

QUARTA TURMA

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO
Nº 91.040 — SP

(Registro nº 95.0060196-6)

Relator: *O Sr. Ministro Fontes de Alencar*

Recorrente: *Zadok de Paula Raphael*

Recorridos: *Thomaz de Souza e outros, e Granja Malavazi Ltda.*

Agravante: *Zadok de Paula Raphael*

Agravada: *Decisão de fl. 56.*

Advogados: *Drs. Zadok de Paula Raphael (em causa própria) e Antônio Carlos Checco*

EMENTA: *Agravo do art. 545 do CPC.*

- **Contra decisão de colegiado não cabe agravo regimental.**
- **Recurso denegado.**
- **Unânime.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Barros Monteiro, Cesar Asfor Rocha e Ruy Rosado de Aguiar. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira.

Brasília, 10 de setembro de 1996
(data do julgamento).

Ministro BARROS MONTEIRO,
Presidente. Ministro FONTES DE
ALENCAR, Relator.

Publicado no DJ de 04-11-96.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO FONTES DE
ALENCAR: Eis o teor da decisão re-
corrida:

Inviável é o agravo de instrumento. Consoante certidão exarada à fl. 50, pela Subsecretaria desta Corte, não consta dos presentes autos o traslado do instrumento procuratório dos advogados dos agravados, peça obrigatória ao conhecimento do recurso, conforme determina o art. 544, § 1º, do C.P.C., com redação dada pela Lei 8.950/84.

Destarte, nego provimento ao presente agravo (art. 254, I, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça).

O recorrente assevera que o agravado é o Presidente da 1ª Câmara do Tribunal, sendo os demais interessados no feito.

VOTO

O SR. MINISTRO FONTES DE ALENCAR (Relator): Às fls. 33/34 está a contraminuta apresentada por Thomaz de Souza e sua mulher e Agropecuária Santa Cruz da Serra S/A.

Na decisão de fl. 48 consta que agravados são: Thomaz de Souza, sua mulher e outro, e Granja Malavazi Ltda.

A certidão de fl. 50 está certa quanto a Thomaz de Souza e sua mulher.

Todavia, ainda que afastado esse ponto, o agravo de instrumento estaria fadado ao insucesso.

O caso é de agravo regimental interposto a acórdão que denegou segurança contra a Primeira Câmara do Primeiro Tribunal de Alçada Civil

“e pelo qual o impetrante, vencido em reintegratória de posse, cuja sentença de procedência já se acha em fase de liquidação, pretende a anulação do respectivo processo, em razão de as custas iniciais não terem sido recolhidas pela autora da possessória” (fl. 18).

O Presidente da Corte paulista assim deliberou:

“A interposição de agravo regimental caracteriza erro inescusável, razão por que, indefiro o seu processamento” (fl. 26).

Ao manter a deliberação, mandou os autos ao Superior Tribunal de Justiça. (fl. 48)

A petição de fls. 2/6 (a do agravo de instrumento) diz que

“Há, no caso, flagrante cerceamento de direito de defesa, que poderia ter sido evitado com a aplicação do princípio da fungibilidade” (fl. 5).

Evidentemente, contra decisão de colegiado não cabe agravo regimental.

Certamente ao caso não se afeiçoa o princípio da fungibilidade.

Isto posto, nego provimento ao agravo.

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 6.924 — MS
(Registro nº 96.0020534-5)

Relator: *O Sr. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira*

Recorrente: *Estado de Mato Grosso do Sul*

Recorrido: *Gabriel Henrique Martins — menor impúbere*

Representado por: *Aparecida de Fátima Martins*

Tribunal de Origem: *Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul*

Impetrado: *Juízo de Direito de Bataiporã-MS*

Interessado: *Augusto Cesar Kruger*

Advogados: *Drs. Sarah Filgueiras Monte Alegre de Andrade Silva e outros*

EMENTA: *Processo Civil. Justiça gratuita. Honorários de perito. Depósito prévio. Recurso provido para comunicar efeito suspensivo ao agravo manifestado pelo Estado.*

I — Em face da perturbação administrativa e orçamentária passível de advir da execução da decisão que determina ao Estado o recolhimento de adiantamento dos honorários do perito, quando requerida a prova pericial pelo autor acobertado pela assistência judiciária, merece provimento o recurso ordinário em mandado de segurança a fim de que seja comunicado efeito suspensivo ao agravo interposto contra aquele decisum.

II — O atendimento pelo Estado da obrigação constitucional de garantir o acesso à Justiça subordina-se, também, à determinação contida no art. 100 da Constituição, de sorte que somente poderá ser feito com verba orçamentária, constante de rubrica criada especificamente para tal fim, na ordem cronológica de apresentação dos precatórios.

III — Ressalvadas as exceções legais, o perito não é obrigado por lei a efetuar o exame pericial sem o adiantamento dos seus honorários, podendo postergar a sua atuação até a liberação daquele precatório, ou até que alguém proveja o pagamento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal

de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do recurso e dar-lhe provimento. Votaram com o Relator os Ministros Bar-

ros Monteiro, Cesar Asfor Rocha, Ruy Rosado de Aguiar e Fontes de Alencar.

Brasília, 20 de agosto de 1996 (data do julgamento).

Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, Presidente e Relator.

Publicado no DJ de 16-09-96.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA: Trata-se de mandado de segurança impetrado com vistas à cassação da decisão ou, alternativamente, à comunicação de efeito suspensivo ao agravo interposto contra a decisão do Juiz de Direito de Bataiporã-MS, que, em investigação de paternidade, promovida por menor impúbere acobertado pelo benefício da justiça gratuita, determinou o adiantamento das despesas relativas à perícia, consistente no exame de DNA, requerida pelo autor.

O relator do feito, Des. Rêmolo Leteriello, indeferiu liminarmente a inicial, em decisão de cujos fundamentos colho:

“Se é o Estado que deve conceder a assistência judiciária aos necessitados, cabe a ele assegurar, na prática, os meios hábeis à consecução desse fim; se não se encontra aparelhado a prestar os serviços de perícia, através de seus órgãos, a toda evidência de-

ve a Fazenda Pública arcar com o pagamento dos serviços prestados por particulares, sob pena de frustração do princípio constitucional que garante aquela assistência”.

O agravo regimental interposto pelo impetrante foi desprovido pelo Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul, que lançou acórdão com esta ementa:

“Agravo regimental — Mandado de segurança — Indeferimento da inicial — Exame DNA requerido pelo beneficiário da assistência judiciária — Obrigação do Estado de suportar as despesas decorrentes, adiantando-as como determinado pelo artigo 19 do Código de Processo Civil — Não incidência do artigo 27 do mesmo Diploma processual.

— A Constituição Federal impõe ao Estado a prestação de assistência judiciária integral e gratuita aos necessitados (artigo quinto, LXXIV) e nessa assistência incluem-se os honorários do perito (artigo terceiro, V, da Lei 1.060/50).

Se a prova pericial é requerida pelo beneficiário da assistência judiciária e não possuindo, o poder público, condições de realizar, através de seus órgãos, o exame pleiteado, está ele obrigado a arcar com as despesas decorrentes, antecipando-lhes o pagamento, sendo aplicável a regra estatuída no artigo 19 do Código de Processo Civil. Não incide, no caso, o artigo 27 do mesmo estatuto proces-

sual, posto que cabível somente no término da demanda e quando a Fazenda Pública exerce atividade meramente interventora no feito ou quando, como parte, nos processos de execução fiscal”.

Contra essa decisão foi manifestado o recurso ordinário em exame, defendendo a tese de que a decisão impugnada contraria o disposto no art. 27, CPC, assim como o art. 100, da Constituição.

O parecer do Ministério Público Federal conclui pelo provimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA (Relator): Certo é que a Fazenda Pública, nos termos da jurisprudência desta Corte, está obrigada a depositar previamente as despesas concernentes à prova pericial, quando, na condição de parte na causa, a requerer. A respeito, confirmam-se, dentre outros, estes precedentes:

— “Honorários de perito. Fazenda Pública. A Fazenda Pública, quando parte na causa, deve depositar previamente os honorários do perito judicial. Unânime” (REsp 10.945-0-SP, DJ 07.12.92, rel. Min. Fontes de Alencar).

— “Processual Civil. Verba do Perito Judicial. Arbitramento quan-

do da apresentação do laudo pericial. Cabimento. Precedente.

A egrégia Primeira Seção desta Corte firmou jurisprudência pacífica no sentido de que a Fazenda Pública e sua autarquia estão sujeitas ao adiantamento das despesas dos atos processuais. Inclusive os referentes à realização de perícia.

Recurso a que se nega provimento. Decisão unânime” (REsp 55.878-SP, DJ 12.12.94, rel. Min. Demócrito Reinaldo).

— “Processual. Honorários do perito. Estado. Depósito prévio. Art. 27 do CPC.

O estado é obrigado a adiantar honorários de perito nos processos em que é autor ou onde tenha requerido prova pericial” (REsp 14.333-SP, DJ 19.12.94, rel. Min. Humberto Gomes de Barros).

— “Processual Civil. Perícia. Despesas. Depósito prévio pela Fazenda Pública. CPC, art. 27.

I — A Fazenda Pública está sujeita ao adiantamento das despesas relativas à realização de perícia. Precedentes.

II — Recurso Ordinário conhecido mas desprovido”. (RMS 4.082-SP, DJ 12.06.95, rel. Min. Pádua Ribeiro).

Por outro lado, como já tive oportunidade de assinalar em sede doutrinária (“Código de Processo Civil

Anotado”, Saraiva, 6ª ed., 1996, pág. 29), citando lição de **Pontes de Miranda**, “a regra do art. 27 se aplica às causas nas quais as pessoas jurídicas de direito público não são parte”. E tal regra prevê o pagamento dessas despesas “a final pelo vencido”.

In casu, não se apresenta a Fazenda Pública como parte e nem se dá a hipótese contemplada no referido art. 27, uma vez não ter sido ela quem requereu a perícia.

Trata-se, na verdade, de hipótese distinta, que sequer se assemelha com os precedentes deste Tribunal nos REsps 15.529-SP (DJ de 9.3.92) e 25.841-RJ (DJ de 21.2.94), ambos da 3ª Turma.

A Subprocuradoria Geral da República, em parecer subscrito pelo Dr. Adalberto Nóbrega, expressa:

“é bem verdade que a Constituição Federal dispõe em seu artigo 5º, LXXIV, que ao Estado caberá prestar ‘assistência judiciária integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos’. Todavia, nela também está previsto que ‘à exceção dos créditos de natureza alimentícia, os pagamentos devidos pela Fazenda Federal, Estadual ou Municipal, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão exclusivamente na ordem, cronológica de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos’ (art. 100, **caput**).

O autor da ação é beneficiário da justiça gratuita, ou seja, nos

termos da Lei 1.060/50 goza de isenções sobre custas, taxas, emolumentos e honorários advocatícios e periciais, entre outros (art. 3º).

O artigo 19 do CPC determina que *salvo disposições concernentes à justiça gratuita*, cabe às partes prover as despesas dos atos que realizam ou requerem no processo, antecipando-lhe o pagamento.

A Fazenda Pública não é parte neste processo. Sua intervenção advém do fato de o juiz monocrático constrangê-la ao pagamento antecipado de honorários resultantes de exame de DNA solicitado pela parte beneficiária da justiça gratuita.

Não se pode olvidar que a Fazenda Pública está sujeita a dotações orçamentárias, e sendo ente de direito administrativo está jungida ao princípio da legalidade. É a própria Lei maior que não lhe permite efetuar o pagamento das despesas processuais sem observar a ordem cronológica de apresentação dos precatórios.

Quando a Fazenda Pública intervém em outra condição que não a de simples parte no processo, aplica-se o art. 27 do CPC (RT 669/95). Ela só estaria sujeita ao adiantamento das despesas se atuasse como autora ou ré.

Os pressupostos para concessão do Mandado de Segurança a fim de conferir efeito suspensivo ao agravo de instrumento estão presentes. A ilegalidade da decisão

objurgada é patente, vez que a administração só pode agir ante a existência de lei que expressamente determine tal pagamento. O direito líquido e certo defendido reside no fato de que o Estado tem o direito-dever de só agir de acordo com a lei”.

Esta Corte, por sua vez, já teve oportunidade de enfrentar matéria quase idêntica, ao julgar pela eg. Terceira Turma o Agravo Regimental na Medida Cautelar nº 150-9/MS (94.0040948-6), de que foi relator o Ministro Eduardo Ribeiro, interposto pelo ora recorrente, buscando a comunicação de efeito suspensivo ao recurso especial, manejado contra o acórdão oriundo do mesmo Tribunal que, julgando agravo de instrumento, determinou o adiantamento de despesas concernentes à perícia requerida pela parte assistida pela justiça gratuita. Esse precedente teve sua ementa assim redigida:

“Assistência judiciária — Determinação de que o Estado efetue o pagamento de custosa perícia.

Liminar concedida para sustar a execução da ordem, até ulterior deliberação, atendendo-se à relevância das alegações do Estado”.

Ao proferir seu voto como relator daquele recurso, observou S. Exa.:

“Considero deva ser provido o recurso para que se suspenda a execução da determinação judicial. As alegações do Estado são relevantes, notadamente quanto à

falta de previsão orçamentária. Se for obrigado a efetuar de logo o pagamento ficará colocado sério problema”.

No caso vertente, tenho que a mesma solução se apresenta como a mais correta.

Efetivamente, em se tratando de crédito cuja natureza sequer tem cunho alimentar, a sua satisfação pelo Estado sem prévia inclusão no orçamento criará distúrbio administrativo e orçamentário, uma vez que, como sabido, as verbas orçamentárias não podem ser utilizadas em finalidades diversas daquelas sob cuja rubrica se acham provisionadas.

E tanto assim é que o Distrito Federal vem de editar lei, segundo noticiado pela Imprensa, exatamente para ensejar o exame “DNA” pelas partes necessitadas.

Com tais considerações, dou provimento ao recurso ordinário para emprestar ao agravo de instrumento o efeito suspensivo pleiteado.

VOTO

O SR. MINISTRO BARROS MONTEIRO: Sr. Presidente, estou de acordo, na linha do precedente da Terceira Turma que V. Exa. mencionou.

O que importa é que, neste caso em particular, a Fazenda não é parte, nem interveniente e não pode ser obrigada a adiantar as despesas correspondentes ao exame.

Acompanho o voto de V. Exa.

VOTO — VOGAL

O SR. MINISTRO RUY ROSADO DE AGUIAR: Sr. Presidente, também acompanho o voto de V. Exa. e faço minhas as palavras do Eminentíssimo Ministro Barros Monteiro. Apenas acrescento que a Constituição garante aos necessitados a assistência judiciária integral e esta somente existirá quando a parte dispuser de meios para fazer a prova da sua pretensão; do contrário, haveria assistência judiciária meramente formal. Acredito, portanto, que é objetivo do Estado chegar ao ponto de oferecer à parte pobre os meios necessários para demonstrar o seu direito. Sem isso, não há acesso efetivo do pobre

à Justiça. Todavia, a regra do art. 5º, LXXIV, da Constituição, dirige-se ao legislador ou ao administrador, isto é, cabe à lei e ao Executivo propiciar os meios para que se instale nos Estados um sistema de assistência judiciária integral. Entre as provas a serem feitas, está a de provar a paternidade através de um exame que é, sabidamente, custoso. Alguns Estados já se adiantaram nesse ponto; o Distrito Federal é um exemplo disso. Mas é preciso prever, nos orçamentos e na legislação local, a respeito desses serviços e da despesa correlata, sem o que não se pode, através da decisão judicial, obrigar o Estado, fora das situações expostas por V. Exa., a enfrentar essas despesas.

RECURSO ESPECIAL Nº 12.550 — SP

(Registro nº 91.0014095-3)

Relator: *O Sr. Ministro Cesar Asfor Rocha*

Recorrente: *Edgard Pinto Soares*

Recorridos: *Antum Thomaz e outros, José Dalmo de Araújo e outros, Irmãos Domarco Ltda., e Sylvio Benito Martini e cônjuge*

Advogados: *Drs. Clito Fornaciari Júnior e outros, Samuel Sinder, José Theophilo Fleury Netto e outro, Michel David Askar, e Reginaldo Ribeiro dos Santos*

Sustentação Oral: *Dr. Edgard Pinto Soares (em causa própria)*

EMENTA: *Processual Civil. Ação rescisória. Início do prazo para o seu aforamento. Trânsito em julgado. Art. 495/CPC.*

O dies a quo do direito de propor ação rescisória é o dies ad quem do prazo do recurso que, abstratamente e em tese, poderia ser interposto, ainda que não tenha sido exercitado.

Recurso provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do recurso e dar-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Ruy Rosado de Aguiar, Fontes de Alencar, Sálvio de Figueiredo Teixeira e Barros Monteiro.

Brasília, 08 de outubro de 1996 (data do julgamento).

Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, Presidente. Ministro CESAR ASFOR ROCHA, Relator.

Publicado no DJ de 04-11-96.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO CESAR ASFOR ROCHA: O recorrente promoveu uma ação rescisória contra os recorridos objetivando desconstituir julgado proferido em embargos de terceiro opostos em 7.10.76 (fls. 78), julgados procedentes por sentença de 28.7.78 (fls. 134).

O v. acórdão rescindendo é de 1º.6.79 (fls. 253), mas foi impugnado por via de recurso extraordinário, não admitido por despacho de 16.10.79 (fls. 272).

O agravo de instrumento contra o despacho denegatório do recurso derradeiro foi improvido pela decisão de 2.10.80 (fls. 299), daí advindo agra-

vo regimental, a que se negou provimento, por unanimidade de votos, conforme v. acórdão de 4.11.80 (fls. 322), o mesmo acontecendo com os embargos de declaração, julgados em 10.2.81 (fls. 330), e com publicação no Diário Oficial da Justiça em 6.3.81 (fls. 331).

Na certidão de fls. 331 constou que o trânsito em julgado deu-se em 17.3.81. A ação rescisória foi aforada em 16.3.83.

O eg. Primeiro Grupo de Câmaras Cíveis do Tribunal de Justiça de São Paulo, por maioria, deu por ocorrida a decadência, como também aos embargos infringentes, conforme verifica-se, na parte útil para o caso, do voto condutor do eminente Desembargador Cezar Peluso, o que a seguir se transcreve:

“Não afrontou o venerando acórdão os arts. 6º, § 3º, da Lei de Introdução ao Código Civil, e 467 do Código de Processo Civil, pela curtíssima mas bastante razão de que a veneranda decisão da colenda Primeira Turma, proferida em embargos declaratórios a acórdão de agravo regimental, perante o e. STF, já não era, em abstrato, sujeita a recurso ordinário ou extraordinário, nem, designadamente, a embargos de divergência, por força do art. 546, § único, do Código de Processo Civil, e art. 330 do Regimento Interno da Suprema Corte, segundo a interpretação cristalizada na Súmula 599.

Tampouco socorre ao embargante a generosa orientação pretoria-

na que, invocada no douto voto dissidente declarado, supõe, para efeito de dilatação prática da coisa julgada formal, *interposição* de recurso incognoscível — salvo por extemporaneidade ou ilegitimidade —, como último por considerar. É que a mesma veneranda decisão também não foi, em concreto, exposta a recurso nenhum, ainda que inadmissível e incognoscível, porque nenhum lhe foi apresentado após o dia 6 de março de 1981, o qual havia, pois, de se reputar, sob qualquer ângulo ou exegese, termo inicial do prazo da rescisória, enquanto momento de formação da *res iudicata*” (fls. 1.032).

