrição da pretensão executória e extinção da execução.

3. A jurisprudência deste Tribunal Superior firmou-se no sentido de que a condenação em honorários advocatícios pauta-se pelo princípio da causalidade, ou seja, somente aquele que deu causa à demanda ou ao incidente processual é quem deve arcar com as despesas deles decorrentes.

4. Embargos de declaração acolhidos, com efeitos modificativos, para se conhecer parcialmente do recurso especial e, nessa extensão, negar-lhe provimento.

(EDcl no AgInt no AREsp 961.343/RJ, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 24/04/2018, DJe 03/05/2018)

Esse princípio inspirou o entendimento compendiado no enunciado 303 da Súmula deste Tribunal: “Em embargos de terceiro, quem deu causa à constrição indevida deve arcar com os honorários advocatícios.”

Com efeito, o fato de o exequente não localizar bens do devedor não pode significar mais uma penalidade em desfavor daquele que, embora tenha decisão meritória favorável, não vem a obter êxito prático com o processo.

Do contrário, o devedor que não apresentou bens suficientes ao cumprimento da obrigação ainda sairia vitorioso na lide, fazendo jus à verba honorária em prol de sua defesa, o que se revelaria teratológico, absurdo, aberrante.

Não fosse o suficiente, tem-se que o sistema processual civil consagra os princípios da efetividade (art. 4º), da boa-fé processual (art. 5º) e da cooperação (art. 6º), tudo no intento de que a prestação jurisdicional seja não somente rápida e correta, mas também eficaz, efetiva.

A parte move a execução no intento de que haja a satisfação da obrigação e de que a seu título seja dada eficácia.

Se não houve satisfação por impossibilidade material, por ausência de cooperação por parte do devedor, não há de se fazer com que o exequente arque com os ônus, eis que não deu causa ao processo.

Deve-se acrescentar, por fim, que a alegação da parte recorrente quanto à suposta inércia do exequente na movimentação do processo não foi referendada

pelos julgados na origem, sendo tema circunscrito à análise de matéria fática da lide, inviável de apreciação nesta sede, nos termos do verbete n. 7 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça.

Assim, seja pela ausência de causalidade, seja pela ausência de amparo do sistema processual ou mesmo pela ausência de sucumbência do exequente, não há de se dar guarida ao recurso, devendo ser mantidos os provimentos jurisdicionais ordinários nos seus corretos termos.

Em face do exposto, nego provimento ao recurso especial.

É como voto.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Antonio Carlos Ferreira: Trata-se de recurso especial interposto contra acórdão do TJSP assim ementado (e-STJ, fl. 567):

Arrendamento mercantil. Ação de reintegração de posse cc. perdas e danos. Prescrição intercorrente. Honorários Advocatícios. Verba indevida. Sentença mantida. Recurso não provido.

As razões recursais (e-STJ, fls. 586/593) apontam violação dos arts. 85, § 1º, do CPC/2015 e 23 da Lei Federal n. 8.906/1994. Argumentam os recorrentes, outrossim, ofensa ao princípio da causalidade. Em síntese, a irrisignação volta-se contra o comando da sentença (e-STJ, fls. 531/534), confirmado pelo TJSP (e-STJ, fls. 564/568), que embora tenha decretado a prescrição intercorrente da pretensão do credor-recorrido, deixou de arbitrar honorários advocatícios sucumbenciais em favor do patrono dos recorrentes.

A em. Relatora, Ministra *Maria Isabel Gallotti*, em voto que apresentou na sessão de 9/10 p.p., negou provimento ao recurso especial. Ressaltou S. Exa. que, ante o entendimento firmado em julgamento da Segunda Seção desta Corte (IAC no REsp 1.604.412/SC, Rel. Ministro *Marco Aurélio Bellizze*, Segunda Seção, julgado em 27/06/2018, DJe 22/08/2018), o reconhecimento da prescrição intercorrente não mais depende da inércia do devedor, bastando o fato objetivo do decurso do tempo sem a localização de bens penhoráveis.

