



RECURSO ESPECIAL Nº 52.220 – SP

(Registro nº 94.0023985-8)

Relator: Ministro Waldemar Zveiter
Relator designado: Ministro Nilson Naves
Recorrentes: Vera Von Schmidt e outro
Advogados: Euro Bento Maciel e outro
Recorrido: Carlos Francisco Natal Lefcadito Von Schmidt
Advogados: Marisa Schutzer Del Nero Poletti e outros

EMENTA: Venda e compra/cessão de direitos hereditários – Ação de anular ou rescindir (simulação) – Prescrição – Termo inicial.

Prescreve em 4 (quatro) anos, contado o prazo, no caso de simulação, do dia em que se realizou o contrato (Código Civil, art. 178, § 9º, V). Não se tratando de venda de ascendente para descendente, à espécie não se aplica o princípio das Súmulas nºs 152 e 494-STF. Segundo o art. 165 do Código Civil. “A prescrição iniciada contra uma pessoa continua a correr contra o seu herdeiro”. Juridicamente, não se renova o prazo a cada transmissão. Recurso conhecido pelo dissídio mas improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por maioria, conhecer do recurso especial, mas lhe negar provimento. Vencidos os Srs. Ministros-Relator e Carlos Alberto Menezes Direito. Participaram do julgamento os Srs. Ministros Carlos Alberto Menezes Direito, Costa Leite, Nilson Naves e Eduardo Ribeiro.

Brasília-DF, 4 de maio de 1999 (data do julgamento).

Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, Presidente.

Ministro NILSON NAVES, Relator para o acórdão.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO WALDEMAR ZVEITER: A controvérsia está, assim, posta à fl. 183:

“Vera Von Schmidt e Lauriston Eugen Von Schmidt propuseram a presente ação contra Carlos Francisco Natal Lefcadito Von Schmidt, pelo rito *ordinário*, com o fim específico de obter anulação de escritura realizada mediante simulação.

Afirmam, em síntese, que o pai dos autores, Lauriston Eugen Lefcadito Von Schmidt, em razão de desentendimento com sua companheira, Ingetraut Semlak Nabergiu, utilizando-se de procuração outorgada por esta, simulou venda ao réu da parte que a ela cabia, passando o réu procuração ao pai dos autores para que este vendesse a parte do imóvel que caberia a Ingetraut. Visou, assim, o pai dos autores excluir Ingetraut de qualquer direito sobre o imóvel, objeto da lide.

Citado o réu (fl. 66), este contestou a ação (fls. 68/72), afirmando, em suma, que os autores não conviviam com o pai, irmão do réu, não tendo conhecimento da vida que levava com a companheira, nem tampouco que ela o ludibriou com o procedimento irregular que o prejudicou moralmente. Afirma mais que todas as escrituras acham-se registradas em cartório, possuindo fé pública, sendo o réu dono do imóvel, embora admita que jamais teve acesso ao mesmo.

Foi dada ciência da ação à Ingetraut (fl. 181), que manteve-se inerte (fl. 182).”

Acrescento que a sentença julgou procedente a ação para anular a escritura, nos termos do art. 147, II c.c. o art. 102, ambos do Código Civil, aduzindo que, não impugnando a simulação, mas tentando prestigiá-lo, o réu sofre a presunção de serem verdadeiros os fatos alegados, por força do art. 302 do CPC (fls. 183/184).

Inconformado, apelou o réu, argüindo preliminares de decadência; impossibilidade jurídica do pedido; e ilegitimidade ativa. E, no mérito, pugnando pela reforma da sentença, para que fosse julgada improcedente a ação (fls. 190/201).

A Quinta Câmara Civil de Férias do colendo Tribunal de Justiça de São Paulo, à unanimidade, deu provimento à apelação para, pronunciada a prescrição, julgá-la improcedente, ao fundamento de que o prazo

prescricional para os demandantes ajuizarem a ação já estava esgotado, quando de sua propositura, em 26 de abril de 1990, com base no art. 178, § 9º, V, **b**, do Código Civil, que estabelece o prazo de quatro anos, a contar do dia em que realizado o ato. Consignou-se no acórdão que: “Com a morte de Lauriston, todos seus direitos, inclusive os de ação, aos autores se transmitiram. Se não propôs a ação, o prazo não se reabriu com sua sucessão, mas apenas teve continuidade, vindo a vencer-se em 17 de abril de 1989” (fls. 235/238).

Irresignados, interpuseram os autores recurso especial, fundado no art. 105, III, **a** e **c**, da Constituição, alegando que o aresto, dessa forma, teria negado a vigência aos artigos 76, 177, 1.089 e 1.572, todos do Código Civil; bem como divergido de julgados de outros tribunais, inclusive, do Supremo Tribunal Federal. Sustenta, em suma, que o prazo prescricional, no caso, corre, a partir da data da sucessão, em obediência ao princípio da **actio nata** (fls. 241/279).

Com contra-razões (fls. 287/303) e após manifestação do Ministério Público Estadual, declarando desnecessária sua oitiva, o nobre Terceiro Vice-Presidente daquela colenda Corte o admitiu, apenas, pela letra **c** (fls. 313/319).