Daí o recurso especial em exame lançado com base na letra **a** do permissor constitucional, por alegada violação ao § 3º, do art. 6º, da LICC, e aos arts. 467 e 496 do Código de Processo Civil, à fundamental consideração de que “a coisa julgada dá-se quando termina a possibilidade de insurgir-se contra uma decisão ou porque os recursos possíveis foram todos utilizados ou porque transcorreu, sem interposição, o prazo para algum recurso que ainda pudesse ser oferecido ou, ainda, porque o recorrente desistiu de recurso que apresentara, [*pois*] o que marca a coisa julgada, à qual se associa a imutabilidade do decidido, é a impossibilidade de se ter oportunidade de insurgência contra a decisão proferida: [*já que*] enquanto existir essa oportunidade, em tese, abstratamente, e por mais longínqua que ela pos-

sa apresentar-se, não se terá verificado este fenômeno, persistindo, destarte, em aberto a contenda.” (fls. 1.040/1.041).

Assim, no caso, afirma que “cabível era o recurso de embargos de divergência, voltado à uniformização do entendimento dentro do Supremo Tribunal Federal, uma vez que a decisão era de uma das Turmas daquele Tribunal e, abstratamente, seria pensável se buscar um novo pronunciamento do órgão maior e último, qual seja, o plenário do Excelso Pretório. A semelhante conclusão chega-se mesmo diante da literalidade do art. 330 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, que menciona apenas como embargáveis as decisões proferidas no julgamento de recurso extraordinário e agravo de instrumento, posto que [...] este dispositivo não se preocupa com os julgamentos acessórios, tanto que nenhuma referência faz aos embargos de declaração, incontroversamente cabíveis.” (fls. 1.041).

Admitido na origem, a douta Subprocuradoria Geral da República opinou pelo seu provimento.

Recebi o processo, por atribuição, que antes fora conferido à relatoria dos eminentes Ministros Bueno de Souza e Torreão Braz, sucessivamente, no dia 1º de fevereiro do corrente ano de 1996, tendo remetido para pauta no dia 26 de setembro.

É o relatório.

VOTO.

O SR. MINISTRO CESAR ASFOR ROCHA (Relator): O **punctum sa-**

liens do presente recurso está em estabelecer o **dies a quo** do direito de propor a ação rescisória que, segundo o disposto no art. 495 do Código de Processo Civil, “extingue-se em dois (2) anos contados do trânsito em julgado da decisão”.

Segundo o v. aresto atacado, o prazo para o ingresso dessa ação iniciara-se em 6.3.81, vale dizer, no dia mesmo em que o Diário Oficial da Justiça veiculara, conforme certidão de fls. 331, a decisão que rejeitara os embargos de declaração interpostos no agravo regimental lançado contra a decisão monocrática que improveira o agravo de instrumento agitado contra **decisum** que negara seguimento ao recurso extraordinário.

O recorrente, por seu turno, entende que o termo inicial do biênio para aforamento da rescisória é do trânsito em julgado do v. aresto atinentemente aos referidos embargos de declaração que, no caso, teria ocorrido no dia 17.3.81, como, aliás, consta da referida certidão de fls. 331, porquanto, na hipótese, depois de mencionada publicação, poderia o recorrente ter interposto embargos de divergência.

Tudo porque, segundo alega, “o que marca a coisa julgada, à qual se associa a imutabilidade do decidido, é a impossibilidade de se ter oportunidade de insurgência contra a decisão proferida [*já que*] enquanto existir essa oportunidade, em tese, abstratamente, [...] não se terá verificado este fenômeno, persistindo, destarte, em aberto a contenda.” (fls. 1.041).

Reconheço-lhe razão.

Enquanto estiver aberto o pórtico recursal, não se opera o fenômeno da coisa julgada, pois a sentença não terá sido ainda tocada pela *eficácia* a torná-la *imutável e indiscutível*, nos contornos delineados pelo art. 467 do Código de Processo Civil.

Tanto é assim que, no momento em que foi publicada aquela v. decisão dos embargos declaratórios, a parte vencedora não poderia ainda promover a execução definitiva do julgado (art. 587, CPC), exatamente porque este era, em tese, abstratamente, recorrível, ainda que dele não se tenha recorrido, circunstância esta que, para a hipótese, é irrelevante.

Ademais, o caso guarda uma particularidade que conspira em favor do recorrente, qual seja, a afirmação contida na certidão de fls. 331, de que o acórdão dos declaratórios transitou em julgado no dia 17.3.81.

Com efeito, deve-se considerar a boa-fé do recorrente, na crença que deve ter devotado quanto ao acerto da certidão cogitada, sobretudo quando não há norma expressa tolhendo a possibilidade de ainda recorrer, embora queira parecer, a teor do Enunciado nº 599 da Súmula/STF, que os embargos de divergência, se tivessem sido interpostos, não seriam conhecidos, por incabíveis.

Acrescente-se a isso tudo, a feliz observação do eminente Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, no julgamento do REsp nº 11.834/PB, se-

gundo a qual “em se tratando de prazos, o intérprete, sempre que possível, deve orientar-se pela exegese mais liberal, atento às tendências do processo civil contemporâneo — calçado nos princípios da efetividade e da instrumentalidade.”

No caso, conforme consta na certidão de fls. 331, o trânsito em julgado deu-se no dia 17.3.81 e a ação rescis-

sória foi proposta no dia 16.3.83, portanto dentro do biênio facultado pelo art. 495 do Código de Processo Civil para o seu aforamento.

Diante de tais pressupostos, dou provimento ao recurso e devolvo o processo ao eg. Tribunal **a quo** para que, afastada a decadência, prossiga no julgamento da ação rescisória, como achar de direito.

RECURSO ESPECIAL Nº 27.328 — SP

(Registro nº 92.0023423-2)

Relator: *O Sr. Ministro Cesar Asfor Rocha*

Recorrente: *Universidade de São Paulo — USP*

Recorrida: *Edna Solano*

Advogados: *Drs. José Alberto Couto Maciel e outros, e Sylvio Moraes de Almeida*

EMENTA: *Civil. Sucessão. Herança vacante.*

A declaração de vacância é indispensável para que a herança possa ser incorporada ao patrimônio público.

Recurso não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do recurso. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Ruy Rosado de

Aguiar, Fontes de Alencar, Sálvio de Figueiredo Teixeira e Barros Monteiro.

Brasília, 20 de agosto de 1996
(data do julgamento).

Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, Presidente. Ministro CESAR ASFOR ROCHA, Relator.

Publicado no DJ de 07-10-96.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO CESAR ASFOR ROCHA: Edna Solano, ora recorrida, promoveu, em 1º de fevereiro de 1988, uma ação de usucapião para que lhe fosse declarado o domínio do apartamento 9-D e respectiva fração ideal do terreno do Ed. Girassol, situado à Rua Avanhandava, nº 103, em São Paulo (Capital).

Alegou que em 19.12.57 adquiriu de Manoel Moreira Borges os direitos que este tinha sobre referido imóvel decorrentes da promessa de compra e venda que firmara com os proprietários Francisco Beck e sua mulher.

Posteriormente, cedeu tais direitos ao seu companheiro Ramon Teixeira, falecido em 1971, com a finalidade, segundo afirmou, de melhorar o cadastro bancário deste.

Desde 1958 passara a residir em mencionado apartamento com o seu companheiro, com quem compartilhava o pagamento das prestações e impostos, prosseguindo na posse do imóvel mesmo após o falecimento de Ramon, ocorrido em 1971, firmando, inclusive, contrato de locação com terceiros.

Tudo isso comprova com os documentos que descansam às fls. 10/145.

Realizada a audiência de justificação, a posse foi considerada justificada.

Citados, Francisco Beck e sua mulher, em nome de quem está re-

gistrada a propriedade, manifestaram concordância com o pedido.

Veio, então, aos autos, a Universidade de São Paulo, ora recorrente, apresentando-se como assistente do Espólio de Ramon Teixeira, oferecendo contestação, alegando ser “destinatária legal de heranças jacentes, quando declaradas vacantes, na forma do disposto no art. 1.594 do Código Civil, do Decreto-lei federal nº 8.207, de 22.11.45 e do Decreto Estadual nº 27.219-A, de 09.01.57 vigente à data do óbito do de cujo, ocorrido em 09.04.71, e em nome de quem se encontra registrado o imóvel usucapiendo.” (fls. 230).

Assim, entende que desde a morte de Ramon o imóvel cogitado “converteu-se em bem dominical, circunstância que o torna insuscetível de ser adquirido por usucapião.” (fls. 232), já que, “aberta a sucessão, o domínio e a posse da herança transmitem-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários” (art. 1.572 do Código Civil).

Com efeito, por se tratar de herança jacente, o imóvel teria passado ao seu domínio desde a data da abertura da sucessão dos bens deixados pelo companheiro da autora, nos termos do art. 1.591, I, do Código Civil, e que, por ser bem público, não poderia ser adquirido por usucapião.

Depois de o Ministério Público ter opinado favoravelmente à pretensão da autora, a ação foi julgada procedente, sob os seguintes fundamentos, no que interessa:

“Realmente e conforme já constou do saneador, a condição de bem público depende de prévia declaração de vacância da herança, o que não ocorreu no caso concreto. Desse modo, o imóvel objeto da ação não é bem público de modo a obstar a aquisição pela prescrição aquisitiva. A esse respeito, o venerando acórdão publicado em RJTJESP, volume 118/400, cuja cópia foi oferecida como parecer do ilustre Dr. Curador (fls. 301/302), não deixa qualquer dúvida. Ante a ausência da referida declaração judicial de vacância, não houve transmissão do domínio à autarquia. Havia, portanto, mera expectativa de direito sucessório, insuficiente para impedir o usucapião.

De resto e novamente me reporto ao ilustrado parecer de fls. 297/300, a autora bem demonstrou a posse mansa e pacífica do imóvel por período superior a vinte anos. Seu companheiro não era titular do domínio, mas simples cessionário de direitos decorrentes de compromisso de venda e compra do imóvel (fl. 164). Desse modo, é possível somar os dois períodos de posse, aquele exercido por seu falecido companheiro e aquele exercido, após seu falecimento, pela autora.

Frise-se, finalmente, que não houve qualquer impugnação ao pedido, à exceção daquela formulada pela USP. A posse mansa e pacífica restou cabalmente demonstrada por prova oral e documental (fls. 19/195, 213/216 e

286/292). Não bastasse isso, as pessoas em nome das quais está registrada a propriedade manifestaram expressa concordância com o pedido (fls. 187/218). Tudo a confirmar a procedência do pedido.” (fls. 307/308).

A eg. Terceira Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, negou provimento à apelação, com as considerações que se seguem:

“Sustenta a recorrente tese pela qual os bens deixados por quem não tinha herdeiros passam ao domínio do Estado no momento da abertura da sucessão.

Mas o melhor direito está com a decisão recorrida. Como bem demonstrou o ilustre Curador de Registros Públicos, apoiado em consistente voto do eminente Des. Olavo Silveira (fls. 302), somente os herdeiros adquirem o domínio na abertura da sucessão.

O Estado não é herdeiro (salvo na hipótese de testamento) e nem pode ser a ele equiparado. Será no período de jacência dos bens mero administrador. Nesse período apurar-se-á a existência de herdeiros. Em existindo, cessa legitimidade do Estado na sua intervenção como gestor de negócios.

Isso significa de maneira eloqüente que o Estado não adquire o domínio na abertura da sucessão. A aquisição do domínio ocorrerá com a sentença de vacância

e somente a partir desse ponto será o bem insuscetível de aquisição por usucapião.

Ocorre na espécie que em 7.11.56 (fls. 11/20) a apelada adquiriu a posse do imóvel, juntamente com seu companheiro Ramon Teixeira, do transmitente Manoel Moreira Borges, mediante compromisso de compra e venda do apartamento da Rua Avanhadava. Por razões não muito claras cedeu seus direitos a Ramon, que faleceu em 9.4.71. Não obstante, a recorrida, nesse período, manteve sempre a posse do imóvel prosseguindo até a presente data, como sobejamente comprovado por testemunhas e documentos.

Vale dizer, a recorrida exerce há bem mais de 20 anos posse mansa e pacífica sobre o imóvel com **animus domini**, alcançando desse modo a prescrição aquisitiva.” (fls. 360/361).

Daí o recurso especial em exame lançado com base na letra **a** do permissivo constitucional por alegada violação aos arts. 1.572, 1.573 e 1.594 do Código Civil, sustentando que desde logo a morte de Ramon o bem cogitado transmitiu-se ao seu herdeiro, que no caso seria o Estado, e como decorrência, a recorrente, hipótese em que, por ser bem público, não poderia ser usucapido.

Devidamente respondido, o recurso foi admitido na origem tendo a douta Subprocuradoria Geral da Re-

pública opinado pelo seu não conhecimento.

Recebi o processo em 06 de março do corrente ano e indiquei-o para pauta no dia 11 de junho.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO CESAR ASFOR ROCHA (Relator): Sustenta a recorrente que aberta a sucessão com a morte de Ramon os bens deste transmitiram-se para ela (art. 1.572), por força de lei (art. 1.573), passando a integrar o seu domínio (art. 1.594), motivo pelo qual não poderia ser adquirido por usucapião.

Defende, assim, a tese de que a simples abertura da sucessão já operaria **ipso jure** a simples aquisição da herança.

O saudoso **Dolor Barreira**, professor de várias gerações de juristas cearenses de cuja estirpe destaca-se o eminente Desembargador Ernani Barreira Porto, seu neto e cultor dos mesmos temas, lecionava que, “em regra, abre-se a sucessão de uma pessoa com a sua morte. Esta, biologicamente, põe termo à vida. E, por si só, faz com que se desprendam do morto todas as manifestações da sua personalidade, uma das quais era o seu patrimônio. Morta a pessoa não lhe são mais atribuídos nem direito, nem obrigações. E não podia deixar de ser assim. O exercício daqueles como o cumprimento destas haveriam de pressupor, e pressupõem, a vida,

já inexistente.” (in *Sucessão Legítima*, Imp. Univ. do Ceará, Fortaleza, 1967, vol. I, pág. 41).

Assim, “no exato momento em que se dá a morte, aos herdeiros são transmitidas tanto a posse como a propriedade das coisas que, até então, eram do extinto. A transmissão se opera sem qualquer solução de continuidade. É imediata, instantânea, automática. E se opera — o que é mais — ainda que eles desconhecem o fato de haver o **de cujus** falecido. Também, podem os herdeiros ignorar que o são. A despeito disso, a propriedade e a posse dos bens se lhes transmitem. *Le mort saisit le vif*”. (*op. cit.*, pág. 42).

Orlando Gomes observa (in *Sucessões*, Forense, Rio, 6ª ed., 1986, pág. 16) que esse “princípio de transmissão hereditária sem solução de continuidade funda-se numa *ficção jurídica*, necessária por não ser o espólio pessoa jurídica. Não o infirmam as disposições legais que exigem o inventário, permitem a renúncia e obrigam o registro dos formais de partilha. Admite-se a **fictionis juris** para salvaguardar os bens hereditários da usurpação de terceiros”.

O Código Civil Brasileiro consagra nitidamente essas assertivas — sem que se escute uma só voz da doutrina nesse compasso a destoar — quando pontifica que “a existência da pessoa natural termina com a morte ...” (art. 10) e que “aberta a sucessão, o domínio e a posse da herança transmitem-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários” (art. 1.572).

Destarte, com a morte de uma pessoa, operam-se, a um só tempo:

a) a *abertura da sucessão*, que é o momento em que nasce o direito hereditário, o **prius** necessário à substituição que se encerra no fenômeno sucessório;

b) a *devolução sucessória ou delação*, que é o momento em que a herança é oferecida a quem pode adquiri-la; e,

c) a *aquisição da herança, ou adição*, que é o momento em que o herdeiro se investe na sucessão, tornando-se titular das relações jurídicas concentradas na herança (**Orlando Gomes, op. cit.**, pág. 13).

No direito brasileiro tudo isso ocorre concomitantemente, ao contrário — diga-se de passagem — do que se dava no direito romano, quando entre a *delação* e a *aquisição* decorria um lapso de tempo em que a herança era considerada *jacente*, em que ficava à espera da aceitação por parte do herdeiro, se este não fosse necessário.

Poder-se-á dizer, e com razão, que a regra segundo a qual a morte transmite *in continenti* aos herdeiros legítimos e testamentários o domínio e a posse da herança, contida no art. 1.572 do Código Civil, sofre temperamentos.

No que tange à posse, há a explícita restrição enunciada no art. 1.579 do Código Civil pelo que “ao cônjuge sobrevivente, no casamento celebrado sob o regime da comunhão

de bens, cabe continuar até a partilha na posse da herança com o cargo de cabeça do casal”.

O mesmo se dá em relação aos legatários. “A estes se transfere apenas o direito, cabendo aos herdeiros entregar aos legatários a posse dos objetos legados”, como destaca **Arnoldo Wald** (in *Direito das Sucessões*, Ed. Rev. dos Trib., 7ª ed., 1990, pág. 10).

Mas esses abrandamentos não abalam a regra básica da transmissibilidade imediata da herança porquanto nem por isso perde o herdeiro a condição de possuidor, já que as normas contidas nos arts. 1.572 e 1.579 do Código Civil não se hostilizam, como esclarece **Sílvio Rodrigues** (in *Direito das Sucessões*, 15ª ed., Saraiva, SP, 1988, pág. 16), pondo-se que “a contradição se dilui desde que feita a distinção entre posse direta e indireta. Enquanto o inventariante conserva a posse direta dos bens do espólio, os herdeiros adquirem a sua posse indireta. Ambos ostentam, simultaneamente, a condição de possuidores”.

Postas essas colocações, aprecio agora se o Estado, constituindo a quinta classe vocacionada para suceder (art. 1.603), foi contemplado também com a mesma aptidão para receber o domínio e a posse da herança desde o momento mesmo da morte do seu autor, tal como desfrutaram os demais herdeiros.

O v. aresto recorrido, como já visto, entendeu que não, por considerar que “a aquisição do domínio ocorre-

rá com a sentença de vacância e somente a partir desse ponto será o bem insuscetível de aquisição por usucapião.” (fls.).

O deslinde da questão impõe a que o foco da controvérsia centre-se no exame da jacência e da vacância da herança.

Pelo que se depreende da leitura do editado nos arts. 1.591 e 1.592 do Código Civil, como resume **Wagner Barreira**, notável civilista cearense, filho de **Dolor**, “jacente é a herança que não tenha herdeiros conhecidos, ou cujos herdeiros a renunciaram” (in *Enciclopédia Saraiva do Direito*, v. 41, pág. 39).

É um estado temporário da herança, em que não se sabe, ainda, quem com ela será contemplado.

Diz mais o consagrado Professor:

“Nesse estado pode-se afirmar que ela permanece, demora, jaz, à espera de etapa nova, a que vai ser entregue. Porque está para lhe acontecer uma de duas outras situações: a) a ela se habilitarão os herdeiros, acaso existentes, e que não eram conhecidos como tais no lugar em que foi aberta a sucessão; b) ou não haverá habilitação de herdeiros, porque estes não existem, realmente, ou não querem recebê-la.

Na hipótese “a”, a herança deixará de ser jacente, de jazer. Integrar-se-á, por outros termos, no patrimônio dos sucessores legítimos ou testamentários do **de cujus**, que fazem jus ao seu recebimento, e que a recolhem.