Ponderou, ademais, que o credor do título executivo tem o direito de reivindicar o cumprimento da obrigação no prazo avençado, e que a causa do ajuizamento da execução é o inadimplemento do devedor. Desse modo, o

exequente – que teve seu patrimônio reduzido e viu-se forçado ao ajuizamento da demanda executiva – suportará a perpetuação do desfalque patrimonial se acaso não localizar bens penhoráveis do devedor durante o curso do prazo prescricional, consequência que não pode ser atribuída a sua atuação.

Em tais circunstâncias, concluiu que “[n]ão se pode (...) considerar que foi o credor insatisfeito o causador do ajuizamento da execução, penalizando-o não apenas com a perda irremediável de seu patrimônio, mas também com o pagamento de honorários advocatícios ao advogado do devedor”. Sob essa perspectiva, assentou que a causalidade milita em desfavor do executado, que portanto deve ser o responsável pelo custeio da verba sucumbencial, na forma da jurisprudência assente deste Tribunal Superior.

Pedi vista.

Acompanho o entendimento expresso no voto da em. Relatora.

A propositura da execução, a rigor, é fato cuja causa somente pode ser atribuída ao devedor, que não cumpriu sua obrigação no tempo e modo oportunos. Ora, diante de um inescusável inadimplemento, a demanda executiva é a única forma de o credor obter a satisfação de seu crédito, haja vista que, como bem pontuado pela em. Relatora, ele não pode fazer uso arbitrário de suas próprias razões. Com efeito, é pressuposto para a propositura da demanda executiva que a obrigação seja certa, líquida e, sobretudo, exigível (CPC/2015, art. 783, parte final). A exigibilidade, naturalmente, resulta da injustificada impontualidade do devedor.

Sob os influxos da doutrina de Chiovenda, a legislação processual civil preconiza, como regra para a distribuição da responsabilidade pelo pagamento dos honorários advocatícios, o princípio da sucumbência. Nesse sentido é inequívoco o texto do art. 85 do Código de Processo Civil em vigor:

Art. 85. A sentença condenará **o vencido** a pagar honorários ao advogado do vencedor.

Na vigência da lei processual anterior, que igualmente previa a responsabilidade do vencido pelo pagamento dos honorários e demais despesas (CPC/1973, art. 20, *caput*, primeira parte), a jurisprudência desta Corte, consciente de que apenas a sucumbência não se afigura bastante para solucionar todas as hipóteses processuais, consagrou o princípio da causalidade como critério complementar e subsidiário para a distribuição dos encargos sucumbenciais. Cito, a propósito, os seguintes julgados:

Processual Civil. Embargos à execução fiscal. Pedido julgado parcialmente procedente. Honorários advocatícios. Princípio da sucumbência.

(...)

4. O arbitramento da verba honorária não toma por base a situação acima, mas sim a sucumbência (quem é o vencido e em que proporção ficou vencido). O princípio da causalidade é utilizado para evitar distorções na identificação abstrata da parte vencida na demanda - típico exemplo é o dos Embargos de Terceiro, ajuizados para anular penhora realizada indevidamente sobre imóvel regularmente alienado mas não registrado no respectivo Cartório competente, sem que tenha havido resistência da parte exequente ao tomar ciência de tal fato.

(...)

(REsp 1.673.519/RS, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 19/09/2017, DJe 09/10/2017)

Agravo regimental no recurso especial. Ação de prestação de contas. Segunda fase. Violação do art. 535 do CPC. Inexistência. Ilegitimidade passiva. Revisão. Impossibilidade. Súmula 7/STJ. Encargos sucumbenciais. Princípio da causalidade. Súmula 303/STJ.

(...)

3. O princípio da sucumbência, insculpido no art. 20 do CPC, está umbilicalmente ligado ao princípio da causalidade, segundo o qual aquele que deu causa à instauração do processo deve arcar com as despesas dele decorrentes.

(...)