É o relatório.

EMENTA

Civil e Processual Civil – Ação anulatória de negócio jurídico – Venda de imóvel de ascendente – Simulação – Prescrição.

I – Ação anulatória objetivando ver declarada nulidade de negócio jurídico, por simulação, o prazo prescricional do direito para seu ajuizamento é de 4 (quatro) anos, contados a partir da abertura da sucessão (art. 178, § 9º, V, letra **b**, do Código Civil), em obediência ao princípio da **actio nata**. Precedentes do STF.

II – Recurso conhecido e provido.

VOTO

O SR. MINISTRO WALDEMAR ZVEITER (Relator): Para melhor compreensão da controvérsia, é ler o que dispôs o acórdão (fls. 235/237):

“2. Por escritura de venda e compra e cessão de direitos hereditários e possessórios, em 16 de junho de 1981, Lauriston Eugen

Lefcadito Von Schmidt e Ingetraut Semlak Nabergoi adquiriram direitos sobre área de terras situada em Ilhabela, Comarca de São Sebastião, bairro Taguanduba, Av. Pedro Paulo Moraes, 1.684, com mais ou menos 6.031, m² (fls. 11/18).

Em 17 de abril de 1985, Ingetraut, por seu procurador (mandado atribuindo amplos poderes, em 28 de setembro de 1981 – fl. 19), Lauriston, outorgou escritura de venda e compra, cessão de direitos hereditários e possessórios sobre parte ideal do imóvel referido, equivalente a 50% constando como outorgado comprador e cessionário Carlos Francisco Natal Lefcadito Von Schmidt (fls. 20/23).

Por fim, cumpre registrar que está documentado o falecimento de Lauriston, conforme certidão de óbito (fl. 10), ocorrido em 16 de maio de 1987.

3. Esta ação foi ajuizada por seus herdeiros, Vera e Lauriston Filho, propugnando a anulação da escritura, por se tratar de negócio simulado, na qual Ingetraut, representada por Lauriston, vendeu e cedeu sua parte no imóvel aludido.

Procedente a ação, Carlos Francisco, o adquirente, em apelação, suscitou a decadência do direito, invocando o art. 178, § 9º, V, letra **b**, do Código Civil, respondendo os apelados, que o direito de ação, para eles, nasceu com a abertura da sucessão em 15 de maio de 1987 e, portanto, quando da propositura da ação, em 26 de abril de 1990, o período, de 4 (quatro) anos, não se consumara.

4. Assiste razão ao apelante.

Diz o art. 178, § 9º, inciso V, letra **b**, do Código Civil, que a ação para anular contratos prescreve em 4 (quatro) anos, fixado o termo inicial do dia em que se realizar o ato, nos casos de erro, dolo, simulação ou fraude.

Enganam-se os apelados, quando se posicionam como terceiro, com relação ao falecido e à escritura que pretendem anular, celebrada em 17 de abril de 1985. Com a morte de Lauriston, todos seus direitos, inclusive os de ação, aos autores se transmitiram. Se não propôs a ação, o prazo não se reabriu com sua sucessão, mas teve continuidade, vindo a vencer-se em 17 de abril de 1989. O artigo 165 do Código Civil dispõe que a prescrição iniciada contra uma pessoa continua a correr contra o herdeiro (**Washington de Barros Monteiro**, Curso, vol. I, p. 291, 20ª ed., Saraiva; **Caio Mário da Silva Pereira**, Instituições, vol. I, p. 476, 7ª ed., Forense; **Maria Helena Diniz**,

Curso, vol. I, p. 207, 8ª ed., Saraiva). Ininvocáveis, no particular, as possibilidades dos arts. 168, 169, 170 e 172 desse diploma.

Destarte, o interregno prescricional já estava esgotado, para os demantantes, quando da propositura desta anulatória em 26 de abril de 1990.”

Por sua vez, insurgem-se os recorrentes-apelados, aduzindo que o prazo prescricional é de vinte anos, nos termos do art. 177 do Código Civil; e que tal começou a fluir a partir do momento da abertura da sucessão. Em prol de suas teses, trazem à colação julgados do Supremo Tribunal Federal. No particular, impõe-se faça ressalva quanto ao aspecto técnico em que formulado o pedido, ou seja, a pretendida prescrição vintenária. É que por ser a hipótese em que caracterizada a simulação, há de se aplicar a regra que disciplina os atos anuláveis, por vício de vontade, com prescrição de quatro anos, contada da data da abertura da sucessão, que no caso lhes favorece, também.

Examino, pois, o especial pelo dissenso interpretativo.

Consoante anotado pelos recorrentes, no caso de sucessão hereditária quando o herdeiro, mesmo que ciente, ou conhecedor, do ato praticado pelo seu ascendente, está impedido, por força de lei, de propor qualquer ação enquanto vivo o transmitente-simulador.

Com efeito, se o direito dos recorrentes somente exsurgiu com a abertura da sucessão de seu ascendente; é curial que após a morte deste é que poderiam eles, seus legítimos descendentes, propor em juízo a ação para anulação do ato, repete-se.