Na hipótese “b”, à falta dos mencionados sucessores, ela se transformará com mais algum tempo em herança vaga, ou vacante. Com o que irá ser incorporada depois de modo definitivo ao acervo dos bens e valores da pessoa jurídica de direito público de cujo erário passará então a ser parcela integrante, para os fins e de acordo com a lei”.

O Código Civil e o Código de Processo Civil, sobre a espécie, contêm normas que se integram e outras que são colidentes.

Assim, veja-se, no que interessa, o que o Código Civil dispõe:

“Art. 1.572 — Aberta a sucessão, o domínio e a posse da herança transmitem-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários.

Art. 1.593 — Serão declarados vacantes os bens da herança jacente, se, praticadas todas as diligências legais, não aparecerem herdeiros.

Parágrafo único — Essa declaração não se fará senão um ano depois de concluído o inventário.

Art. 1.594 — A declaração da vacância da herança não prejudicará os herdeiros que legalmente se habilitarem; mas, decorridos cinco anos da abertura da sucessão, os bens arrecadados passarão ao domínio do Município ou do Distrito Federal, se localizados nas respectivas circunscrições, in-

corporando-se ao domínio da União, quando situados em território federal”.

obs.: com a redação dada pela Lei nº 8.049/90, que excluiu o Estado e incluiu o Município na sucessão das heranças vacantes.

O Código de Processo Civil, por seu turno, estabelece, no que para a espécie tem de útil:

“Art. 1.142 — Nos casos em que a lei civil considere jacente a herança, o juiz... procederá sem perda de tempo à arrecadação de todos os seus bens.

Art. 1.143 — A herança jacente ficará sob a guarda, conservação e administração de um curador até a respectiva entrega ao sucessor legalmente habilitado, ou até a declaração de vacância; caso em que será incorporada ao domínio da União, do Estado ou do Distrito Federal.

obs.: a parte final desse dispositivo foi derogada pela Lei nº 8.049/90, que excluiu o Estado e incluiu o Município na sucessão das heranças vacantes. Veja-se redação atual do art. 1.594 do Código Civil.

Art. 1.152 — Ultimada a arrecadação, o juiz mandará expedir edital, que será estampado três vezes, com intervalo de trinta dias para cada um, no órgão oficial e na imprensa da comarca para que venham habilitar-se os sucessores do finado no prazo de seis meses contados da primeira publicação.

Art. 1.157 — Passado um ano da primeira publicação do edital (art. 1.152) e não havendo herdeiro habilitado nem habilitação pendente, será a herança declarada vacante”.

Verifica-se, desses regramentos, que morrendo o autor da herança sem herdeiros conhecidos, ou cujos herdeiros a renunciaram, a herança será considerada jacente (arts. 1.591 e 1.592, CC).

Nessa hipótese, deverá haver a imediata arrecadação dos bens (art. 1.142, CPC), sendo em seguida publicados editais para habilitação de herdeiros (art. 1.552, CPC).

A declaração da vacância ocorrerá depois de um ano da primeira publicação do edital, segundo o disposto no art. 1.157 do Código de Processo Civil; ou depois de um ano da conclusão do inventário, conforme o editado pelo parágrafo único do art. 1.593 do Código Civil.

Aqui, verifica-se, embora despiçando para o caso, que essas normas são colisionais. Sendo assim, há de prevalecer a contida no art. 1.157 do Código de Processo Civil, pois que ambas tratam da mesma matéria devendo prevalecer a mais recente, restando derogado o parágrafo único do art. 1.593 do Código Civil.

Do que até aqui foi exposto, verifica-se o seguinte:

a) o domínio e a posse da herança se transmitem aos herdeiros tão logo seja aberta a suces-

são, vale dizer, tão logo se dê a morte do hereditando (art. 1.572, CC);

b) *passado um ano da primeira publicação do edital*, a herança será declarada vacante (art. 1.157 do CPC);

c) somente depois de decorridos cinco anos da abertura da sucessão, os bens arrecadados passarão ao domínio do ente público (art. 1.594, CC).

Essas normas serão antagônicas ou integrativas?

A meu sentir, não há esforço para integrá-las.

Como já visto, a regra fundamental da sucessão, no que pertine ao tema ora posto em análise, é que “no regime do direito brasileiro, sem que seja necessário qualquer ato do herdeiro, e ainda que ele a ignore, dá-se a transmissão do domínio e da posse da herança” (**Marco Aurélio Viana**, in *Direito das Sucessões*, Del Rey, Belo Horizonte, 1994, pág. 31).

Disso decorre, dentre outros efeitos, que “em nosso direito nunca fica a herança entregue a si mesma, em condições que lhe permitam autodirigir-se”, mesmo quando se trata de herança jacente, em que “ela é simples massa de um patrimônio especial, que se arrecada por morte do **de cujus** e se administra por intermédio de curador, sob fiscalização da autoridade judiciária”. (**Dolor**, *op. cit.*, pág. 117).

Com efeito, em nenhuma hipótese a herança se transforma em coi-

sa sem dono, em **res nullius**, pois a alguém ela sempre pertencerá, ainda que não haja ninguém a alegar a titularidade de seu acervo, ou quando sequer se suspeite quem é que será com ela contemplado.

Dessa sorte, do fato de o Estado ser o último vocacionado a suceder, não significa que ele tenha menores títulos que os integrantes das demais classes, salvo por ser o último convocado à sucessão e por não poder renunciar à herança.

Com efeito, essa regra básica, fundamental, “princípio cardeal do direito sucessório” — na lição de **Caio Mário da Silva Pereira** (in *Direito das Sucessões*, Forense, 3ª ed., 1980, Rio, pág. 23) — a meu sentir, também se aplica quando o herdeiro for o ente público.

Tenho assim, como certo, que o prazo de cinco anos de que trata o art. 1.594 do Código Civil começa a fluir da data da abertura da sucessão, vale dizer, da morte do hereditando, e não do trânsito em julgado da sentença que declara a vacância.

Todavia, não se pode conferir de abrupto, a incorporação da herança ao domínio público.

É que os arts. 1.143 e seguintes do Código de Processo Civil estabelecem o trato que deve ser dado à herança jacente para que esta possa ser convolada em herança vacante.

Com efeito, somente pode-se obter a declaração de vacância se forem obedecidos aqueles ritos tratados nos dispositivos acima indicados, quan-

do se abre ampla oportunidade para que os herdeiros desconhecidos e os desconhecedores da herança possam se habilitar.

Destarte, a declaração judicial da vacância da herança é condição indispensável para que se tenha a incorporação da herança ao domínio público.

Não fosse assim, não haveria razão de o Código de Processo Civil ter dispensado todo um Capítulo (arts. 1.142 a 1.158) ao processamento da herança jacente para transformá-la em vacante.

Aliás, a eg. Terceira Turma, ao julgar o REsp nº 19.015/SP, conduzida pelo eminente Ministro Eduardo Ribeiro, em caso assemelhado ao presente, consagrou esse entendimento quando deu pela “indispensabilidade de sentença declarando a vacância para que haja a incorporação dos bens ao patrimônio público”.

Do judicioso voto do eminente Ministro-Relator extraio os seguintes excertos:

“Os dispositivos invocados no especial não de ser interpretados tendo em atenção outros que regulam o mesmo tema. Assim, o já citado artigo 1.594 do Código Civil e o artigo 1.143 do Código de Processo Civil. Ainda que a sentença de vacância reconheça uma situação preexistente, não se exclui seja necessária para que os bens se tenham como integrados ao domínio público.

Dir-se-á que a simples delonga no procedimento tendente à decla-

ração de vacância poderá conduzir a que se consume o prazo previsto para o usucapião. Ocorre que a arrecadação haverá de fazer-se desde logo, diligência que incumbe aos agentes da administração. Efetuada esta, o prazo para aquele não mais fluiria.”

No caso, a posse da recorrida foi reconhecida desde 1957; o usucapião foi requerido em 1981; a morte ocorreu em 1971; e a arrecadação da herança nunca se deu, tendo a recorrida postulado o seu direito de herdeira somente na contestação deste feito.

Tivesse a recorrente obtido a declaração da vacância, dúvida nenhuma haveria em acolher a sua pretensão, tendo em conta que cinco anos já se passaram da abertura da sucessão.

Todavia, essa declaração é absolutamente indispensável para que a herança seja incorporada ao domínio do Estado, a teor do disposto o art. 1.143 do Código de Processo Civil, em combinação com o art. 1.594 do Código Civil.

Diante de tais pressupostos, não conheço do recurso.

VOTO — VISTA

O SR. MINISTRO RUY ROSADO DE AGUIAR: Sr. Presidente, este recurso especial versa sobre a possibilidade de incidência de usucapião sobre um bem que ficou vacante e se transferiu ao domínio da Universidade de São Paulo.

Acompanho o eminente Relator, nos termos do voto que proferi no Recurso Especial nº 13.414:

“Herança jacente é aquela cujos herdeiros ainda não são conhecidos”... mas “o herdeiro, ainda que desconhecido, adquire a propriedade e a posse dos bens da herança, desde a abertura da sucessão” (Clóvis, Código Civil, v. 6/40, art. 1.591). Porém, em se tratando de herança jacente, depois de praticadas todas as diligências, não aparecendo os herdeiros, os bens serão declarados vagos e só então o Estado adquire deles a propriedade, a qual se consolida com o decurso de cinco anos depois da abertura da sucessão. Precisa a lição de **Orlando Gomes**: “A circunstância de convocar-se o Estado na falta de parentes sucessíveis não basta à aquisição da herança. Em relação a esse sucessor, não se opera **ipso jure**. Entre a abertura da sucessão e a aquisição pelo Estado dos bens do defunto medeia período em que a herança permanece jacente, isto é, sem titular atual”... “A herança jacente é ponto necessário à passagem dos bens do defunto ao Estado. Este somente adquire o domínio dos bens hereditários após a declaração de vacância, admissível um ano após a conclusão do inventário”... “conquanto somente se torna definitiva a aquisição depois de decorrido o prazo de cinco anos da abertura da sucessão, o momento em que o Estado

adquire a herança é o do trânsito em julgado da sentença declaratória de vacância. O efeito dessa sentença, que converte a herança jacente em herança vacante, é a passagem dos bens para o domínio, ainda resolúvel, do Estado” (Sucessões, págs. 73/76).

Neste Tribunal, na Remessa de Ofício 76.194, em ação de usucapião julgada procedente, apesar da oposição da União, a eg. 1ª Turma repeliu o argumento de que “decorrido o prazo legal, transformaram-se em vacantes os bens deixados, que podem ser arrecadados”, afirmando: “não houve o inventário, logo não se pode falar em vacância dele decorrente”, mesmo porque, conforme constou do parecer ali mencionado, “a tradição de bens para o Poder Público não se concretiza apenas pelo decurso do tempo, o procedimento judicial é constitutivo e não somente declaratório”.

Isto posto, não encontro violação no acórdão que mantém sentença de procedência de ação de usucapião de bens jacentes, cuja prescrição aquisitiva verificou-se enquanto ainda não transitada em julgado a sentença de declaração de sua vacância, momento a partir do qual poderia ser considerada a propriedade estatal.

Não conheço.”

VOTO — VOGAL

O SR. MINISTRO FONTES DE ALENCAR: Acompanho o voto do Sr. Ministro-Relator.

VOTO

O SR. MINISTRO SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA: Já obtida a maioria regimental, acompanho também o Sr. Ministro-Relator, reservando-me, todavia, para reexame da matéria.

RECURSO ESPECIAL Nº 37.466 — RS

(Registro nº 93.0021578-7)

Relator: *O Sr. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira*

Recorrente: *José Francisco Machado Costa — Espólio*

Recorrido: *Delmar Leite Pacheco*

Advogados: *Drs. Eduardo Pires de Leon, e Luiz Sérgio P. de Souza e outro*

EMENTA: *Civil. Compromisso de compra e venda. Natureza jurídica pessoal do direito. Outorga uxória. Desnecessidade. Instrumen-*

to não-registrado. Validade. Ação cominatória ou adjudicação compulsória. Precedentes da Turma. Doutrina e jurisprudência em recente estudo do Prof. Humberto Theodoro Júnior. Recurso desprovido.

I — Tendo em vista a natureza eminentemente pessoal dos direitos resultantes do contrato de compromisso de compra e venda, desnecessária é a outorga uxória da mulher daquele que firmou o pacto.

II — Dispensável também a inscrição do instrumento no registro imobiliário como condição de procedibilidade das ações cominatória e adjudicatória, se o que se pretende é fazer valer os direitos entre as partes contratantes.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do recurso. Votaram com o Relator os Ministros Barros Monteiro, Ruy Rosado de Aguiar e Fontes de Alencar. Ausente, justificadamente, o Ministro Cesar Asfor Rocha.

Brasília, 25 de novembro de 1996 (data do julgamento).

Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, Presidente e Relator.

Publicado no DJ de 03-02-97.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA: Ajuizou o recorrido ação de preceito cominatório contra o espólio recorrente sustentando que firmou contrato de

compromisso de compra e venda com o falecido, tendo quitado o preço, mas não recebido a escritura definitiva. Cumprida, assim, sua obrigação, pretendeu fosse o espólio condenado a outorgar a escritura, sob a alternativa de valer a sentença como título apto à transcrição no álbum imobiliário. Fez pedido sucessivo (CPC, art. 289) de perdas e danos, para a hipótese de não ser acatado o principal.

A sentença, entendendo tratar-se simplesmente de ação de preceito cominatório, não de adjudicação compulsória, julgou procedente o pedido, rejeitando preliminares em que se discutia a indispensabilidade da outorga uxória da mulher do vendedor, necessidade do registro do contrato para manejar esse tipo de demanda e imprescindibilidade da notificação premonitória.

À apelação, o Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul, sob a relatoria do seu então Juiz Antônio Janyr Dall'agnol Júnior, hoje Desembargador,

negou provimento, refutando igualmente as preliminares aduzidas pelo réu.

Inconformado, o vencido interpôs recurso especial alegando violação dos arts. 11-§§ 2º e 3º, 22 e 23, todos do Decreto-Lei 58/37 e 639 e 641, CPC, bem como das Leis 649/49 e 6.014/73, sustentando ser inválido o contrato ante a não-outorga uxória da mulher. Apontou dissídio, dizendo que a ação somente poderia ter sido ajuizada se o contrato estivesse registrado.

Sem contra-razões, foi o recurso inadmitido na origem, advindo agravo, a que dei provimento para melhor exame dos autos.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA (Relator):

1. Afasta-se, em primeiro lugar, o conhecimento do recurso quanto à suposta violação dos arts. 639 e 640 do Código de Processo Civil e das Leis 649/49 e 6.014/73, por faltar o requisito do prequestionamento, a incidir o enunciado n. 282 da súmula/STF.

2. O dissídio, por outro lado, não se configurou, já que o recorrente não cuidou de demonstrar a divergência, deixando de discorrer analiticamente sobre os pontos de similitude e de discrepância entre os acórdãos recorrido e paradigma.

Restou, destarte, desatendida a norma do art. 255, § 2º do RISTJ

(parágrafo único do art. 541 do CPC).

3. Persistem, no entanto, as questões sobre a necessidade ou não da outorga uxória para se reputar válido o contrato e sobre a imprescindibilidade ou não do registro para o manejo desta demanda.

A respeito de ambos os pontos, esta Corte já tem jurisprudência firmada, em razão da natureza jurídica do vínculo obrigacional existente entre as partes, de índole meramente contratual, pessoal.

Assim, para ajuizamento de ação que tenha por objeto a extinção ou dissolução de tal vínculo, afigura-se prescindível, uma vez não envolvidos direitos reais, a sua citação como litisconsorte passivo necessário. Neste sentido, o REsp 29.429-SP (DJ 11.9.95), por mim relatado e assim ementado:

— “Estando em causa vínculo obrigacional de natureza meramente pessoal, mostra-se imprescindível, para regular constituição da relação processual, apenas a presença dos contratantes como partes, não ostentando o cônjuge do réu, em casos tais, a qualidade de litisconsorte passivo necessário”.

Tomando como premissa a natureza dos direitos em pauta, a demanda a ser utilizada pelos contratantes também se reveste da característica pessoal, pelo que se dispensa a inscrição do contrato no registro imobiliário.

Desta forma, cuidando-se de ação que visa a exigir o cumprimento do contrato, com efeitos entre as partes, o registro não emerge como condição essencial ao seu ajuizamento, seja ação de obrigação de fazer, do que não se tem mais dúvida, seja adjudicação compulsória, consoante entendimento atual deste Tribunal, de que é exemplo, dentre outros, o REsp 13.639-SP (DJ 16.11.92), também por mim relatado, **verbis**:

— “Segundo jurisprudência da Corte, a promessa de compra e venda somente reclama inscrição do instrumento para sua validade e eficácia perante terceiros, mostrando-se hábil a obtenção da adjudicação compulsória em relação ao promitente-vendedor independentemente desse registro”.

A propósito, colhe-se de recente e autorizado estudo do Prof. **Humberto Theodoro Júnior** (“Execução forçada. Obrigações de contratar. Compromisso de compra e venda. Adjudicação compulsória”, in “Ensaaios Jurídicos”, RJ, vol. 1/81):

“2. Compromisso de contratar

Por pré-contrato, contrato preliminar ou **pactum de contrahendo** entende-se o contrato pelo qual uma das partes, ou ambas, se obrigam a concluir outro negócio jurídico (**Pontes de Miranda**, Tratado das Ações, S. Paulo, RT, 1978, v. VII, pág. 284).

Desses contratos resultam típicos obrigações de fazer, ou seja,

de declarar vontade para aperfeiçoamento de outro negócio futuro, dito, contrato final ou definitivo.

Em razão do princípio clássico **nemo ad factum precise cogi potest**, durante muito tempo prevaleceu o entendimento de que o ato de vontade, sendo personalíssimo, não poderia ser obtido compulsoriamente em juízo. E, por isso, o inadimplemento dos pré-contratos só poderia gerar perdas e danos, e nunca execução específica.

Entre nós, o Código de Processo Civil de 1939, na esteira do que já se entendia na Europa, rompeu essa velha e ultrapassada concepção e esposou a tese da exequibilidade **in natura** também do pré-contrato, através de uma substituição da vontade do devedor pela manifestação judicial equivalente (art. 1.006 e §§), orientação que o novo Código de 1973 conservou e aprimorou, em seus artigos 639 e 641.

Reconhecem-se, assim, de maneira irreversível no sistema de nosso direito positivo, que a alegada infungibilidade das prestações de declaração de vontade, outrora defendida por alguns, era apenas uma criação jurídica, e não uma imposição da essência da coisa.

Da mesma maneira como nas execuções de dívida de dinheiro o órgão judicial prescinde da vontade do devedor para alienar seus bens e pagar a seus credores, em caráter compulsório, também é ló-

gico que pode suprir a vontade do promitente e realizar, em seu lugar, o contrato definitivo a que validamente se obrigou. Não há diferença essencial ou substancial entre as duas hipóteses de agresso à esfera patrimonial do executado para realizar a sanção a que, juridicamente, se submeteu.

O que não se pode, por respeito à liberdade humana, é compelir fisicamente o devedor a firmar o contrato prometido. Mas substituir sua vontade pelo ato judicial executivo, isto é plenamente possível, segundo o direito atual.

A matéria se acha muito claramente exposta no artigo 639 do Código de Processo Civil, **in verbis**:

“Se aquele que se comprometeu a concluir um contrato não cumprir a obrigação, a outra parte, sendo isso possível e não excluído pelo título, poderá obter uma sentença que produza o mesmo efeito do contrato a ser firmado”.