(AgRg no REsp 1.280.289/MG, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 05/06/2014, DJe 17/06/2014)

Agravo interno no recurso especial. Processual Civil. Art. 535, II, do CPC/1973. Omissão. Inexistência. Ação anulatória de ato jurídico. Arrematação de imóvel. Erro do avaliador e preço vil. Reconhecimento pelo Tribunal de origem. Ausência de impugnação anterior. Cabimento da ação. Art. 486 do CPC/1973. Preponderância da prova documental. Art. 364 do CPC/1973. Reexame de prova. Súmula 7/STJ. Honorários advocatícios. Fixação com base da sucumbência. Princípio da causalidade. Não incidência. Recurso improvido.

(...)

5. Nos termos do art. 20 do CPC/1973, "a sentença condenará o vencido a pagar ao vencedor as despesas que antecipou e os honorários advocatícios", devendo a verba honorária, em princípio, ser considerada com base na sucumbência apenas, uma vez que o princípio da causalidade somente se justifica em circunstâncias peculiares, nas quais não se mostra possível falar em vencedor e vencido, como nos casos de extinção do processo sem resolução de mérito, ou outras situações excepcionais.

(...)

(AgInt no REsp 1.198.524/PR, Rel. Ministro Lázaro Guimarães (Desembargador Convocado do TRF 5ª Região), Quarta Turma, julgado em 20/02/2018, DJe 26/02/2018)

Recurso especial. Processual Civil. Violação ao art. 20 do CPC/73. Não ocorrência. Denúnciação à lide. Inexistência. Intervenção *iussu iudicis*. Excepcionalidade não configurada. Princípio da sucumbência e princípio da causalidade. (CPC, art. 47, parágrafo único). Recurso desprovido.

(...)

3. Em se tratando de hipótese em que não houve, tecnicamente, vencido nem vencedor, tendo em vista que o feito foi extinto sem resolução do mérito e que também não se trata de hipótese de perda superveniente de objeto, na qual caberia apurar quem, na origem, deu causa ao ajuizamento da ação, cumpre definir quem motivou o ingresso do terceiro na lide e a quem sua intervenção, ainda que não requerida, favoreceu.

(...)

(REsp 1.170.028/SP, Rel. Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 15/08/2017, DJe 29/08/2017)

Processual Civil. Medida cautelar. Autonomia em relação à ação principal. Inexistência de ofensa ao art. 535 do CPC. Perda superveniente do objeto da cautelar. Honorários advocatícios. Princípios da sucumbência e da causalidade. Cabimento da verba honorária.

(...)

2. As medidas cautelares são autônomas e contenciosas, submetendo-se aos princípios comuns da sucumbência e da causalidade, cabendo ao sucumbente, desde logo, os ônus das custas processuais e dos honorários advocatícios, por serem as cautelares individualizadas em face da ação principal.

3. Ainda que se esvazie o objeto da apelação por superveniente perda do objeto da cautelar, desaparece o interesse da parte apelante na medida pleiteada, mas remanescem os consectários da sucumbência, inclusive os honorários advocatícios, contra a parte que deu causa à demanda.

4. Os honorários advocatícios serão devidos nos casos de extinção do feito pela perda superveniente do objeto, como apregoa o princípio da causalidade, pois a *ratio* desse entendimento está em desencadear um processo sem justo motivo e mesmo que de boa-fé.

5. São devidos os honorários advocatícios quando extinto o processo sem resolução de mérito, devendo as custas e a verba honorária ser suportadas pela parte que deu causa à instauração do processo, em observância ao princípio da causalidade.

Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp 1.458.304/PE, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 18/11/2014, DJe 03/12/2014)

Processual Civil e Administrativo. Ação que tinha por pretensão garantir a participação em licitação. Homologação, adjudicação e cumprimento do objeto do contrato pela autora. Perda superveniente do interesse processual declarada pela Corte de origem (art. 267, VI, do CPC). Condenação da autora em honorários advocatícios. Não aplicação dos princípios da sucumbência e da causalidade. Impossibilidade de se aferir a existência de vencido e de vencedor ou de quem deu injusta causa à instauração da demanda.