O mecanismo das execuções desse tipo de obrigação é completado com a regra do artigo 641:

“Condenado o devedor a emitir declaração de vontade, a sentença, uma vez transitada em julgado, produzirá todos os efeitos de declaração omitida”.

Coerente com essa moderna execução forçada dos pré-contra-

tos, o Dec.-Lei nº 58/37 atribuiu ao promissário-comprador ação de adjudicação compulsória para obter a definitiva transferência do imóvel compromissado à venda, se o promitente-devedor incorrer em inadimplemento.

Surgiu, no entanto, a objeção de que a ação de adjudicação compulsória, segundo as leis que regulam o compromisso de compra e venda, estaria sempre condicionada a um pré-contrato devidamente formalizado e inscrito no Registro Imobiliário (STF, Súmula nº 167), o que excluiria a execução prevista no art. 639 do CPC para a hipótese de a promessa não se achar registrada.

Influenciados pela radical jurisprudência da Suprema Corte, nós mesmos chegamos a escrever que o art. 639 só se aplicaria aos compromissos de compra e venda de imóveis devidamente inscritos no Registro de Imóveis (Comentários ao Cód. de Processo Civil, Rio, Forense, 1978, v. IV, nº 247/9, nº 323/9), equívoco de que hoje nos penitenciamos, como adiante se verá.

3. O verdadeiro alcance da execução forçada das obrigações de contratar

A evolução geral do conceito de execução específica chegou às obrigações de contratar (espécie de obrigação de fazer) com a mesma amplitude registrada em matéria de obrigações de dar. Não há qualquer preocupação, **a priori**,

com a existência ou não para o credor de um direito real.

É certo que algumas leis, com fito de proteger o promissário-comprador, criaram em seu favor, um direito real de aquisição, oponível **erga omnes**, desde que a promessa de contratar seja inscrita no Registro de Imóveis.

Evidentemente, não é esse direito real o fundamento da execução específica entre as partes. O art. 641 do CPC, ao cuidar do tema, assegura que a sentença que condena o réu a prestar a declaração de vontade produzirá, por si só, o mesmo efeito daquela a que se obriga o devedor. Nada há na regulamentação legal da execução forçada que subordine o cumprimento desse tipo de pré-contrato a um direito real.

Diz o CPC, em seu art. 639, que, sendo isso possível, a sentença condenará à declaração de vontade; e isto, às vezes, tem sido interpretado como limitativo da execução forçada específica apenas aos compromissos de compra e venda a que a lei de loteamento assegura a adjudicação compulsória que são justamente aqueles inscritos no Registro de Imóveis, para eficácia **erga omnes**. Sem o registro, portanto, entendia o STF que o promissário-comprador teria de contentar-se com perdas e danos (RTJ, 117/384).

Acontece que não se deveria confundir a ação real de adjudicação compulsória com a ação de

execução específica de declaração de vontade. Se é certo que a adjudicação compulsória se faz pelas vias da execução específica, isto não exclui, necessariamente, a aplicação desse tipo de procedimento também para execução de declarações de vontade devidas por vínculos puramente obrigacionais”.

.....
“O instituto da execução específica, na matéria, foi concebido, desde suas origens, sem qualquer subordinação ao direito real.

Seu pressuposto sempre foi o fato de que a prestação de consentimento para qualquer contrato definitivo é uma prestação fungível, porque, no caso de recusa do devedor, pode-se alcançar o mesmo efeito da declaração privada de vontade por meio de um provimento do juiz, uma vez que o devedor tenha se obrigado a prestá-la”.

.....
“Na verdade, como se vê, o pressuposto da execução, **in casu**, é a violação da obrigação de contratar e nada mais. O condicionamento de ser possível a execução específica, se prende aos próprios termos do negócio preliminar ou pré-contrato, pois, muitas vezes pode ser uma convenção incompleta, imperfeita ou privada por seus próprios termos da força de levar à execução compulsória, co-

mo se dá, por exemplo, no caso de existir cláusula de arrependimento.

Lembro, outrossim, que essa distinção entre direito pessoal e direito real, sem afetar a exequibilidade forçada, não é fato que ocorre apenas no campo da obrigação de contratar. Também nas execuções de dar coisa certa e de quantia certa o mesmo se passa, em situações como a do contrato de compra e venda e da hipoteca.

Assim é que, se a compra e venda de imóvel for transcrita no Registro Público, o comprador com base no direito real de propriedade executará o vendedor para obter a entrega do bem vendido. Se a venda for de coisa móvel, sem a tradição o comprador não adquirirá o domínio, mas mesmo assim terá meio de executar o vendedor, com base na obrigação contratual de entrega do bem negociado (**Agostinho Alvim**, ob. cit., nº 24-C, pág. 36)".

.....
"Em síntese: tanto o vínculo real como o obrigacional são, no direito moderno, suficientes para justificar um processo de execução forçada".

.....
"5. Harmonia final entre a lei, a doutrina e jurisprudência

Enfrentando o polêmico tema da execução compulsória do compromisso de compra e venda não registrado, pela primeira vez após

a assunção do encargo constitucional de ser a maior alta Corte Judiciária do País no campo do direito infraconstitucional, o novel Superior Tribunal de Justiça, por sua 3ª Turma, no Recurso Especial nº 30-DF, julgado em 15.8.89, sobre o relato do Min. Eduardo Ribeiro, fez um longo e detalhado estudo sobre a história da adjudicação compulsória, no comércio dos imóveis loteados e depois também dos não-loteados. O tema foi abordado desde o Dec.-Lei nº 58, de 1937, passando pela Lei nº 649, de 1949, até a última Lei de Loteamentos e Desmembramentos dos Imóveis Urbanos (Lei nº 6.766, de 1979).

Ao final da resenha legislativa, doutrinária e jurisprudencial acerca do tormentoso assunto, o Colendo Superior Tribunal de Justiça acabou por dissentir da orientação antes preconizada pelo Supremo Tribunal Federal, no sentido de somente ser admissível a adjudicação compulsória em favor do compromissário-comprador que dispusesse de título inscrito no Registro de Imóveis (Súmula nº 167/STF).

Lembrou o voto do Relator, Min. Eduardo Ribeiro, acompanhado pela unanimidade dos componentes da Turma julgadora, que se alguma dúvida poderia gerar a redação dos arts. 22 e 23 do antigo Dec.-Lei nº 58, a nova Lei nº 6.766/79 teria, em seu art. 25, contribuído para definitivamente eliminá-la. É que, segundo esse

dispositivo, “são irretratáveis os compromissos de compra e venda, cessões e promessas de cessões, os que atribuam direito à adjudicação compulsória e, estando registrados, confirmam direito real oponível a terceiro”.

Com isso, a Lei 6.766/79, tal como já o fazia a doutrina na exegese da legislação anterior, procedeu à completa desvinculação entre a adjudicação compulsória e a exigência do registro.

O registro — destacou o acórdão do STJ — “será necessário para que se adquira direito oponível a terceiro. A condicionante “estando registrados” prende-se somente à constituição desse direito” (RTJ, 3/1.050).

Se assim é, com a Lei nº 6.766/79, para os compromissos relativos a imóveis loteados, assim também haverá de ser para os referentes a imóveis não loteados, pois o que pretendeu a Lei nº 649, sem dúvida, foi “conferir adjudicação compulsória aos imóveis não loteados, nos mesmos casos dos loteados” (RSTJ, 3/1.050).

Há de prevalecer, então, a velha e prestimosa lição de **Darcy Bessone**, acolhida integralmente pelo decisório do STJ, na qual se faz a nítida distinção entre a constituição da obrigação de fazer e o aparecimento do direito real de aquisição, diante dos compromissos de compra e venda.

Não há como explicar a sujeição do direito à execução de uma obrigação de fazer a uma formalidade (o registro público) que somente diz respeito à constituição de direito real e conseqüente oponibilidade a terceiro. Por isso, a adjudicação compulsória, forma de cumprir a **obligatio faciendi** entre os próprios sujeitos do contrato que a instituiu, liga-se ao direito pessoal, a que é totalmente estranho o direito real a ser obtido com a inscrição no Registro Público (cf. **Bessone**, Da Compra e Venda, Promessa e Reserva de Domínio, Belo Horizonte, B. Álvares, 1960).

Quanto à corrente doutrinária e jurisprudencial que distinguia entre a ação real de adjudicação compulsória e a ação pessoal de cumprimento da obrigação de contratar, o Acórdão do R. Especial nº 30 a considerou superada, a partir do momento em que não se vê vínculo algum entre a ação de adjudicação compulsória e o direito real de aquisição.

O registro faz nascer o direito de seqüela, mas a adjudicação entre as partes do compromisso não depende, de maneira alguma, do referido direito de seqüela. Daí deve-se entender a expressão “adjudicar” **in casu**, não como atribuição direta do domínio ao promissário-comprador, mas apenas como criação em seu favor de um título definitivo, que lhe permitia, posteriormente, chegar à propriedade do imóvel, por via da trans-

crição do título judicial (a sentença) no Registro Público competente.

A adjudicação, em face do compromisso, não é diferente daquela que se dá no praxeamento do imóvel penhorado (CPC, art. 714). Serve de título causal para adquirir a propriedade mas não a transfere de imediato, já que tal transferência somente acontecerá quando se der a respectiva inscrição no Registro de Imóveis (Cód. Civil, art. 533).

Se, pois, sempre será necessário o registro da sentença para que a propriedade do imóvel compromissado seja transferida, “revela pouco a distinção entre a ação de adjudicação e ação de cumprimento de obrigação de contratar. Nos dois casos, haverá a mesma criação de um título causal, ainda no plano do direito obrigacional e não a imediata constituição do direito de propriedade, fato que só ocorrerá quando se der a transcrição da sentença no Registro competente” (RSTJ 3/1.051).

Tempos mais tarde, a 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça (ac. unânime de 7.5.91, relatado pelo Min. Sálvio de Figueiredo) viria a se filiar à mesma exegese da 3ª Turma, decidindo, também, que para obtenção da adjudicação compulsória seria prescindível a inscrição do compromisso de compra e venda no Registro de Imóveis (RSTJ, 29/356).

Em outros acórdãos posteriores, tanto a 4ª Turma como a 3ª

Turma do STJ têm reafirmado seu definitivo posicionamento acerca do tema:

“O direito à adjudicação compulsória é em si de caráter pessoal, não dependendo, para sua plena eficácia entre os próprios contratantes, de registro no ofício imobiliário” (STJ, 4ª T., REsp 8.944-SP, Rel. Min. Athos Carneiro, in DJU 8.9.92).

“O direito à adjudicação compulsória é de caráter pessoal, restrito aos contratantes, não se condicionando a **obligatio faciendi** à inscrição no registro de imóveis” (STJ, 3ª T., REsp 19.410-0-MG, Rel. Min. Waldemar Zveiter, DJU 8.9.92, RSTJ, 42/407).

Em suma, pode-se afirmar que a posição do STJ está assentada, em bases definitivas, no sentido de que:

“Segundo jurisprudência da Corte, a promessa de compra e venda somente reclama inscrição do instrumento para sua validade e eficácia perante terceiros, mostrando-se hábil à obtenção da adjudicação compulsória em relação ao promitente-vendedor independentemente desse registro” (STJ, 4ª T., REsp 13.639-0-SP, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo, DJU 16.11.92).

6. Conclusões

Depois de muitos anos de controvérsia, a posição jurispruden-

cial, graças à liderança do Superior Tribunal de Justiça, encontrou, finalmente, um ponto de equilíbrio, acolhendo o que já era ponto pacífico na doutrina, ou seja:

A execução do compromisso de compra e venda, entre os contratantes, é execução de obrigação de contratar e, como tal, encontra apoio na matriz procedimental dos arts. 639 a 641 do CPC, onde a natureza real do direito não figura entre os respectivos requisitos.

Logo, a falta de registro do compromisso no Cartório de Imóveis não pode embaraçar a ação de cumprimento do contrato, a não ser quando o imóvel tenha sido alienado a terceiro e, assim, já não mais exista no patrimônio do promitente-vendedor. Somente em tal hipótese é que, não sendo o contrato oponível **erga omnes**, terá o promissário-comprador de contentar-se com as perdas e danos.

Superada a velha jurisprudência do STF, que teimava em vincular a adjudicação compulsória do art. 22 do Dec.-Lei nº 58 ao direito real de aquisição, perdeu sentido a tentativa de construção de uma tese que distinguia a ação real da adjudicação compulsória da ação pessoal do cumprimento da obrigação de contratar.

Tudo agora foi colocado no plano pessoal do cumprimento do contratado de compromisso de compra e venda, de sorte que a ação de adjudicação compulsória e a ação de outorga de escritura

definitiva são a mesma coisa. A adjudicação compulsória, mencionada no art. 22 do Dec.-Lei nº 58 e no art. 25 da Lei nº 6.766, na verdade, não é senão um rótulo aplicado à figura geral da ação de cumprimento de obrigação de contratar regulada genericamente pelo Código de Processo Civil (arts. 639 e 641).

Colocando as coisas nesse estágio, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, por antecipação, deu realidade ao princípio que viria, com a Lei nº 8.952, de 13.12.94, a ser enfaticamente proclamado como norma cogente para as ações de cumprimento de obrigações de fazer, ou seja:

“Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não-fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ...” (CPC, art. 461, **caput**).

De sorte que:

“A obrigação somente se converterá em perdas e danos se o autor o requerer ou se impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente” (**idem**, § 1º).

Houve, sem dúvida, uma grande conquista no campo do reforço da autoridade do contrato e um significativo passo na caminhada no rumo do incremento à instrumentalidade e maior efetividade da prestação jurisdicional”.

4. Em face do exposto, não conheço do recurso.

RECURSO ESPECIAL Nº 45.374-7 — MG

(Registro nº 94.0007349-6)

Relator: *O Sr. Ministro Barros Monteiro*

Recorrentes: *Maria Helena de Castro Botelho de Miranda e cônjuge*

Recorridos: *Romy Evangelista de Novaes e cônjuge*

Advogados: *Drs. Carlos Francisco Vieira Cavalcanti, e Ageu Alves Leão e outros*

EMENTA: *Ação de usucapião extraordinário e ação reivindicatória. Posse injusta. Art. 524 do Código Civil.*

Desacolhida a ação de usucapião extraordinário, restando os autores despojados de qualquer título oponível aos proprietários, precedente é o pleito reivindicatório formulado pelos réus-reconvintes, independentemente da comprovação da ilicitude da posse de quem ocupava o imóvel, a qual resulta da simples ausência de causa legal que a fundamente.

Recurso especial conhecido, em parte, e provido para julgar procedente a reconvenção.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas:

Decide a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer, em parte, do recurso e, nessa parte, dar-lhe provimento, na forma do relatório e notas taquigráficas precedentes que integram o presente julgado. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Cesar Asfor Rocha, Fontes de Alencar e Sálvio de Figueiredo Teixeira.

Brasília, 27 de junho de 1996 (data do julgamento).

Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, Presidente. Ministro BARROS MONTEIRO, Relator.

Publicado no DJ de 23-09-96.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO BARROS MONTEIRO: Romy Evangelista de Novaes e sua mulher ajuizaram ação de usucapião extraordinário contra Maria Helena de Castro Botelho de Miranda e seu marido relativamente ao lote nº 12, do quarteirão 13, sito à rua Olinto Magalhães, bairro de Ipanema, Belo Horizonte. Os réus

ofereceram contestação e reconvenção, nesta última formulando pleito reivindicatório.

A sentença julgou os autores carecedores da ação de usucapião, sob o fundamento de que o **animus domini** só se caracterizou a partir de 1977, sem perfazer o lapso de tempo necessário previsto no art. 550 do Código Civil. Declarou, outrossim, os réus-reconvintes carecedores do pedido reconvenicional, por não haverem eles se desincumbido do ônus de comprovar a posse injusta dos autores-reconvindos.

O Tribunal de Alçada de Minas Gerais, por maioria, negou provimento às apelações interpostas pelas partes: à dos autores, por faltarlhes um dos requisitos essenciais da ação de usucapião, ou seja, o exercício da posse com **animus domini**; à dos réus-reconvintes, sob o fundamento de que, se comprovaram eles o domínio, não lograram demonstrar a posse injusta exercida pelos autores.

Votou vencido o em. Juiz Jarbas Ladeira, para quem: a) não reunidos os requisitos da ação de usucapião, a consequência é a improcedência e não a carência; b) provada a propriedade do imóvel e a oposição do dono à posse, cabe a reivindicatória, que é a ação do proprietário não possuidor contra o possuidor não proprietário. Por conseguinte, dava provimento ao apelo dos réus-reconvintes para julgar procedente a reconvenção e negava ao dos autores, modificado apenas o dispositivo da sentença para improcedência.

Com apoio no pronunciamento minoritário, os réus-reconvintes apresentaram embargos infringentes, que foram rejeitados nos termos do voto condutor do Acórdão, da lavra do il. Juiz Ferreira Esteves, de conformidade com o qual “não basta para se deferir pedido de reivindicatória que a parte autora comprove o seu domínio sobre a coisa. Necessário, por outro lado, que se comprove, também, a ilicitude da posse de quem a detém” (fls. 299).

Opostos declaratórios, a Eg. Câmara acolheu-os para declarar, sem alteração do resultado do julgamento, que os dois pedidos foram julgados improcedentes, “pela carência de ação, isto é, que os respectivos autores não são detentores dos direitos invocados” (fls. 312).

Ainda irresignados, os réus-reconvintes manifestaram o presente recurso especial com arrimo nas alíneas a e c do permissivo constitucional, alegando negativa de vigência dos arts. 269, I, do CPC, e 524 do Código Civil, além de dissenso interpretativo. Em relação ao primeiro preceito legal invocado, postularam a modificação do dispositivo do v. Acórdão para improcedência do pedido de usucapião, de tal forma a impossibilitar aos autores venham a renovar a questão por eles aventada. Quanto ao segundo, sustentaram, em suma, que os autores-reconvindos exerciam a posse sem nenhuma causa legal, fato reconhecido na inicial da ação de usucapião, daí a posse injusta a motivar o pedido reivindicatório. Sobre este último item re-

cursal veio alinhada a asserção de divergência jurisprudencial com arestos da Suprema Corte e do Tribunal de Justiça do Paraná.

Sem as contra-razões, o apelo extremo foi admitido na origem, merecendo, afinal, nesta instância, parecer favorável da Subprocuradoria Geral da República.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO BARROS MONTEIRO (Relator): 1. Não colhe, por primeiro, a alegação de negativa de vigência do art. 269, inc. I, do Código de Processo Civil.

A carência proclamada, tanto da ação como do pedido reconvençional, decorre sobretudo do entendimento doutrinário esposado pelo voto condutor do Acórdão recorrido, conforme se deixou bem esclarecido em sede de embargos de declaração: “a quem não seja o detentor de um direito subjetivo deve ser considerado carecedor de ação, tendo-se, com isso, como improcedente o seu pedido” (fls. 310). Restou bem evidenciado na manifestação aclaradora que o reconhecimento da carência acarreta a extinção do processo, com o conhecimento do mérito; ambas as postulações formuladas nos autos foram consideradas como improcedentes à falta dos respectivos direitos subjetivos invocados. Em resumo, segundo se deduz claramente do Acórdão de fls. 308/312, o mérito da causa foi enfrentado. Daí a improcedên-

cia de ambos os pedidos, explicitamente reconhecida nos embargos declaratórios opostos.

A rigor, conforme se pode notar, falta legítimo interesse aos recorrentes para pleitear a modificação no dispositivo do v. Acórdão, desde que, ao fim e ao cabo, a questão se cifra a uma disceptação de natureza terminológica ou de nomenclatura. No substancial, os pedidos foram julgados improcedentes.

2. O Acórdão recorrido, confirmando a decisão de 1º grau, considerou que, para o acolhimento do pleito reivindicatório, não bastava a comprovação apenas do domínio, mas que era necessário demonstrassem os réus-reconvintes ser injusta a posse de quem detinha a coisa.

O cerne da controvérsia está em saber-se o conceito da posse injusta, a que se reporta o art. 524 do Código Civil.

Para **Carvalho Santos**, posse injusta não é somente aquela em que, nos termos do art. 489 do CC, for violenta, clandestina ou precária. Conforme magistério do referido mestre, “não é verdade que o Código tenha por semelhante forma restringido o direito à reivindicação. O que aliás não lhe seria lícito fazer, de vez que importaria em restrição do direito de propriedade, cuja amplitude é garantida no próprio texto supra, e, por isso mesmo, não suscetível de ser restringida pela proteção que se quisesse assegurar ao possuidor. O douto **Sá Pereira** explica satisfatoriamente: ‘Se o legislador hou-

vera atribuído à palavra injusta uma significação exclusiva, sempre a mesma, este raciocínio seria irresponsável. Assim, porém, não foi; ele se ateve à doutrina na qual ela tem um sentido genérico e um sentido específico. Posse justa, em sentido lato, escreve **Lafayette**, é aquela cuja aquisição não repugna ao Direito. No caso contrário, a posse se diz injusta. Em sentido restrito, posse justa significa a que é isenta de algum dos três vícios seguintes: violência, clandestinidade ou precariedade' (Obr. cit., pág. 25). Donde se podia admitir outra inteligência ao texto legal, certo como é que a ação de reivindicação deve ser intentada contra quem quer que se ponha em antagonismo com o exercício do direito de propriedade, estabelecendo uma luta entre a propriedade e a posse, na expressão de **Dernburg** (Pand., vol. 1, § 224). Nem outro é o ensinamento de **Endemann**, quando escreve que a ação de reivindicação é a investida para a recuperação do direito à coisa contra quem se põe em antagonismo com o exercício dele" (Código Civil Brasileiro Interpretado, vol. VII, pág. 280, 11ª ed.).

Tal orientação fora adotada pelo Excelso Pretório, que, em Acórdão de relatoria do em. Ministro Soares Muñoz, assentou:

"Ação reivindicatória. A posse injusta, a que se refere o art. 524 do Código Civil, é a que se insurge contra o exercício do direito de propriedade, estabelecendo uma luta entre ela, ainda que

ad interdicta, e o domínio. Recurso extraordinário conhecido e provido, para julgar procedente a ação reivindicatória" (RTJ 99/804).

Nesse julgado, S. Exa., o Sr. Ministro-Relator, referiu-se a um precedente da lavra do saudoso Ministro Orozimbo Nonato, transcrito por **Pontes de Miranda** em seu Tratado de Direito Privado, **in verbis**:

"É claro que o Código, no art. 524, toma a expressão em sentido genérico e nem de outro modo poderia ser, sob pena de destruir ele próprio o princípio em que define as qualidades que compõem a noção complexa de domínio" (in RTJ vol. 99, pág. 806).

Essa linha de entendimento tem sido perfilhada pela jurisprudência mais recente de nossos Tribunais (cfr. RT, vol. 673/146-147), inclusive desta Corte. A posse injusta não se identifica com a posse de má-fé, pois uma e outra se determinam por critérios distintos, consoante decidiu esta Casa quando da apreciação do REsp nº 9.095-SP, de que foi relator designado o em. Ministro Eduardo Ribeiro, que, ainda a propósito da inteligência que se deve atribuir ao indigitado art. 524 do CC, anotou: "quando aí se estabelece que assegurado ao proprietário o direito de reaver seus bens 'do poder de quem quer que injustamente os possua', quer-se significar que aquele que tem o domínio poderá reivindicar o bem de quem o possuir sem título

que lhe seja oponível. O bom êxito da reivindicatória depende de que demonstre a propriedade e que o réu não possua com base em título que possa eficazmente opor ao proprietário”.

Em outro aresto provindo da C. Terceira Turma, REsp nº 13.335-SP, o mesmo relator, Ministro Eduardo Ribeiro, teve ocasião de salientar que “o artigo 524 do Código Civil, ao estabelecer que o proprietário poderá reaver seus bens, de quem injustamente os possua, quer significar que a reivindicação será frutuosa e dirigida, por quem tenha o domínio, relativamente ao que possua, sem título que lhe seja oponível”.

Nesse sentido, outrossim, o parecer da douta Subprocuradoria Geral da República, da lavra do il. Dr. Vicente de Paulo Saraiva, para quem a posse injusta de que fala o art. 524 do Código Civil é de ser entendida em sentido amplo, vale dizer: é aquela que não é de direito, porque não é alicerçada em nenhuma causa legal que legitime futura aquisição do bem (fls. 353).

Ora, na espécie em análise, a posse exercida pelos autores-reconvindos não ostenta nenhuma causa legal; não opõem eles ao domínio dos réus-reconvintes título algum que se mostre eficaz. Tanto que foi por eles ajuizada a ação de usucapião extraordinário, fundada precisamente na ausência de qualquer título.

Se assim é nos termos da lei, ao exigir o v. Acórdão a prova pelos réus-

reconvintes da ilicitude da posse mantida pelos autores-reconvindos, contrariou ele o espírito e a finalidade do art. 524 supramencionado. Uma vez inexistente título algum em prol dos autores-reconvindos, nem se arrogando eles a condição de comodatários, locatários ou depositários, prevalece sobranceiro o título dominial de que são portadores os réus-reconvintes, ora recorrentes.

O decisório combatido não só vulnerou a norma de lei federal indicada, mas também dissentiu do julgado paradigma oriundo do Supremo Tribunal Federal, que se encontra publicado na RTJ vol. 107, págs. 1.324-1.326, de cuja motivação se extrai:

“Nesse particular, a orientação do acórdão recorrido coincide com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, segundo a qual:

‘Ação reivindicatória. Não há confundir o requisito da posse injusta a que se refere o art. 524 do Código Civil com a posse injusta definida no art. 489 do mesmo diploma legal’.

Aquela é injusta tão-somente pela razão de que, na disputa entre a posse e a propriedade, prevalece o direito do proprietário, a menos que se trate de posse **ad usucapionem**. Não constitui requisito da ação reivindicatória que a posse do réus seja precária, clandestina ou violenta. A posse **ad interdicta** não constitui obs-

táculo à procedência da ação de reivindicação (Ag AgrRg nº 82.945-8/São Paulo)”.

3. Do quanto foi exposto, conheço, em parte, do recurso por ambas as alíneas do autorizativo constitucional e, nessa parte, dou-lhe provimento, a fim de julgar procedente a reconvenção, condenados os autores-reconvidos a restituírem o imóvel

objeto do litígio no prazo de dez (10) dias. Beneficiários que são os vencidos da assistência judiciária, pagarão as custas concernentes à reconvenção e os honorários de advogado da parte contrária, arbitrados em R\$ 1.000,00 (hum mil reais), caso se verificarem os pressupostos insertos no art. 12 da Lei nº 1.060/1950.

É o meu voto.

RECURSO ESPECIAL Nº 76.843 — MG
(Registro nº 95.0053355-3)

Relator: *O Sr. Ministro Barros Monteiro*

Recorrente: *Ministério Público do Estado de Minas Gerais*

Recorrido: *José Alves de Souza Neto*

Advogada: *Dra. Maria da Conceição Camara Pimenta*

EMENTA: *Investigação de paternidade. Ação intentada pelo Ministério Público, na forma do art. 2º, § 4º, da Lei nº 8.560, de 29-12-92. Legitimidade de parte. Inconstitucionalidade reconhecida pelo Tribunal a quo dos §§ 4º e 5º do artigo 2º do mencionado diploma legal. Inobservância do procedimento previsto nos arts. 480 a 482 do CPC.*

Acolhida a arguição de inconstitucionalidade de norma de lei federal, ainda que tenha sido suscitada pelo Relator, a questão há de ser submetida ao Tribunal Pleno ou ao Órgão Especial que lhe faz as vezes.

Recurso especial conhecido e provido para cassar o Acórdão recorrido e determinar a remessa dos autos ao Órgão Especial.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas:

Decide a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unani-

midade, conhecer do recurso e dar-lhe provimento, na forma do relatório e notas taquigráficas precedentes que integram o presente julgado. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Cesar Asfor Rocha, Ruy Rosado

de Aguiar, Fontes de Alencar e Sálvio de Figueiredo Teixeira.

Brasília, 06 de agosto de 1996 (data do julgamento).

Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, Presidente. Ministro BARROS MONTEIRO, Relator.

Publicado no DJ de 23-09-96.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO BARROS MONTEIRO: O Promotor de Justiça da Comarca de Itamarandiba-MG ajuizou, com fundamento no art. 2º, § 4º, da Lei nº 8.560/92, em favor do menor J. L. V. e contra José Alves de Souza Neto, ação de investigação de paternidade, cumulada com pedido de alimentos, afirmando que, ao tempo da concepção, a mãe da criança mantinha exclusivo relacionamento sexual com o réu.

Procedentes os pedidos em 1º grau, o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais julgou extinto o processo sem conhecimento do mérito, com base no art. 267, inc. VI, do CPC, por ilegitimidade ativa **ad causam**, havendo negado cumprimento ao art. 2º, §§ 4º e 5º, da Lei nº 8.560/92 por sua inconstitucionalidade.

Rejeitados os declaratórios, o Ministério Público manifestou o presente recurso especial com arrimo na alínea **a** do permissor constitucional, alegando negativa de vigência dos arts. 6º, 81, 267, inc. VI, 480 a 482, do CPC, 2º, §§ 4º e 5º, da Lei nº

8.560/92. Preliminarmente, o recorrente invocou a inobservância do procedimento previsto na lei processual civil, de vez que, debatida e acolhida a questão referente à inconstitucionalidade, a matéria era de ser devolvida ao conhecimento do Órgão Especial do Tribunal de Justiça local. Tocante ao merecimento do recurso, sustentou a sua legitimidade para promover a ação, pois atua na qualidade de substituto processual e não como representante do incapaz.

Sem as contra-razões, o apelo extremo foi admitido na origem, subindo em seguida os autos a esta Corte. Opinou a Subprocuradoria Geral da República pelo provimento.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO BARROS MONTEIRO (Relator): Para declarar extinto o processo sem apreciação do mérito, por ilegitimidade ativa do Ministério Público, o Tribunal **a quo** considerou inconstitucionais os §§ 4º e 5º do art. 2º da Lei nº 8.560/92, negando-lhes, conseqüentemente, cumprimento.

É indubitoso, no caso, o reconhecimento de inconstitucionalidade dos incisos legais supra-aludidos, premissa lógica e necessária para a recusa de sua aplicação ao caso em julgamento. Era de inteiro rigor, pois, que o Colegiado estadual observasse à risca o estatuído nos arts. 480 a 482 do Código de Processo Ci-

vil, que estabelecem o procedimento que assegura a efetividade e exato cumprimento da norma inscrita no art. 97 da Lei Fundamental, de conformidade com a qual “somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público”. Na esteira da preceituação constitucional, o art. 481 da lei processual civil reza que, se acolhida a argüição, será lavrado o acórdão, a fim de ser submetida a questão ao tribunal pleno.

A Eg. Câmara, de fato, tal como clama o recorrente, deixou de observar o procedimento previsto no Código de Processo Civil, notadamente o indigitado art. 481, circunstância que, por si só, invalida o julgado.

Não importa que a argüição não tenha sido formulada por terceiros e, sim, de ofício pelo próprio Desembargador Relator. **José Carlos Barbosa Moreira** leciona a propósito que “a argüição pode ainda ser feita **ex officio**, pelo relator, pelo revisor, se houver, ou por qualquer dos juízes componentes do órgão. Aplica-se aqui o princípio segundo o qual, em questão de direito, a iniciativa oficial é sempre admissível” (Comentários

ao Código de Processo Civil, pág. 41, 5ª ed.).

Assiste, por conseguinte, inteira razão ao parecer exarado pelo Ministério Público Federal, no sentido de que “pelo que se deduz dos autos, o procedimento não foi observado, porquanto a questão não foi submetida ao tribunal pleno, eivando o processo de nulidade, sendo de mister que se casse o acórdão, nos termos do pedido do apelo extremo” (fls. 218).

Restaram afrontados, pois, os artigos 480, 481 e 482 do CPC. Como a argüição de inconstitucionalidade já foi acolhida pela Turma julgadora, basta que, conforme requer o recorrente, se casse a decisão recorrida, a fim de que, observados os trâmites legais, seja a questão submetida ao Órgão Especial do Tribunal de Justiça estadual. Em consequência, tem-se como prejudicada a segunda parte da irresignação recursal.

Ante o exposto, conheço do recurso e dou-lhe provimento, a fim de que, cassado o Acórdão recorrido, sejam remetidos os autos ao Órgão Especial do Tribunal de Justiça, nos termos supra-referidos, restando prejudicado o recurso extraordinário (art. 27, § 4º, da Lei nº 8.038/90).

É como voto.

RECURSO ESPECIAL Nº 91.113 — RJ

(Registro nº 96.0018512-3)

Relator: *O Sr. Ministro Fontes de Alencar*

Recorrente: *Rosângela Leite de Oliveira*

Recorrido: *Walter Hernann Martins Eckhardt*

Advogados: *Drs. Mário Luiz Greco e outro, e Alexandre Ney de Oliveira Raed*

EMENTA: Indenizatória.

— **Extinto o processo por ilegitimidade de parte ativa, não medra a alegação de ofensa ao art. 159 do Código Civil Brasileiro.**

— **Alegado de divergência jurisprudencial desatentado no art. 541, parágrafo único, do Código de Processo Civil.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do recurso. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Sálvio de Figueiredo Teixeira, Barros Monteiro e Ruy Rosado de Aguiar. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Cesar Asfor Rocha.

Brasília, 26 de agosto de 1996 (data do julgamento).

Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, Presidente. Ministro FONTES DE ALENCAR, Relator.

Publicado no DJ de 04-11-96.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO FONTES DE ALENCAR: O Tribunal de Alçada Cível do Rio de Janeiro, reformando sentença que “proclamando a culpa exclusiva do réu” julgara parcialmente procedente ação de repara-

ção de danos decorrentes de colisão de veículos (fls. 63/66), pronunciou ilegitimidade ativa, forte em que a autora não logrou provar ser proprietária do veículo abalroado, extinguindo o processo, com fundamento no art. 267, VI, do Código de Processo Civil, sem julgamento de mérito. O acórdão está assim ementado:

“*Responsabilidade civil — Legitimidade.* Para propor ou contestar ação é necessário ter interesse e legitimidade (art. 3º C.P.C.). Não tem legitimidade para pleitear por indenização em razão de danos produzidos em automóvel quem não demonstra ser dele proprietário” (fl. 103).

Interpôs a autora o presente recurso, pelas alíneas **a** e **c** do promissor constitucional, alegando negativa de vigência do art. 159 do Código Civil Brasileiro, e invocando, para aferição de virtual divergência, jurisprudência desta Corte.

O recurso chegou a este Tribunal por força de provimento a agravo (fl. 133).

VOTO

O SR. MINISTRO FONTES DE ALENCAR (Relator): O acórdão recorrido deu provimento ao apelo

“para declarar a ilegitimidade da Apelada, julgando extinto o processo, com fundamento nas disposições do art. 267, VI, do Cód. Proc. Civil, ...” (fl. 103).

Dele colho mais:

“O mérito da causa é inalcançável, posto que a Autora é parte manifestamente ilegítima **ad causam**.

Com efeito, o documento de fl. 14 demonstra que o veículo danificado no acidente pertencia a Sebastião da Silva e Silva. O documento de fl. 15 se constitui de um carnê de financiamento bancário que, conquanto contenha o nome

da Autora e o número do chassis do veículo em causa, não elucida o negócio jurídico a que se refere.

Assim, não pode ter aquele documento a força probante que lhe empresta a D. Juíza, ...” (fl. 104).

Insulto ao art. 159, do Código Civil Brasileiro, não há, pois a ele não chegou a decisão atacada.

Pela divergência não prospera o recurso.

Os trechos transcritos dos paradigmas não indicaram a recorrente de que autorizado repositório os extraiu, desatendendo ao comando do art. 541, parágrafo único, do Código de Processo Civil.

Sob outro ângulo, a Súmula nº 07 desta Corte estaria a bloquear o reexame de prova.

Ante o exposto, não conheço do recurso.

RECURSO ESPECIAL Nº 91.993 — DF

(Registro nº 96.0020288-5)

Relator: *O Sr. Ministro Ruy Rosado de Aguiar*

Recorrente: *Maria Margarida Monteiro Pinto*

Recorridos: *Manoel de Lima Cordeiro — Espólio e outros*

Representados por: *Lea Benjamim Cordeiro*

Advogados: *José Nagel e outro, e Emanuel Lemos Ferreira e outros*

EMENTA: Concubinato. Partilha dos bens registrados em nome da concubina. Ação proposta pelo espólio e por herdeiros do concubino.

Os herdeiros do concubino, filhos havidos durante o seu casamento, têm direito à metade dos bens adquiridos durante a relação concubinária do pai, com recursos fornecidos por ele, embora registrados em nome da concubina, que fica com a outra metade.

Recurso não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do recurso. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Fontes de Alencar, Sálvio de Figueiredo Teixeira e Cesar Asfor Rocha. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Barros Monteiro.

Brasília, 25 de junho de 1996 (data do julgamento).

Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, Presidente. Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR, Relator.

Publicado no DJ de 02-09-96.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO RUY ROSADO DE AGUIAR: Léa Benjamin Cordeiro, viúva, representando o Espólio de Manoel de Lima Cordeiro, e os filhos, Diana Benjamin Cordeiro, João Emerson Benjamin Cordeiro e Cláudio Manoel Benjamin Cordeiro propuseram ação de reconhecimento e dissolução de sociedade de fato, cumulada com partilha de bens, con-

tra Maria Margarida Monteiro Pinto, ex-companheira do **de cujus**. A ação foi julgada procedente no juízo monocrático, e igualmente procedente o pedido cautelar de arrolamento de bens.

A ré apelou; contudo, a eg. 1ª Turma Cível do TJDF negou provimento ao recurso. Transcrevo parte do voto do il. Des. Relator, Edmundo Minervino:

“Antes que comece a apreciar o mérito da causa, creio ser indispensável destacar o que se segue. A petição inicial se encontra formulada em nome de Lea Benjamin Cordeiro, “representando o espólio de Manoel de Lima Cordeiro, ...”, juntamente com os filhos do casal que nomina, Diana Benjamin Cordeiro, João Emerson Benjamin Cordeiro e Cláudio Manoel Benjamin Cordeiro.

Conseqüentemente, a ação foi proposta **post mortem** do ex-concubino, a cujo espólio se refere e invoca; tal fato, entretanto, não faz desfigurar a titulariedade da demanda, na forma em que foi proposta.