(...)

2. O princípio da sucumbência tem por pressuposto lógico, dentro da relação jurídico-processual, a observância clara e precisa de quem sagrou-se vencedor e quem foi vencido na demanda posta sob o exame do Poder Judiciário, o que denota um caráter objetivo - a derrota de uma das partes; todavia, ao ser aplicado pelo magistrado, não deixa de apresentar também um viés subjetivo, máxime quando há sucumbência recíproca. Tem-se, aqui, a incidência do axioma latino *victus victori expensas condenatur*, o que engloba, além das custas processuais, a obrigação do vencido de saldar o valor relativo aos honorários advocatícios do patrono do vencedor.

3. No caso dos autos, a Corte de origem extinguiu o feito sob o fundamento de que ocorrera a ausência de interesse processual do autor ante a perda superveniente do objeto da ação, caso que o princípio da sucumbência não abarca, pois não é possível observar quem foi o vencedor ou o vencido.

4. A exposição do interesse processual pelo autor na inicial pode não explicar a ocorrência de uma justa causa preexistente a respaldar o direito de ação. Sob esse aspecto, não se pode imputar ao réu a obrigação de saldar os honorários advocatícios do patrono daquele se, na declaração de perda superveniente do interesse na lide, não ficar evidenciado que o demandado ocasionou a relação jurídica processual de forma indevida, notadamente como no caso dos autos, em que a sentença julgou improcedente a ação. Diz-se isso porque o réu poderia ter razão em continuar resistindo, mas, por uma situação processual a qual ele não deu causa, acabou por não ter a chance de comprovar, ao final, que a pretensão era incabível ou improcedente.

5. Não se pode aferir do acórdão recorrido que o autor teria razão ao final ou, pelo menos, uma justa razão inicial para litigar; da mesma forma que ao réu não foi imputada a responsabilidade inicial de evitar a lide ou mesmo que dele decorreu algum comportamento voluntário que resultou na perda superveniente do interesse pela finalização do processo, com o julgamento do mérito.

6. A declaração da perda superveniente do interesse processual ou do objeto da ação desacompanhada de um critério empírico que avalie quem deu injusta

causa à demanda não deixa margem à aplicação do princípio da causalidade porque a hipótese se afasta da observância do critério da evitabilidade da lide e do princípio da justiça distributiva.

7. Recurso especial parcialmente provido para afastar a condenação das partes em honorários advocatícios, divergindo do Sr. Relator Ministro Arnaldo Esteves Lima.

(REsp 1.134.249/MG, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Rel. p/ Acórdão Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 01/12/2011, DJe 02/02/2012)

Processual Civil. Agravo regimental Tributário. Recurso especial. Anulatória de débito fiscal. Lei superveniente mais benéfica. PTA e CDA. Cancelamento. Extinção. Condenação do Estado em honorários e custas. Embargos de declaração. Inexistência de violação do art. 535, II, do CPC. Art. 460 do CPC. Fundamentação deficiente. Súmula n. 284/STF. Sucumbência. Princípio da causalidade. Causa superveniente.

(...)

6. A imposição dos ônus processuais, no Direito Brasileiro, pauta-se pelo princípio da sucumbência, norteados pelo princípio da causalidade, segundo o qual aquele que deu causa à instauração do processo deve arcar com as despesas dele decorrentes. (Precedentes: AgRg no REsp 552.723/CE, Rel. Ministro *Arnaldo Esteves Lima*, Quinta Turma, julgado em 06/10/2009, DJe 03/11/2009; AgRg no REsp 379.894/SP, Rel. Ministro *Luis Felipe Salomão*, Quarta Turma, julgado em 19/05/2009, DJe 01/06/2009; REsp 1.019.316/RS, Rel. Ministro *Luiz Fux*, Primeira Turma, julgado em 17/03/2009, DJe 30/03/2009; AgRg no Ag 798.313/PE, Rel. Ministro *Teori Albino Zavascki*, Primeira Turma, julgado em 15/03/2007, DJ 12/04/2007; EREsp 490.605/SC, Rel. Ministro *Antônio de Pádua Ribeiro*, Corte Especial, julgado em 04/08/2004, DJ 20/09/2004; REsp 557.045/SC, Ministro *José Delgado*, DJ 13.10.2003)