No mérito. Evidentemente que não se cuida da hipótese de anulação de doações inoficiosas ao

cônjuge cúmplice, pois, sequer, fora argüido pela parte autora que o patrimônio que pretende ver partilhado resulta de doação de seu ex-esposo à concubina, ora ré. É verdade que a petição inicial não se mostra muito precisa, sobretudo no que consigna na alínea **b**, do item 5, ao sustentar a "... realidade da Sociedade de Fato que houve entre a Requerida e o falecido Manoel de Lima Cordeiro...", para ao final proclamar que "... os bens imóveis citados, de propriedade de ambos, Requerida e Manoel de Lima Cordeiro, ...". A impropriedade, aí ressaltada, consiste em que, sem que tenha categoricamente firmado a Requerente a não participação da ré na formação do patrimônio a ser partilhado, implicitamente admite tal concurso.

Dentro dos autos dúvidas não existem de que no período compreendido entre fins de 1979 e 07 de novembro de 1985 (fl. 90) data do falecimento de Manoel de Lima Cordeiro, viveu ele em concubinato com a ora apelante, Maria Margarida Monteiro Pinto."

A sua capacidade financeira não lhe permitia a aquisição dos bens, senão com a efetiva, indiscutível e indispensável colaboração do amásio, o qual, segundo suas próprias palavras, contando com o apoio que dela recebera, "deu início à arrancada de recuperação de seu patrimônio". (fls. 149)

Ressalta, outrossim, o julgado em exame que no ano de 1979, quando passou a conviver com seu concubino, a ré não possuía qualquer imóvel, conforme consta de suas declarações do Imposto de Renda. (fls. 107/110)

Do exposto, nego provimento à apelação para que os bens que se encontram arrolados às fls. 03 sejam partilhados entre os autores e a ré, em partes iguais. Sem que isso implique, necessariamente, a venda dos mesmos, pois que a partilha permite uma divisão cômoda." (fls. 198/200)

Por sua vez, manifestou-se o il. Des. Revisor, Mário Machado:

"Sem propósito pretender-se a ação adequada, no caso, seria anulatória de doação. Aliás, o comportamento processual da apelante é contraditório. Agora afirma doação do falecido concubino, para sustentar a adequação da ação anulatória, mas, na contestação, apregou "que os bens que lhe pertencem foram adquiridos por ela com recursos próprios, legalmente lançados em suas declarações de renda." (fls. 46)

Cuidando-se de bens adquiridos, na constância da sociedade de fato, apenas em nome da concubina, adequada à ação proposta com o pedido de reconhecimento e dissolução da sociedade de fato e de partilha dos bens comuns." (fls. 200).

Os embargos de declaração foram rejeitados, nos seguintes termos:

“Não há por que se questionar que a ação própria para a hipótese seria a anulatória de doações inoficiosas. Essa matéria encontra-se sobejamente apreciada no corpo do acórdão sob embargos. Não se pode negar que o direito de ação é de natureza potestativa, cabendo ao titular do direito o poder de sua pretensão. Desejassem os autores todo o patrimônio inscrito em nome da concubina, certamente não teriam pretendido a meação daquele acervo. Na lide então posta, vê-se que a regência das disposições dos arts. 1.372, C.C., é, desenganadamente, errônea invocação de norma legal pertencente a outra matéria que não a discutida nos autos.

Jamais o julgado incidiu em desobediência ao princípio processual do **onus probandi**. O que se argumentou na postulação da parte autora foi que a ré não amealhava condições de adquirir os bens imóveis inscritos em seu nome, e isso foi plenamente analisado na r. sentença e no acórdão.

Sob o argumento de decisão se mostra **extra petita**, no sentido de que o acórdão determinou a partilha dos bens por metade, a insurgência, mais uma vez, mostra-se despropositada. A petição inicial bem definiu, no particular, a pretensão dos autores, ao expor “..., com a divisão em partes iguais do produto da venda, ...”.

Aí se encontra definida a demanda.” (fls. 216/217)

Insatisfeita, a ré manifestou recursos extraordinário e especial, este com fulcro no artigo 105, III, **a e c**, da CF. Esclarece que viveu em concubinato de 1979 a 1985, quando faleceu o concubino, o qual, embora casado e pai de três filhos, estava separado de fato. Segundo a recorrente, durante o período do concubinato, “cada um trabalhou e desenvolveu esforços para formação do respectivo patrimônio”. Outrossim: a) os bens imóveis descritos na inicial foram todos adquiridos de terceiros; b) “os recorridos conseguiram, de uma pretensão já alcançada pela prescrição para obter a anulação dos atos jurídicos que invocavam, mover uma ação declaratória, na tentativa de alcançar os mesmos efeitos por vias transversas; c) caberia aos demandantes o ônus de provar de forma plena e cabal a participação do ex-concubino na aquisição dos bens reclamados (artigos 283, VI, 333, I, do CPC). Ainda mais que, no âmbito dos direitos patrimoniais, inadmissível a prova exclusivamente testemunhal, por aplicação dos artigos 401 do CPC e 141 do CCB”; d) “cabia aos recorridos demonstrar o **quantum** de participação do **de cujus** na compra dos imóveis”, o que não fizeram; e) com o falecimento do concubino, a ação só poderia ter sido proposta pelo Espólio, e não pelos herdeiros, que não são partes legítimas; f) “com a procedência da ação, reconheceu-se que, ao invés de compra e venda

com recursos da recorrente, teria havido ajuda, empréstimo, doação (ou qualquer outra forma de simulação...). Essa conclusão exigiria que ficasse demonstrada a intenção da doação e o valor da legítima dos recorridos. Poderia a mulher legítima, se demonstrado que os imóveis adquiridos pela concubina foram com dinheiro dado pelo marido, exercer o direito dela, reivindicando a respectiva quantia doada, e não a partilha, por jamais terem pertencido ao patrimônio da família legítima (artigo 248, IV, do CCB). Também os filhos poderiam propor, se acreditavam que os bens foram adquiridos com recursos do pai, ação para declarar inoficiosa a liberalidade quanto à parte que tivesse excedido aquilo de que o doador, na época, poderia dispor por testamento, conforme previsto no artigo 1.177 do CCB”; g) o v. acórdão violou o artigo 128 do CPC ao acrescentar a expressão “partes iguais”, quando a sentença havia apenas admitido a partilha dos bens, remetendo, na prática, a discussão do **quantum** à execução; h) “É sabido que a própria origem da citada Súmula 380/STF está nas situações criadas pelas aquisições dos bens, produto do esforço comum, em nome do companheiro, e isto porque o fato de os bens figurarem em nome do amásio se explica pelo que ocorre na sociedade conjugal propriamente dita, em que, sendo o marido o chefe da mesma, os bens são adquiridos em nome dele, não correspondendo a nenhuma intenção de doar por parte da concubina. Pelo

contrário, quando um bem é adquirido em nome da concubina, isto significa inequivocamente, por parte do companheiro, quando este fornece os recursos para tal aquisição, o propósito de fazer uma doação, doação que só pode ser invalidada nas hipóteses legais. (RT 612/161, RT 653/101)”; i) “mesmo provado o concubinato, reconhecida e dissolvida a sociedade de fato, a ação movimentada pelos autores não poderia ter o condão de anular doações de numerários feitas pelo concubino à concubina. Até porque a ação então proposta se afastaria da simples declaração e reconhecimento da sociedade de fato, concebida na Súmula 380/STF, passando a ter, na verdade, por objeto, a declaração judicial da inexistência de compra e venda, angularizando-se a relação jurídica entre a concubina e a ex-esposa e os filhos do **de cujus**, com conseqüências nas próprias declarações de vontade dos ex-sócios (concubino e concubina). No mesmo sentido podem ser encontradas diversas outras decisões, as quais afirmam que a ação competente para retirar bens em nome exclusivo da concubina de homem casado é a anulatória ou reivindicatória”. Cita os artigos 248, IV, 1.176, 1.177, 1.363, 1.366, 1.372, do CCB e diversos julgados divergentes, entre eles, o RE 56.915-PA, RE 85.388-RJ, RE 93.644-RJ.

Admitido apenas o recurso especial, sem contra-razões, vieram os autos a este Superior Tribunal de Justiça.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO RUY ROSADO DE AGUIAR (Relator): 1. O homem casado, ainda que o seja pelo regime da comunhão universal, separado de fato da sua mulher, pode adquirir bens e formar um novo patrimônio, o qual não se integra àquela comunhão, e sobre o qual a esposa não tem direito à meação.

Essa tem sido a orientação da melhor doutrina, seguida neste Tribunal:

“Parece-nos que, admitida a incomunicabilidade dos bens reservados da mulher casada, para excluí-los da partilha após a dissolução da sociedade conjugal, com discussão apenas quanto à necessidade de ação própria para o reconhecimento da condição de bem reservado, mostra-se inevitável admitir-se que não se comunicam, para os efeitos da partilha, os bens adquiridos exclusivamente pelo ex-marido quando da separação de fato do casal, ausente de fato a contribuição ou qualquer forma de contribuição da “ex-esposa” (Yussef Said Cahali, Divórcio e Separação, 7ª ed., 2/879).

“A tese central do recorrente consiste em afirmar a inviabilidade do reconhecimento do direito da autora, de receber parte do patrimônio do concubino, por ser este casado, situação que se manteve paralelamente ao concubinato.

Porém, como decidido no REsp 13.785-PR, desta eg. 4ª Turma, re-

lator em. Min. Athos Carneiro, tal circunstância é irrelevante para o julgamento de causa dessa natureza:

‘Concubinato. Sociedade de fato. Partilha. Concubino casado. Em sede doutrinária, são muito ponderáveis os argumentos no sentido de que o concubinato por longos anos, com vivência **more uxorio** e proclamada a efetiva colaboração de companheira na formação do patrimônio, conduzirá ao reconhecimento da sociedade de fato, e em tese, à partilha dos bens, considerando-se irrelevante o fato de o companheiro ser legalmente casado sob regime de comunhão.’ (REsp 13.785-PR, 4ª Turma, rel. em. Min. Athos Carneiro, DJU 24/02/92)

Não é razoável que o concubino, depois de separar-se da mulher e constituir com a companheira um novo lar, pretenda usar o fato do casamento, que ele foi o primeiro a desfazer, para afastar o direito da concubina aos bens adquiridos durante o concubinato. Vencedor aqui, poderá depois contestar eventual interesse da esposa, alegando que o patrimônio constituído após a separação de fato, com a colaboração de outra mulher, não integra a meação, como tem sido reconhecido na melhor doutrina e na jurisprudência (Yussef Said Cahali, Divórcio e Separação, 7ª ed., II/873), e com isso

apropria-se ele da integralidade do patrimônio comum. O certo é que, rompida de fato a sociedade conjugal e estabelecido o concubinato, o eventual direito da concubina em partilhar os bens adquiridos durante a união estável não é afetado pelo regime de comunhão de bens adotado no casamento do concubino, mesmo porque não se trata do mesmo patrimônio.

Bem referiu o douto parecer do Ministério Público Federal:

‘O apelo não reúne condições de admissibilidade. Quanto à alínea **a** do permissivo, assevera o recorrente que o acórdão teria violado os artigos 230, 262, 266 e 267 do Código Civil e o art. 2º da Lei 6.515/77. O **decisum** em momento algum ignorou o regime de bens do casamento do recorrente. Tão-somente reconheceu à companheira, substituída pelos filhos, o direito à partilha dos bens amealhados durante a convivência por quase 30 anos. Considerou-se injusto que a esposa legítima tomasse para si bens adquiridos com a ajuda e trabalho de outra mulher’. (fl. 410)” (REsp nº 51.161-GO, 4ª Turma, de minha relatoria, DJ 25/04/94)

2. Sendo esse patrimônio formado durante a manutenção de uma relação concubinária, a concubina tem o direito de pleitear uma parte dos bens,

para cuja formação colaborou, seja mediante aporte de recursos, seja pelo seu trabalho diretamente dirigido à atividade produtiva do capital comum, seja por ter contribuído com o seu trabalho doméstico, na direção do lar e cuidado dos filhos:

“— Concubinato. Sociedade de fato. Partilha dos bens.

— A simples convivência **more uxorio** não confere direito à partilha de bens, mas a sociedade de fato que dela emerge pelo esforço comum dos concubinos na construção do patrimônio do casal.

— Para a formação de tal sociedade, contudo, não se exige que a concubina contribua com os rendimentos decorrentes do exercício de atividade economicamente rentável, bastando a sua colaboração nos labores domésticos, tais como a administração do lar e a criação e a educação dos filhos, hipótese em que a sua parte deve ser fixada em percentual correspondente à sua contribuição.

— Recurso conhecido e provido em parte.” (REsp nº 45.886-2/SP, 4ª Turma, rel. o em. Min. Antônio Torreão Braz, DJ 23/05/94)

“Concubinato. Partilha. Prova da efetiva participação.

Para o reconhecimento do direito da concubina à partilha dos bens adquiridos após o estabelecimento de união estável, não se exige prova da efetiva contribuição para a formação do patrimônio comum.

Recurso especial não conhecido por falta da demonstração de dissídio nos termos exigidos.” (REsp nº 59.259-3/RJ, 4ª Turma, de minha relatoria, DJ 14/08/95)

“Concubinato. Sociedade de fato. Partilha dos bens havidos mediante esforço comum.

Para a ocorrência da sociedade de fato, não há mister que a contribuição da concubina se dê necessariamente com a entrega de dinheiro ao concubino; admite-se para tanto que a sua colaboração possa decorrer das próprias atividades exercidas no recesso do lar (administração da casa, criação e educação dos filhos). Precedentes.

Recurso especial conhecido pela alínea c e provido parcialmente”. (REsp 20.202-SP, 4ª Turma, rel. em. Min. Barros Monteiro, DJ 10/10/94)

3. Falecendo um dos companheiros, em cujo nome estavam registrados os bens assim amealhados, o sobrevivente tem o direito de receber, na partilha daqueles bens, a parte que lhe deve tocar, na proporção com que colaborou (agora, nos termos do art. 5º da Lei 9.278/96, os bens ficam em condomínio e em partes iguais), cabendo o mais aos herdeiros do **de cujus** (sendo que, entre estes, hoje inclui-se a companheira, art. 2º, inc. III, da Lei 8.971/94).

4. No caso dos autos, foi durante o concubinato que o companheiro adquiriu os inúmeros bens imóveis relacionados na inicial, todos registra-

dos em nome da companheira. Essa circunstância registral, quanto à titularidade do domínio, não descaracteriza a existência da sociedade de fato entre eles havida, nem a da comunhão do patrimônio assim adquirido, principalmente com a colaboração dele, conforme reconhecido nas instâncias ordinárias.

Se os imóveis estivessem registrados em nome dele, como mais seguidamente ocorre, não estava impedida a companheira (ou seus herdeiros) de pleitear a parte que lhe tocava. Assim também, penso eu, podia o companheiro, depois da separação, ou seus herdeiros, após sua morte, buscar a parcela do patrimônio formado durante o concubinato, pelo esforço comum.

5. A ação, assim como proposta, não é de anulação dos atos praticados pelo **de cujus**, por ter havido doação à concubina, ou simulação no negócio, para evitar a partilha, nem é para arrecadar aqueles bens, como se integrantes da meação da mulher ou do patrimônio comum decorrente do regime do casamento. Trata-se, simplesmente, de reconhecer a existência da sociedade de fato estabelecida entre os companheiros, cujo patrimônio, em parte, deve ser destinado ao pagamento do quinhão dos filhos, herdeiros necessários do concubino e autor da herança.

6. O recurso especial não pode ser conhecido. Examinado a argumentação expendida nas razões, pela ordem:

a) os autores se desincumbiram da prova dos fatos, pelo que as

instâncias ordinárias avaliaram o conjunto probatório e chegaram a um resultado desfavorável à ré: de acordo com a prova, houve o concubinato e a decisiva colaboração de Manoel de Lima Cordeiro para a aquisição de todos os bens relacionados na inicial;

b) a regra do artigo 1.372 do CC não incide, porquanto inexistente aqui a hipótese de se atribuir todos os lucros a um dos sócios, ou subtrair quinhão de algum deles, pois está sendo preservada a parcela da ora recorrente;

c) a mulher não propôs ação de reivindicação (art. 248, IV do CC), nem os filhos estão alegando a nulidade da doação (arts. 1.176 e 1.177 do CC), pois disso não se trata;

d) os autores pediram “a divisão em partes iguais”, tendo a

sentença acolhido o pedido e dado pela procedência da ação. Logo, deferiu a partilha em partes iguais, o que foi reiterado no v. acórdão, inexistindo violação ao artigo 128 do CPC;

e) os precedentes invocados não se prestam para a demonstração da divergência porque nenhum deles examinou ação com as características da que ora está em julgamento, proposta pelo espólio e filhos do companheiro falecido, para declaração da existência da sociedade do **de cujus** com a companheira, ora ré, e partilha da metade para os herdeiros, preservada a meação da concubina.

Posto isso, não conheço.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL Nº 93.015 — PR

(Registro nº 96.0022538-9)

Relator: *O Sr. Ministro Barros Monteiro*

Recorrentes: *Domingos Gonçalves e cônjuge*

Recorrida: *Sônia Regina de Moura*

Advogados: *Drs. Valdir Lemos de Carvalho e outro, e Expedito Arnaud Formiga Filho*

EMENTA: *Imissão de posse. Ação ajuizada por compromissário-comprador. Direito à posse. Promessa de venda e compra não registrada. Admissibilidade.*

Obrigando-se o promitente-vendedor no contrato a proceder à entrega do imóvel ao compromissário-comprador, desde logo ou em

determinado tempo, a este é facultado o exercício da ação de imissão de posse, ainda que não esteja a promessa registrada no álbum imobiliário.

Recurso especial conhecido, mas improvido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas:

Decide a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer do recurso mas negar-lhe provimento, na forma do relatório e notas taquigráficas precedentes que integram o presente julgado. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Cesar Asfor Rocha, Ruy Rosado de Aguiar, Fontes de Alencar e Sálvio de Figueiredo Teixeira.

Brasília, 12 de agosto de 1996 (data do julgamento).

Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, Presidente. Ministro BARROS MONTEIRO, Relator.

Publicado no DJ de 29-10-96.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO BARROS MONTEIRO: Sônia Regina de Moura ajuizou ação de imissão de posse contra Domingos Gonçalves e sua mulher, objetivando serem compelidos os réus à entrega do imóvel objeto de compromisso de compra e venda, com cláusula de irretratabilidade e irrevogabilidade, firmado entre as partes, no qual os promitentes-vendedores se obrigaram a

proceder à entrega no prazo de 30 dias.

O MM. Juiz de Direito argumentando que a autora não tem o domínio do imóvel por não se achar o compromisso de compra e venda registrado no Registro Imobiliário, julgou-a carecedora da ação proposta.

O Tribunal de Alçada do Paraná deu provimento à apelação interposta pela demandante, para afastar a carência em acórdão assim ementado:

“Imissão de posse. Compromisso de compra e venda. Cessão de direitos e obrigações. Imóvel situado em conjunto popular. Contrato particular contendo cláusula de irretratabilidade e irrevogabilidade e com o preço integralmente pago. Negativa de desocupação pelo vendedor. Carência de ação decretada por falta de domínio. Extinção processual que se afasta.

Recurso provido, unânime.

A ação de imissão de posse, contemplada no Código de Processo Civil de 1939 (arts. 381 a 383), embora suprimida no atual estatuto processual, pode ser exercitada, por força do disposto no art. 75 do Código Civil.

Não se confunde com a ação reivindicatória, que somente diz

respeito ao direito de propriedade (CC, art. 524), podendo ser utilizada, pois, também pelo não proprietário, que depois de adquirir a coisa e pagar o preço, busca imitar-se na sua posse, sobretudo quando pago integralmente o preço e o contrato contém cláusula de irretratabilidade e irrevogabilidade, sendo esta a melhor exegese doutrinária e jurisprudencial.” (fls. 95)

Inconformados, sustentando que a ação de imissão de posse deve fundar-se em título de domínio, os réus manifestaram recurso especial com fulcro na alínea c do permissivo constitucional. Colacionaram, como discrepantes, julgados proferidos sob a égide do Código de Processo Civil anterior e do atual.

O apelo, sem razões de contrariedade, foi admitido na origem.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO BARROS MONTEIRO (Relator): Em contrato de promessa de venda e compra, com cláusula de irretratabilidade e de irrevogabilidade, os promitentes-vendedores obrigaram-se a entregar o imóvel à compromissária-compradora no prazo de trinta dias. A recusa dos réus a tanto deu ensejo à propositura da presente ação de imissão de posse.

Cuida-se de compromisso de venda e compra não registrado, daí por

que, à falta do título dominial, o MM. Juiz de Direito reputou a autora carecedora da ação intentada. Considerando dispensável o requisito exigido, o Acórdão recorrido arrematou o decreto de carência, asseverando:

“Tem-se, pois, que em se tratando de promessa de compra e venda pactuada com a cláusula de irretratabilidade e irrevogabilidade, com o preço integralmente pago, não se pode negar ao promissário-comprador o direito de ação para imitar-se na posse da coisa adquirida, até mesmo porque, ao contrário, significaria o mesmo que referendar-se o descumprimento das obrigações” (fls. 99).

O apelo excepcional vem a lume pela alínea c do admissor constitucional e força é reconhecer encontrar-se **quantum satis** evidenciado no caso o dissentimento jurisprudencial.

Assim é que os recorrentes coligiram vários arestos paradigmas no sentido de que simples compromisso de venda e compra, sem registro, não serve como título hábil ao exercício da ação de imissão de posse. Nesse sentido os julgados insertos na RF 143/294-295, na publicação “Jurisprudência Brasileira”, vol. 154/148-150 e vol. 154, pág. 148, nota 46, e na Rev. dos Tribs. 466/97.

A razão está, porém, com o Acórdão ora recorrido.

A ação de imissão de posse funda-se substancialmente no direito à posse.

Ovídio A. Baptista da Silva mostra, com amplas referências jurisprudenciais e doutrinárias, que a ação de imissão de posse compete aos compromissários-compradores para haverem contra os promitentes-vendedores a posse do bem objeto da avença preliminar. Ao versar de modo específico sobre o tema ora controvertido, o eminente processualista anota:

“Aqui, como nos casos dos adquirentes, o elemento decisivo para o cabimento da ação não é tanto o negócio jurídico em si mesmo, quanto a ocorrência dos demais pressupostos que poderão legitimar a ação, especialmente o negócio jurídico sobre transmissão de posse, que o contrato preliminar eventualmente contenha. O simples contrato de promessa de compra e venda nunca poderá gerar o direito à ação de imissão de posse, uma vez que o próprio contrato de compra e venda não a autoriza. Se a compra e venda não outorga ao comprador a ação de imissão de posse, com maior razão não a terá o simples promitente-comprador. Contudo, se no contrato de promessa de compra e venda o promitente-vendedor declara que o promitente-comprador desde logo, ou em certo tempo, terá direito a imitir-se na posse do bem prometido, ou declara o contrato desde já imitado na posse o promitente-comprador, terá ele ação de imissão de posse, havendo obstáculo por parte do outro contratante ao ingres-

so na posse assegurada pelo contrato” (“A Ação de Imissão de Posse no direito brasileiro atual”, págs. 177-178, ed. 1981).

Como se vê, não constitui requisito indispensável ao exercício da ação de imissão de posse o título de domínio. É o que preleciona por igual o Magistrado **Arnaldo Rizzardo** em sede doutrinária, *in verbis*:

“Na imissão, pede-se a coisa e não o cumprimento de uma obrigação.

Classifica-se, ainda, como ação petitoria, reservada aos adquirentes do imóvel, para haverem a respectiva posse contra os alienantes. Distingue-se da ação reivindicatória, na qual o direito à posse decorre do domínio, que é a **causa petendi** da ação. Na ação de imissão, o direito à posse nem sempre se origina da condição de proprietário do autor. É viável que se ampare o autor em relação contratual ou legal. Mesmo não sendo proprietário, assegura-se a pretensão de imitir-se na posse, como acontece com o cessionário de herança. Na primeira, discute-se a propriedade, enquanto na última o fundamento está no direito à posse.” (“Direito das Coisas”, vol. I, pág. 215, ed. 1991).

Segundo ainda lição do mestre **Pontes de Miranda**, citado pelo Prof. **Darcy Bessone**, “a despeito

da referência do art. 382 (do CPC de 1939) a título de domínio, sempre que se adquiere direito, que contenha o direito à posse, cabe a ação do art. 381, n. I” (também do CPC anterior) (in “Da imissão na posse e da ação possessória”, Rev. dos Tribs. vol. 678, pág. 28).

A jurisprudência, de sua vez, não confina a ação de imissão de posse ao **dominus**. A começar pelo entendimento de há muito manifestado pelo Sumo Pretório que, em julgado da relatoria do saudoso Ministro Luiz Gallotti, assim decidiu quando da apreciação do RE nº 72.691-SP:

“ Imissão de posse.

Cabimento.

Se ao promitente-comprador com direito à posse não se der a ação de imissão de posse prevista no art. 382 do C. Pr. Civil, de nenhuma outra se poderá ele valer para tornar efetiva a detenção do objeto do compromisso de compra e venda. Não poderá reivindicar, porque não tem o domínio; não poderá pleitear a reintegração possessória, porque nunca teve a posse e não poderá despejar, porque o ocupante não era locatário.

Recurso extraordinário conhecido, mas não provido” (RTJ 59/924).

Tal diretriz foi reiterada pela Suprema Corte no julgamento do AgRg no Ag nº 74.330-SP, relator Ministro Soares Muñoz (RTJ 90/486).

Outros precedentes podem ser enumerados: Rev. dos Tribs. 448/224;

RJTJRGs 57/423 (Ap. Civ. n. 25.941, rel. Des. Cristiano Graeff Júnior), 65/331 e 92/231-235, sendo que este último, relatado pelo então Desembargador Athos Gusmão Carneiro, hoje Ministro aposentado desta Casa, registra a seguinte ementa:

“Embargos infringentes. Ação de imissão de posse.

É legitimado ativo aquele a quem assiste pretensão de direito material a haver a posse: é legitimado passivo aquele que, no plano do direito material, tem a obrigação de entrega da posse ao demandante. Título é o negócio jurídico em virtude do qual nascem a pretensão e a obrigação, respectivamente, à imissão na posse e à entrega da posse. O promitente-comprador pode encontrar no recibo das arras título bastante à ação de imissão de posse contra o promitente-vendedor” (RJTJRGs vol. 92, págs. 231-232).

A esses motivos todos agrega-se mais aquele consignado pelo Acórdão ora combatido em sua fundamentação. É que à época do aforamento da causa (26-4-89) não dispunha a autora de outra ação para o fim colimado, pois que então a execução para entrega de coisa certa somente tinha lugar quando fundada em título judicial, diversamente do que ocorre hoje, em que, por força da modificação introduzida pela Lei nº 8.953/94, se viabilizou a via executiva também quando o interessado es-

tiver munido de título extrajudicial (fls. 100).

Do quanto foi exposto, conheço do recurso, mas a ele nego provimento.

É como voto.

VOTO — VOGAL

O SR. MINISTRO FONTES DE ALENCAR: Sr. Presidente, no caso

concreto, o relatório traz a notícia de que o preço fora integralmente pago e, esta Corte tem decidido na linha de que ao compromissário-comprador, com preço pago, se lhe entregam todos os elementos para a defesa da posse.

Acompanho o Sr. Ministro-Relator.

RECURSO ESPECIAL Nº 93.250 — PR

(Registro nº 96.0022908-2)

Relator: *O Sr. Ministro Fontes de Alencar*

Recorrente: *Banco Bandeirantes S/A*

Recorridos: *José de Arimatéia da Silva e outros*

Advogados: *Drs. Júlio Barbosa Lemes Filho e outros, e Omires Pedroso do Nascimento e outros*

EMENTA: *Título extrajudicial. Execução. Prescrição intercorrente.*

— **Suspensa a execução a pedido do credor face à inexistência de bem penhorável, não se opera a prescrição intercorrente.**

— **Recurso especial atendido.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do recurso e lhe dar provimento. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Sálvio de Figueiredo Teixeira, Barros

Monteiro, Cesar Asfor Rocha e Ruy Rosado de Aguiar.

Brasília, 20 de agosto de 1996
(data do julgamento).

Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, Presidente. Ministro FONTES DE ALENCAR, Relator.

Publicado no DJ de 04-11-96.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO FONTES DE ALENCAR: Banco Bandeirantes S/A moveu execução de título extrajudicial contra José de Arimatéia da Silva, avalista de nota promissória.

O devedor foi citado em 16.03.88, não sendo encontrados bens penhoráveis.

O credor requereu, então, que fosse oficiado à Receita Federal, para que informasse a relação dos bens do executado, porém em face da resposta negativa, este peticionou ao juiz a suspensão da execução, tendo sido deferida.

Posteriormente o executado requereu a extinção da execução, com base na prescrição intercorrente.

O Juiz de Direito denegou o pedido, ao fundamento de que a demora na execução deve ser tributada ao devedor, que se omitiu no cumprimento da obrigação, procurando tirar proveito da prescrição.

A Primeira Câmara Cível do Tribunal de Alçada do Estado do Paraná reformou a decisão, nos termos da seguinte ementa:

“Execução de título extrajudicial. Nota promissória. Prescrição intercorrente. Processo suspenso por prazo superior ao fixado na lei uniforme (art. 70, c/c art. 77). Inércia do credor. Procedência. Honorários advocatícios do argüente indevidos. Agravo parcialmente provido.

I — Decreta-se a prescrição, por sua intercorrência processual, quando há paralisação do proces-

so por tempo superior ao estabelecido para o exercício da execução e está caracterizada a inércia do credor.

II — O acolhimento da argüição de prescrição intercorrente, na execução, não obriga o credor ao pagamento de honorários advocatícios ao argüente, eis que incorre sucumbência” (fl. 104).

O recorrente manifesta recurso especial com fulcro no art. 105, III, a e c, da Constituição Federal, alegando ofensa aos arts. 791, III, do Código de Processo Civil; e, 177, do Código Civil, além de dissídio jurisprudencial.

Pelo despacho de fls. 131/133, foi o recurso admitido.

VOTO

O SR. MINISTRO FONTES DE ALENCAR (Relator): Assim fundamentado o aresto recorrido:

“Mas, no caso, não foram encontrados bens penhoráveis, nem se comprovou que eles existissem, tendo o devedor promovido a sua ocultação. A execução foi suspensa em 19 de agosto de 1988, há mais de cinco anos, só se reativando quando o devedor requereu se declarasse a prescrição intercorrente.

A prescrição da cambial, consoante os arts. 70 e 77, da Lei Uniforme, ocorre no prazo de três anos. Foi ela interrompida pela citação válida, mas recomeçou a fluir do último ato praticado no

processo, a teor do art. 173 do Cód. Civil, ou seja, do despacho que suspendeu a execução. E se consolidou no prazo de três anos, posto que o credor não provocou qualquer novo impulso processual" (fls. 106/107).

O caso guarda inteira identidade com o REsp nº 38.399, relatado pelo Ministro Barros Monteiro, perante a Quarta Turma, em cujo voto se lê:

"Uma das condições elementares da prescrição é a inércia do titular da ação (cfr. **Câmara Leal**, Da Prescrição e Decadência, págs. 19-20, ed. 1939).

No caso, o processo executivo encontrava-se suspenso por falta de bens passíveis de penhora, nos termos do que enuncia o art. 791, inc. III, do CPC. Por força do disposto no art. 793 do mesmo **Codex**, era defeso, em consequência, a prática de quaisquer atos processuais.

Assim, enquanto não localizados bens pertencentes aos devedores, impossibilitado se achava o credor de dar o devido impulso ao feito. A prescrição, assim, conforme decidira o Primeiro Tribunal de Alçada Civil em um dos julgados trazidos à colação pelo recorrente, era insuscetível de fluir contra aquele que não pode agir, sendo esse o caso do credor que não tem como dar seguimento à execução em razão da inexistência de bem penhorável, a qual, por isso mesmo, deve permanecer sus-

pensa nos termos do art. 791, nº III, CPC (JTACSP 106/252).

Tal orientação tem sido placitada por esta Eg. Corte, onde já se teve oportunidade de assentar que "estando suspensa a execução, a requerimento do credor, pela inexistência, em nome do devedor, de bens penhoráveis, não tem curso o prazo da prescrição" (REsp nº 16.558-MG, rel. Ministro Nilson Naves, in DJU de 18.05.92). Idêntica diretriz perfilhara, por sinal, a Suprema Corte: "A prescrição intercorrente pressupõe diligência que deva ser cumprida pelo autor da causa, isto é, algo de indispensável ao andamento do processo, e que ele deixe de cumprir em todo o curso do prazo prescricional" (RTJ 67/169).

Considero, nesses termos, que o Acórdão recorrido não só contrariou o estatuído no art. 791, inc. III, da lei processual civil, como também discrepou do precedente supramencionado oriundo do Primeiro Tribunal de Alçada Civil de São Paulo.

Ante o exposto, conheço do recurso por ambas as alíneas do admissivo constitucional e dou-lhe provimento, para afastar a prescrição intercorrente e, por conseguinte, a extinção do processo em relação ao co-obrigado Dorvail Ferrato".

Adotando tais fundamentos como razão de decidir, conheço do recurso e lhe dou provimento para afastar a prescrição intercorrente do co-obrigado José de Arimatéia da Silva, mantendo, assim, a decisão de primeiro grau.

RECURSO ESPECIAL Nº 94.640 — DF

(Registro nº 96.0026262-4)

Relator: *O Sr. Ministro Ruy Rosado de Aguiar*

Recorrente: *Encol S/A Engenharia Comércio e Indústria*

Recorrida: *Sandra Maria de Lima*

Advogados: *Gustavo César de Barros Barreto e outros, e Antonio Barbosa da Silva*

EMENTA: Promessa de compra e venda. Restituição das importâncias pagas. Cláusula de decaimento de 90%. Modificação judicial.

Na vigência do Código de Defesa do Consumidor, é abusiva a cláusula de decaimento de 90% das importâncias pagas pela promissária-compradora de imóvel.

Cabe ao juiz alterar a disposição contratual, para adequá-la aos princípios do Direito das Obrigações e às circunstâncias do contrato.

Ação proposta pela promissária-compradora inadimplente. Artigos 51 e 53 do CODECON. Art. 924 do CCivil.

Recurso conhecido e provido, para permitir a retenção pela promitente-vendedora de 10% das prestações pagas.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do recurso e dar-lhe parcial provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Fontes de Alencar, Sálvio de Figueiredo Teixeira, Barros Monteiro e Cesar Asfor Rocha.

Brasília, 13 de agosto de 1996 (data do julgamento).

Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, Presidente. Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR, Relator.

Publicado no DJ de 07-10-96.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO RUY ROSADO DE AGUIAR: Sandra Maria de Lima promoveu ação ordinária contra Encol S.A., para ver declarada a nulidade da cláusula de contrato de promessa de compra e venda de um apartamento, que determinava a

perda de 90% das prestações já pagas pela promissária-compradora, em caso de inadimplemento.

A ação foi julgada procedente, ordenada a “devolução de todas as parcelas pagas, com exceção do sinal”. Ao apelo da ré, a eg. 4ª Turma do TJDF negou provimento, em acórdão assim ementado:

“Consideram-se nulas de pleno direito as cláusulas que estabelecem a perda total das prestações pagas, em benefício do vendedor do imóvel, no contrato de compra e venda firmado sob a vigência do Código de Defesa do Consumidor.”

Na fundamentação do voto do em. Relator, constou: “A aplicação do disposto no artigo 924 do CC, para minorar a perda prevista no contrato, como quer o apelante, teria sua razão de ser antes da lei de proteção e defesa do consumidor, quando ainda não havia norma específica regulando as consequências advindas das chamadas cláusulas abusivas.”

A Encol S/A ingressou com recurso especial, fundado na alínea a do permissivo constitucional, por negativa de vigência aos artigos 916 a 927 do CC. Sustenta a legalidade da estipulação constante do contrato, que não ofende o Codecon, a qual poderia ter sido atenuada pela decisão judicial, conforme precedentes deste Tribunal.

Com as contra-razões, o recurso foi inadmitido, subindo graças ao provimento de agravo.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO RUY ROSADO DE AGUIAR (Relator): I — A estipulação de cláusula, no contrato de promessa de compra e venda de imóvel, prevendo a perda de 90% das parcelas pagas, evidencia o propósito de burlar a disposição legal que definiu como abusiva a cláusula de decaimento total dessas mesmas prestações; padece, ela também, do mesmo vício. A lei teve por objetivo impedir que resultasse para o promissário-comprador, em consequência do desfazimento do negócio por seu inadimplemento, a injusta situação de perda tanto do bem objeto da promessa de compra, que retornaria liberado ao patrimônio da vendedora, como das importâncias que desembolsara no cumprimento do contrato. Era essa a prática do mercado, que o Codecon veio eliminar, e que a jurisprudência já não admitia, restringindo o valor das importâncias retidas. Tendo em vista essa experiência, e atentando para os termos da nova lei, a inserção de norma contratual prevendo a perda não mais de 100%, mas de 90%, em favor da promitente-vendedora, não se distingue substancialmente da prática anterior e continua com o mesmo sinal de ilicitude.

A razão da inadmissibilidade da perda total ou quase total das quantias pagas decorre de princípio que norteia a resolução dos contratos bilaterais, a exigir a restituição das partes à situação em que se encontravam antes, cada uma recebendo

aquilo que integrava o seu patrimônio, além da indenização por perdas e danos devida por quem deu causa à extinção (art. 1.092, parágrafo único, do CC).

II — Uma das peculiaridades do conceito de abusividade contratual do Código de Defesa do Consumidor está em que, sendo determinante de nulidade **ipso jure** (art. 51, **caput**), com as conseqüências daí decorrentes, não leva necessariamente à invalidade do contrato ou eliminação da cláusula, mas permite a revisão judicial, com a modificação do conteúdo da avença (art. 6º, inc. V), para adequá-la aos princípios dominantes do Direito das Obrigações, entre eles, e com predominância, o da boa-fé objetiva e da equivalência entre as prestações, para garantia da justiça comutativa.