7. Em razão do princípio da causalidade, as custas e honorários advocatícios devem ser suportados pela parte que deu causa à extinção do processo sem julgamento do mérito ou pela parte que viesse a ser a perdedora caso o magistrado julgasse o mérito da causa. (AgRg no REsp 552.723/CE, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, DJe 03/11/2009)

(...)

(AgRg no REsp 1.116.836/MG, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 05/10/2010, DJe 18/10/2010)

Esse entendimento apoiou-se na doutrina especializada, colhendo-se das lições de Yussef Said Cahali, em conhecida e aprofundada obra sobre o tema, o seguinte histórico e relevantes ponderações a propósito da aplicação

inter-relacionada de ambos os critérios, afirmando-se a maior amplitude da causalidade, na qual estaria contido o princípio da sucumbência:

Chiovenda fixara conclusivamente como principal característica do princípio moderno de condenação nas despesas processuais exatamente o ser esta condicionada *alla soccombenza pura e semplice*, e não à intenção ou ao comportamento do sucumbente (má-fé ou culpa).

Empenhado em atender rigorosamente à exigência natural de seu pensamento, pretendeu Chiovenda ter encontrado o princípio capaz de abranger em todos os seus aspectos o fundamento da responsabilidade pelos encargos do processo. Construindo o sistema da sucumbência, o seu caráter estritamente objetivo e a sua natureza processual assegurariam a melhor garantia de generalidade e de abstração. *Todavia, ele próprio acabou encontrando pela frente graves dificuldades, que não puderam ser superadas através de um critério unitário. Daí ter a sua colocação primeira se degenerado em uma série de fragmentações casuísticas, na solução das quais o princípio da sucumbência mostra-se absolutamente inidôneo e de todo insuficiente.*

Igualmente, diante de outras situações insuperáveis em termos de sucumbência, buscou-se válida solução para os casos através do critério da evitabilidade da lide. Assim, o reconhecimento do pedido não salva o réu da sucumbência, se não é efetivo e oportuno, de tal modo que tivesse tornado evitável a lide; pois, nesse caso, prevalece a relação de causalidade entre o réu e a lide, a determinar a condenação nas despesas. **O direito do titular deve remanescer incólume à demanda, e a obrigação de indenizar deve recair sobre aquele que deu causa à lide por um fato especial, ou sem um interesse próprio contrário ao interesse do vencedor, seja pelo simples fato de que o vencido é sujeito de um interesse oposto àquele do vencedor.** O que é necessário, em todo caso, é que a lide 'fosse evitável' da parte do sucumbente (o que sempre se subentende, sem qualquer consideração à culpa). E esta evitabilidade poderá consistir seja no abster-se do ato a que a lide é dirigida, seja no adaptar-se efetivamente à demanda, seja em não ingressar na demanda mesma. Sob esse aspecto, vemos que a lide é sempre evitável para o autor, não se podendo dizer o mesmo em relação ao réu. Daí não dizer-se sucumbente o adversário, em todos os casos em que o outro, para obter a declaração de seu direito, tenha a necessidade de obter a sentença do juiz.

(...)

O princípio da causalidade, demonstra Pajardi, oferece a vantagem de um sistema racional, e, assim, de emprego mais seguro, com a vantagem de não encontrar exceção ou limite, e, ao mesmo tempo, de não se prestar a contradições e equívocos.

Deve-se ter presente, contudo, que a idéia da causalidade não se dissocia necessariamente da idéia de sucumbência. Quando se responde à indagação singela

a respeito de qual das partes terá dado causa ao processo, o bom-senso sugere, imediatamente, a resposta: a parte que estava errada (la parte che ha torto); “ciò vuol dire nel processo di cognizione, il soccombente; e nel processo di esecuzione, il debitore, contro il quale sta la prova costituita del titolo esecutivo”.

O que se explica pelo próprio Carnelutti: o pressuposto da obrigação de reembolso das despesas consiste em que tenha dado causa às mesmas uma pessoa diversa daquela que as antecipou. Em outras palavras, la spesa è definitivamente supportata da chi la ha cagionato”, o que quer dizer que a responsabilidade da parte pelas despesas é uma responsabilidade objetiva, estando seu fundamento na “relazione causale tra il danno e la attività di un uomo”.

*Esta relação causal é denunciada segundo alguns indícios, entre os quais o primeiro é a sucumbência. Não há, por isso, nenhuma antítese entre o princípio da causalidade e o princípio da sucumbência, como fundamento da responsabilidade pelas despesas do processo; se o sucumbente as deve suportar, isto acontece porque a sucumbência demonstra que o processo foi causado por ele. Mas **o princípio da causalidade é mais amplo que o da sucumbência, no sentido de que esta é apenas um dos indícios da causalidade**; outros indícios seriam a contumácia, a renúncia ao processo, e, conforme o caso, a nulidade do ato a que a despesa se refere.*

*Também Pajardi ressalta que entre a sucumbência e a causalidade não existe contraste, mas harmonia; trata-se de dois conceitos, do qual o primeiro é o conteúdo, o segundo o continente. **O círculo do princípio da causalidade tem em seu interior vários círculos reveladores da existência do princípio; o mais importante é constituído pelo subcírculo, por assim dizer, da sucumbência. A sucumbência será, sob um plano conceitual e estatístico, ao mesmo tempo, o elemento normalmente revelador mais expressivo da causalidade, pois, normalmente, aquele que sucumbe é exatamente o sujeito que havia provocado o processo, fazendo surgir a necessidade da utilização do instrumento do processo, para que o titular do direito obtivesse coativamente aquilo que espontaneamente não havia obtido.** E, em ordem de disposição, este elemento estatístico constitui a base da construção tradicional do princípio da sucumbência.*

(CAHALI, Youseff Said. *Honorários advocatícios*. 3ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1997. p. 38/44).

Cândido Rangel Dinamarco leciona na mesma linha:

Só por comodidade de exposição alude-se à sucumbência como critério para atribuir o custo final do processo a uma das partes, sabendo-se no entanto que essa é apenas uma regra aproximativa, ou mero indicador do verdadeiro critério a prevalecer, que é o da causalidade: deve responder pelo custo do processo, sempre, aquele que houver dado causa a ele ao propor uma demanda improcedente ou sem necessidade, ou ao resistir a ela sem ter razão.

(DINAMARCO, Cândido Rangel. *Capítulos de sentença*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 92).

Adotando o entendimento consolidado, a nova lei processual previu, de modo expresso, a aplicação do princípio da causalidade nos casos em que houver perda do objeto da demanda, hipótese na qual, em princípio, não se faz possível identificar a parte vencida da relação jurídica processual:

Art. 85. ...

§ 10. Nos casos de perda do objeto, os honorários serão devidos por quem deu causa ao processo.

Penso que as circunstâncias verificadas no caso presente, uma vez declarada a prescrição intercorrente da obrigação exigida, autorizam a aplicação do referido dispositivo, haja vista a perda do objeto da demanda pela extinção da pretensão executiva do ora recorrido. Isso, notadamente, quando observado que o credor só não insistiu na persecução de seu crédito em razão da inexistência de bens do devedor, que fossem suficientes para satisfazer a obrigação. A prescrição foi reconhecida, vale ressaltar, à luz da novel orientação jurisprudencial do STJ a respeito do assunto, consolidada no julgamento do IAC no REsp 1.604.412/SC, relatado pelo em. Ministro *Marco Aurélio Bellizze*.