Sobre o tema, já observei:

“De todas, porém, a peculiaridade mais significativa da “nulidade de pleno direito” do Código do Consumidor está na hipótese da alínea c, que reúne os casos de cláusulas violadoras do princípio de equivalência e que, por isso mesmo, admitem correção, através da intervenção do juiz e, acredito, também pela espontânea iniciativa extrajudicial do fornecedor, que poderá propor a modificação ou o ajuste da cláusula viciada aos termos da lei. Transparece do Código sua preocupação em manter o contrato (artigo 51, § 2º: “A nulidade de uma cláusula contratual abusiva não invalida o con-

trato, exceto quando de sua ausência, apesar dos esforços de integração, decorre ônus excessivo a qualquer das partes”), no que atende ao interesse econômico de não inviabilizar ou dificultar exageradamente as relações de consumo. Além disso, como já foi dito, o eixo do sistema de proteção ao consumidor está no propósito de manter a real equivalência entre as prestações, equilibrando a posição das partes de modo a garantir ao consumidor o restabelecimento da igualdade contratual. A lista do artigo 51 concretiza essa orientação ao enumerar as situações onde existe ou pode existir a quebra da equivalência. Portanto, restabelecida a posição adequada às exigências da equidade e da boa-fé, não há razão para o reconhecimento da nulidade porque o vício já desapareceu. Essa correção pode se dar em todos os casos dependentes de verificação judicial, em que o vício deve ser demonstrado a cada caso, como acontece com “as cláusulas que estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade” (artigo 51, inciso IV), ou com as cláusulas “que estejam em desacordo com o sistema de proteção ao consumidor” (artigo 51, inciso XV). Nestas situações, a intervenção corretiva do juiz está autorizada no artigo 6º: “São direitos básicos do consumidor [...] V — a

modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas”, e constitui uma possibilidade de sanção do vício. Isso não deixa de ser estranho, mas a doutrina já admitia a possibilidade de “sanção do nulo, cabível em casos excepcionais (por exemplo, artigo 208, 2ª parte, do Código Civil), é também resultante do desejo do legislador de evitar que, por excessiva severidade, se percam negócios úteis econômica ou socialmente”, como preleciona o Prof. **Antonio Junqueira de Azevedo**, em lição que se ajusta ao nosso tema.” (“Cláusulas abusivas no Código do Consumidor”, in *Estudos sobre a proteção do consumidor no Brasil e no Mercosul*, coordenação de **Claudia Lima Marques**, ed. Livraria do Advogado, 1994, págs. 13-29).

III — A cláusula penal, regulada nos artigos 916 e seguintes do CC, além de funcionar como meio de coerção, “fixa, ainda, antecipadamente o valor das perdas e danos devido à parte inocente, no caso de inexecução do contrato pelo outro contratante” (**Washington de Barros Monteiro**, Curso, Direito das Obrigações, 1ª parte, pág. 197).

Definindo a norma contratual sobre o decaimento como cláusula penal, a jurisprudência tem admitido a sua estipulação, mas minorado seus efeitos, limitando o valor do

embolso pela vendedora a quantitativos menores, de acordo com as circunstâncias do contrato. É significativo o julgado da eg. 3ª Turma, sendo relator o em. Min. Eduardo Ribeiro: “A cláusula que prevê não tenha direito o promitente-comprador a devolução das importâncias pagas deve considerar-se como de natureza penal, compensatória, podendo ser reduzido seu valor com base no artigo 924 do CC.” (REsp 12.074/SP).

Esta 4ª Turma examinou diversas causas assemelhadas. Para os contratos celebrados anteriormente à vigência do Codecon, não lhes aplicou o disposto no artigo 53, mas lançou mão da regra do artigo 924 do CC, para reduzir o valor da retenção, comumente a 10% do que fora pago, salvo situações especiais, entre elas a de utilização do imóvel pelo adquirente:

a) não incide a regra do artigo 53 do Codecon para os contratos firmados anteriormente à sua vigência (REsp 45.666-SP, rel. Min. Barros Monteiro, com voto vencido do signatário; REsp 53.396-RS, rel. Min. Fontes de Alencar; REsp 38.492-SP, rel. Min. Torreão Braz);

b) aplica-se o artigo 924 do CC, podendo haver equitativa diminuição da quantia retida pela promitente-vendedora (REsp 10.620-SP, rel. Min. Sálvio de Figueiredo, REsp 40.321-SP, rel. Min. Torreão Braz), sendo que a sua aplicação pode ser feita pelo juiz, sem pedido específico do promitente-com-

prador (REsp 52.995-SP, rel. Min. Sálvio de Figueiredo);

c) é variável o quantitativo a devolver, dependendo das circunstâncias do negócio, sendo que tem sido autorizado, para o comum dos casos, quando não há ocupação do imóvel, a retenção de 10% dos valores pagos, com devolução dos restantes 90%, corrigidos desde o desembolso (REsp's 45.226-RS e 45.409-SP, rel. Min. Sálvio de Figueiredo; REsp 51.019-SP, rel. Min. Barros Monteiro; REsp 58.912-MG, 58.525-SP, 59.524-DF e 45.511-SP, de minha relatoria).

IV — Vigente o artigo 53 do Codecon, quando da celebração do contrato em exame, onde consta a cláusula de decaimento de 90%, que se considera abusiva, cumpre definir se pode o devedor inadimplente promover a ação de restituição, e como deve o juiz resolver a demanda.

Observe, inicialmente, que o defeito da cláusula pode ser constatado tanto na ação de resolução proposta pelo promitente-vendedor, como nas de declaração ou de restituição, intentadas pelo promissário-comprador, pois a deficiência está na cláusula, reconhecível em qualquer ação.

Para julgar o litígio, devo considerar que: 1) a resolução do contrato, em caso de inexecução culposa do promissário-comprador, atribui ao credor o direito de receber indenização pelas perdas e danos (art. 1.092, parágrafo único do CC); 2) a cláusu-

la penal também exerce a função de predeterminar o valor dessas perdas, conforme a lição antes referida; 3) a cláusula abusiva pode ser modificada pelo juiz, para ajustá-la aos princípios do Direito Obrigacional; 4) essa prática já vinha sendo feita antes da incidência da nova lei sobre o consumo, com apoio no artigo 924 do CC. Atendendo a esses considerandos, penso que a melhor solução para casos como o dos autos está em reconhecer o juiz a abusividade da cláusula que determina a perda de 90% das prestações pagas (arts. 53 e 51, **caput**, do Codecon), e reduzir o valor da importância a ser retida pela vendedora, a título de cláusula penal prèdeterminante das perdas e danos a que ela teria direito pela extinção do contrato, nos limites recomendados pelas circunstâncias do contrato.

O fundamento para essa intervenção judicial no contrato está na regra do artigo 924, como vem sendo seguidamente aceito, embora me pareça que tal disposição melhor se aplique aos casos em que o cumprimento parcial da obrigação de algum modo satisfiz o credor, como nas obrigações duradouras; na verdade, essa revisão judicial decorre de princípio do Código de Defesa do Consumidor (art. 6º, V). A observação, porém, tem mero interesse doutrinário.

V — Posto isso, estou em conhecer do recurso, por ofensa ao artigo 924 do CC, devidamente prequestionado, e reiteradamente usado neste Superior Tribunal de Justiça como fundamento para a modificação da

cláusula de decaimento, e lhe dar provimento parcial, a fim de autorizar a retenção, pela vendedora, de 10% do que foi pago pela promissária-compradora, nesse quantitativo incluído o sinal. Com isso, a ação é julgada parcialmente procedente, de-

caindo a autora em 10% do pedido, razão pela qual as custas serão repartidas em tal proporção, e reduzidos os honorários deferidos à autora em 10%.

É o voto, conhecendo e dando provimento parcial.

RECURSO ESPECIAL Nº 95.613 — BA
(Registro nº 96.0030547-1)

Relator: *O Sr. Ministro Cesar Asfor Rocha*

Recorrente: *Caixa Econômica Federal — CEF*

Recorrida: *Carmen Agle Fernandes*

Advogados: *Drs. Ubiraci Moreira Lisboa e Antônio Maron Agle*

EMENTA: *Processual Civil. Interpretação do artigo 544 do Código de Processo Civil. Agravo de instrumento contra a inadmissão de recurso especial. Ausência no traslado de peça obrigatória. Não conhecimento do agravo pelo Tribunal a quo. Impossibilidade. Competência do STJ.*

— A competência para decidir agravo de instrumento contra decisão denegatória de seguimento a recurso especial é do Superior Tribunal de Justiça, não cabendo ao Tribunal de origem por mais que o resultado do agravo possa ser percebido, antecipá-lo.

— Em atendimento ao princípio da celeridade processual, estando presentes os autos relativos ao referido agravo de instrumento obstado na origem, pode-se de logo apreciá-lo em decisão de Turma.

— Recurso provido para cassar a decisão do Tribunal de origem, liberando o agravo de instrumento interposto contra a decisão que negou seguimento ao recurso especial, mas não conhecido para improver referido agravo.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros

da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do

recurso apenas quanto à primeira parte, e, nessa parte, dar-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Votaram com o relator os Srs. Ministros Ruy Rosado de Aguiar, Fontes de Alencar, Sálvio de Figueiredo Teixeira e Barros Monteiro.

Brasília, 23 de setembro de 1996 (data do julgamento).

Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, Presidente. Ministro CESAR ASFOR ROCHA, Relator.

Publicado no DJ de 04-11-96.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO CESAR ASFOR ROCHA: A Caixa Econômica Federal, com fundamento na alínea **a** do permissivo constitucional, recorre especialmente de acórdão proferido pelo Plenário do egrégio Tribunal Regional Federal da 1ª Região e sumariado na seguinte ementa:

*“Processual Civil. Agravo regimental contra despacho do Juiz Presidente que não conhece de recurso de agravo de instrumento por falta de peças obrigatórias ao traslado. Improvimento. Juízo de admissibilidade exercido no tribunal **a quo** em face do § 1º do artigo 544 do CPC.*

1. Compete ao Tribunal **a quo** não conhecer do Agravo de Instrumento, quando deficiente das peças obrigatórias ao traslado, nos termos do § 1º do artigo 544 do CPC.

2. Agravo Regimental improvido.” (fls. 59).

A recorrente sustenta que a certidão de não apresentação das contra-razões ao recurso especial inadmitido não é peça obrigatória à formação do instrumento, sendo que sua exigência contrariaria a literalidade do parágrafo único do artigo 544 do Código de Processo Civil. Alega, ainda, a incompetência do Tribunal **a quo** para obstar o seguimento do agravo contra a inadmissão de recurso especial, porquanto, pelos termos do § 2º do artigo 545 do Código de Processo Civil, a decisão caberia ao relator nesta Corte.

Transcorrido **in albis** o prazo para contra-razões, o recurso foi admitido na origem tendo sido recebido no meu gabinete aos 25 dias do mês de julho do corrente ano e remetido para pauta no dia 12 de setembro seguinte.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO CESAR ASFOR ROCHA (Relator): Correta está a recorrente ao aduzir a incompetência da Corte de origem para não conhecer do agravo de instrumento contra a inadmissão do recurso especial e que tenha sido deficientemente instruído.

De acordo com o disposto no § 2º do art. 544 do CPC compete ao Ministro-Relator, no STJ, decidir sobre o agravo de instrumento interposto

contra decisão da Presidência do Tribunal de origem que nega seguimento ao recurso especial.

Assim sendo, defeso é ao Tribunal local, sob qualquer fundamento e por mais conhecido que seja o seu desfecho, julgar o agravo de instrumento dirigido a esta Corte.

Isto posto, dou provimento ao recurso especial em exame para liberar o processamento do agravo de instrumento interposto contra a decisão que não admitiu o primeiro recurso especial da recorrente.

A rigor, aqui findaria o julgamento do presente recurso especial, determinando-se a autuação destes autos como agravo de instrumento a ser por mim posteriormente apreciado.

Todavia, em observância ao princípio da celeridade processual, não vejo inconveniente algum em já se colher o pronunciamento desta Corte no pertinente ao referido agravo.

E, neste ensejo, verifico ausentes da instrução do agravo os traslados relativos à *procuração* outorgada aos advogados dos agravados e bem assim o pertinente às *contra-razões* ao

recurso especial inadmitido ou à certidão negativa das mesmas.

Como cediço, a Lei n. 8.950, de 13.12.94, alterou a redação do § 1º do artigo 544 do Código de Processo Civil, incumbindo à parte *agravante*, pois a esta interessa o conhecimento do recurso, da instrução do agravo com a “cópia do acórdão recorrido, da petição de interposição do recurso denegado, das *contra-razões*, da decisão agravada, da certidão da respectiva intimação e das *procurações outorgadas aos advogados* do agravante e do *agravado*”.

Assim, na ausência das *contra-razões*, cabe ao agravante a prova de que as mesmas não foram apresentadas, trasladando a certidão respectiva e dando, desta forma, cumprimento ao referido dispositivo, o que não ocorreu na espécie.

Diante de tais considerações, conheço do recurso apenas para liberar o processamento do agravo de instrumento interposto contra a decisão que não admitiu o primeiro recurso especial, mas dele não conheço na parte que pretendeu dar provimento ao agravo de instrumento.

RECURSO ESPECIAL Nº 97.143 — SP
(Registro nº 96.0034428-0)

Relator: *O Sr. Ministro Ruy Rosado de Aguiar*

Recorrentes: *José Antônio Giordano Frasca e outros*

Recorrido: *Banco do Estado de São Paulo S/A — Banespa*

Advogados: *Oswaldo Galvão Anderson Junior e outros, e Wilson Roberto Sant'anna e outros*

EMENTA: *Depósito judicial. Correção monetária. Inconformidade do banco depositário.*

O banco que assume a posição de depositário judicial deve cumprir a ordem judicial para a atualização dos valores depositados, de acordo com os critérios determinados.

O encaminhamento da parte às vias ordinárias, para discutir a questão, significa desconhecer a condição de ser o depositário um auxiliar do juízo (art. 139 do CPC). Precedentes do STJ.

Recurso conhecido e provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do recurso e dar-lhe provimento. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Fontes de Alencar, Sálvio de Figueiredo Teixeira, Barros Monteiro e Cesar Asfor Rocha.

Brasília, 24 de setembro de 1996 (data do julgamento).

Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, Presidente. Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR, Relator.

Publicado no DJ de 04-11-96.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO RUY ROSADO DE AGUIAR: O Banespa agravou da decisão que lhe determinara, como depositário de dinheiro devido em ação expropriatória, o pagamento da

correção monetária do período. Disse que na qualidade de terceiro interessado, não pode ser compelido a pagar os expurgos, porquanto observara a legislação específica sobre depósitos judiciais, computando os mesmos rendimentos da caderneta de poupança.

A eg. 10ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo deu provimento ao recurso e reformou a decisão:

“A correção monetária expurgada da inflação oficial nos seguidos planos econômicos tem sido objeto de decisões conflitantes sobre ser devida ou não na remuneração das cadernetas de poupança, regime a que se sujeita os depósitos judiciais.

A recorrente aplicou a legislação editada à época dos expurgos, insurgindo-se contra a determinação judicial de incluir também os índices expurgados.

A questão da legitimidade ou não dos expurgos não pode ser decidida nestes autos, por não ser o

depositário parte no processo, não se demonstrando qualquer desvio dos deveres inerentes ao encargo judicial, desde que aplicou a legislação vigente na época.

Assim sendo, a discussão sobre eventual desacerto na aplicação da referida legislação só pode ser travada em ação própria, como já decidiu esta Colenda Câmara em acórdão da lavra do eminente Des. Borelli Machado: 'Assim, se surge divergência relativamente à forma de atualização monetária a depositária somente pode ser responsabilizada por eventuais erros e condenada a repor diferenças mediante ação própria, assegurado o contraditório' (RJTJ 131/290).

Ante o exposto, dou provimento ao recurso." (Fl. 194).

Os agravados ingressaram com recurso especial (alíneas a e c), alegando afronta aos artigos 159 e 1.266 do Código Civil; 139 do CPC; 6º da LICC, bem como dissídio jurisprudencial. Sustentam, dentre outras teses, ser o depositário responsável pelo pagamento das quantias depositadas.

Inadmitido o recurso especial na origem, manifestou-se agravo de instrumento, provido para melhor exame. Processado como REsp.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO RUY ROSADO DE AGUIAR (Relator): Esta 4ª Tur-

ma tem enfrentado diversos recursos onde se discutiu a pretensão do banco, nomeado depositário judicial, de efetuar a restituição do numerário (que nessa condição recebera das partes, por intermédio do juiz) de acordo com os seus critérios de correção monetária, desatendendo à determinação judicial, matéria que somente poderia ser discutida pelo interessado em ação própria. Em todos os julgamentos anteriores, decidiu-se que o depositário judicial, como auxiliar do juiz (art. 139 do CPC), assume o compromisso de atender à ordem judicial, também para efetuar os cálculos de atualização dos valores depositados.

Reproduzo voto que proferi no REsp 60.665-SP, de minha relatoria:

1. A respeito do dever de o depositário judicial atender à determinação do juízo para a devolução corrigida dos valores que lhe são confiados, já assim votei nesta eg. 4ª Turma:

"1. O mandado de segurança interposto contra ato judicial, para dar efeito suspensivo ao recurso de agravo, deve ter os requisitos da medida cautelar, de cuja natureza se aproxima, entre eles o de **fumus boni juris**.

Tal não acontece no caso dos autos.

A ordem emanada do juízo para que o depositário consignasse a remuneração da correção monetária dos valores reco-

lhidos está de acordo com os provimentos do Conselho Superior da Magistratura do Estado e da sua Corregedoria Geral (Provimento nº 257, do CSM, e Ordem de Serviço nº 1/92, da Corregedoria Geral da Justiça do Estado de São Paulo), que dispõem sobre a correção monetária dos depósitos judiciais. O estabelecimento bancário que aceitou a condição de depositário, passando a atuar como auxiliar do juízo, assumiu o dever processual de cumprir tais determinações. Não há, portanto, ilegalidade na exigência judicial ora impugnada, que é simplesmente a de “fazer o depósito das diferenças da correção monetária” (fl. 27).”

Não incide, na hipótese, a regra do artigo 125, I, quanto ao resguardo da igualdade de tratamento devido às partes, porque o depositário não é parte no processo principal, é um auxiliar do juízo que, tendo aceito a sua condição e se beneficiado da disposição do numerário, durante o tempo que lhe foi confiado (tanto que tais depósitos são disputados no mercado), deve atender às determinações judiciais. Mais pertinentes ao caso, para não sair do âmbito do artigo 125, são as regras dos incisos II e III, que impõem ao juiz o dever de velar pela rápida solução do litígio, que se eternizaria apenas enquanto se discutisse o interesse do depositário, e

de impedir que a recalcitrância do auxiliar do juízo ofenda à própria eficácia da prestação jurisdicional, desmoralizando o juízo perante os cidadãos que foram constrangidos pela lei ao depósito judicial.”

No mesmo sentido, os julgados no REsp nº 79.622-SP, 4ª Turma, rel. em. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ 01/07/96:

“Processo civil. Depositário judicial. Correção monetária dos depósitos. Determinação judicial. Impertinência dos dispositivos concernentes às intimações e à citação. Recurso conhecido pela divergência mas desprovido.

I — “O depositário judicial deve atender a determinação do juiz, proferida nos autos da ação principal, sobre os critérios de correção dos depósitos”, segundo proclamou este Tribunal no REsp nº 60.665-9-SP.

II — A vinculação entre o juízo e o banco conveniado como depositário judicial de valores e de natureza preponderantemente administrativa, e regida pelas normas do convênio, de sorte a evidenciar-se a impertinência da pretensão do depositário de discutir os índices de reajuste que lhe são impostos como se fora parte do processo.

III — Não sendo o depositário parte no processo, não têm incidência na espécie os dispositivos legais concernentes à citação e às intimações.”

Penso que causa ofensa ao artigo 139 do CPC o encaminhamento das partes às vias ordinárias, para ali discutirem a decisão tomada contra a ordem judicial, pelo banco auxiliar do juízo, cuja vontade teria assim mais eficácia do que a decisão do juiz que o nomeou, e mais força e proteção do que o interesse da parte.

No caso dos autos, o recurso pode ser conhecido porque a questão fede-

ral foi diretamente enfrentada pela eg. Câmara, apesar de não referido o artigo de lei que ora se dá por violado.

A divergência não ficou demonstrada.

Posto isso, conheço, pela alínea a, e lhe dou provimento, para restabelecer a decisão agravada.

É o voto.