Deveras, se o feito executivo objetiva o cumprimento de uma obrigação que, por força da prescrição, não mais pode ser exigida pela via judicial, o corolário desse fato jurídico é a conclusão de que a demanda perdeu seu objeto. Daí que o julgamento para distribuir os encargos sucumbenciais deve observar o critério da causalidade, e no caso presente resta evidenciada a responsabilidade do devedor, que com sua impontualidade ensejou o ajuizamento da ação executiva. Foi ele quem, concretamente, deu causa ao processo, cuja extinção resulta de fato objetivo não imputável ao credor, sobretudo ante a referida alteração jurisprudencial. Cito, a propósito:

Afirma-se na doutrina que, sobrevindo fato ou direito dos quais decorra eficácia jurídica superveniente, para a identificação do responsável pelos honorários advocatícios, o juiz deverá apreciar o mérito abstraindo tal eficácia, de modo a responsabilizar quem perderia caso ela não sobreviesse. Na linha dessa orientação a jurisprudência responsabiliza por honorários (i) o réu que cumpre a obrigação após a propositura da demanda, se ele estiver em mora, e (ii) a parte que perderia a demanda caso (a) fato alheio à vontade das partes ou direito superveniente provoque a perda do interesse de agir ou (b) esteja em discussão no processo um direito personalíssimo e uma das partes venha a falecer.

No entanto, caracterizada a sucumbência como mero indício da relação de causalidade entre uma conduta e a necessidade do processo (...), não parece imprescindível um julgamento de mérito tão-somente para a identificação do indício para depois verificar se, na situação concreta, ele terá alguma relevância na apuração do nexa causal. A análise do julgador deve voltar-se diretamente para a causa do processo, à situação do mundo da vida que fez necessária a sua instauração, e, em tal juízo, o mérito será delibado na medida necessária, junto a outros elementos eventualmente relevantes para identificar os contornos da relação de causalidade.

(LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Honorários advocatícios no processo civil [Coleção Theotônio Negrão]*. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 100/102)

É o princípio da causalidade que impõe seja o executado responsável pelo ônus da sucumbência no processo de execução, haja ou não embargos. Com efeito, não efetuado o pagamento do crédito constante de título executivo, o devedor mantém atividade de resistência à satisfação do crédito, causando a necessidade da propositura da ação de execução. Não é sem razão, aliás, que um dos requisitos do processo de execução, a par do título executivo, é o inadimplemento do devedor. Eis por que, quando da determinação de citação do executado, já deve o juiz fixar os honorários a serem pagos pelo executado.

(CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Honorários de sucumbência e princípio da causalidade*. Revista dialética de direito processual, n. 23, fev. de 2005. p. 90/91)

Situação diversa seria aquela na qual o credor propõe a execução quando já consumada a prescrição, hipótese em que a responsabilidade pelo indevido ajuizamento da demanda natimorta não pode, em princípio, ser atribuída ao devedor.

Por outro lado, não cabe afirmar, sob o prisma do direito material, que a extinção da pretensão do credor-recorrido, por fato sucedido durante o trâmite processual, enseja reconhecê-lo como “vencido”, para o fim de se lhe atribuir o ônus previsto no art. 85, *caput*, do CPC/2015, que o recorrente aponta como violado nas razões de seu recurso especial.

A prescrição, vale dizer, nem mesmo importa na extinção da obrigação, senão exclusivamente a impossibilidade de seguir a demanda executiva, sem embargo de o interessado opor o crédito como defesa em eventual demanda proposta pelo aqui recorrente. Isso porque “[a] prescrição pode ser definida como a perda, pelo titular do direito violado, da pretensão à sua reparação. Inviável se admitir, portanto, o reconhecimento de inexistência da dívida e quitação do saldo devedor, uma vez que *a prescrição não atinge o direito subjetivo*

em si mesmo” (REsp 1.694.322/SP, Rel. Ministra Nancy Andrigli, Terceira Turma, julgado em 07/11/2017, DJe 13/11/2017).

Por todo o exposto, adiro aos fundamentos contidos no voto da em. Ministra Relatora para *negar provimento* ao recurso especial.

É como voto.