É o que diz, às expressas, o art. 1.572 do Código Civil:

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

Para propor a ação é necessário ter legítimo interesse econômico (art. 76 do CPC), norma esta ratificada pelo art. 3º do mesmo diploma legal.

Dessume-se dos documentos constantes dos autos, o interesse dos autores-recorrentes, conforme anotado na r. sentença (fl. 183):

“Muito embora a alegada simulação nos atinja, principalmente Ingetraut, que não demonstrou interesse pela demanda, os autores também são partes legítimas, por força do disposto no artigo 105 do Código Civil. E isto porque, sendo os autores herdeiros de Lauriston

Eugen Lefcadito Von Schmidt, devem sujeitar-se a cumprir a escritura de transação e declaração (fls. 25/26), onde consta que à Ingetraut caberá trinta por cento do imóvel objeto da lide e ao pai setenta por cento. Ora, se o pai só é possuidor de cinqüenta por cento do imóvel, a parte que caberia aos herdeiros-autores, de setenta por cento, passa a ser de trinta e cinco por cento do imóvel.

Em sofrendo os autores prejuízo em trinta e cinco por cento do imóvel, estão legitimados para esta ação, conforme dispositivo legal supracitado.”

Pretender-se a nulidade do contrato de venda ainda quando em vida o ascendente, seria reclamar herança de pessoa viva, não permitido pelo ordenamento jurídico.

No que diz a prescrição contemplada no art. 178, § 9^a, inciso V, letra b, do Código Civil, tal disposição acolhe o pedido formulado pelos recorrentes. Em hipóteses tais como a dos autos, onde há ato simulado e fraude, a prescrição é de quatro anos, contada a partir da abertura da sucessão.

É o que registra o paradigma (RT 415/360-361):

“Como quer que seja, em qualquer das referidas hipóteses, trata-se de ação para anular contrato de cessão de direitos ou venda por erro ou dolo, ou de ação para decretar a nulidade do contrato por incapacidade absoluta, o certo é que ela não poderia ser iniciada antes da abertura de sucessão do cedente ou vendedor: 1^a) porque o direito do autor, na qualidade de herdeiro, somente surge com a abertura da sucessão do seu ascendente (CC, art. 1.572); 2^a) porque antes da morte do cedente, o seu herdeiro, prejudicado pela cessão, não tem interesse econômico ou moral que possa legitimar o pedido de anulação ou de nulidade da cessão ou venda); 3^a) porque pleitear a anulação ou a nulidade da cessão ou venda em vida do ascendente, importaria em reclamar herança de pessoa viva, o que a lei e a mora não permitem; 4^a) que antes da abertura da sucessão dos pais, os filhos são titulares de uma simples expectativa de direito, de uma pura pressuposição de interesse.

Essas são, aliás, as conclusões extraídas da jurisprudência dominante, como ocorre, **verbi gratia**, nas ações de nulidade da venda durante a vida do ascendente (RT, vols. 41/107, 52/143, 85/650, 143/778, 148/589, 188/494, 194/918, 214/275, 255/322).

É no momento da transmissão da herança – como pontifica o Min. **Orosimbo Nonato** (Direito, vol. 30, p. 282) – que surge o interesse juridicamente protegido do herdeiro, não sendo possível pleitear sobre herança de pessoa viva.

E o grande juiz recordava a esse propósito os ensinamentos de **Cunha Gonçalves, Dias Ferreira, Tito Fulgêncio, Carvalho Drumond, Faci Lins e Oliveira Andrade** (loc. cit.).

O Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária de 29.05.1942, deixou aliás assentado, por unanimidade, que não podem os herdeiros prejudicados propor ação antes de abrir-se a sucessão do ascendente, de vez que não é possível reclamar herança de pessoa viva (RT, vol. 143/778). Esta a diretriz que três lustros depois continuaria a ser observada pelo Pretório Excelso, mandando contar o prazo prescricional da abertura da sucessão em obediência ao princípio da **actio nata** (RT, vol. 5/170-171).”

A propósito, no precedente da Corte, quando do julgamento do REsp nº 86.489-ES, Sr. Ministro *Ruy Rosado de Aguiar*, Relator, assim, sustentou:

“é o ato nulo ou anulável, conforme tenha sido feita a alienação diretamente ao descendente ou através de interposta pessoa, como explica o Prof. **Roberto Rosas**, em seu excelente Direito Sumular:

‘Posteriormente, no entanto, o STF firmou a sua jurisprudência, considerando nula a venda de ascendente a descendente sem o consentimento expresso dos demais descendentes, desde que esta venda se realize diretamente, e anulável se realizada indiretamente, com interposta pessoa.

Será nula a venda realizada diretamente sem o consentimento expresso dos demais descendentes, pois, desta maneira, o ato não se reveste de forma prescrita em lei (art. 145, III). Realizada indiretamente, a venda será anulável, pois haverá simulação, causa que provoca a anulabilidade do ato (art. 147, II) (RE nº 51.523, Rel. Min. Aliomar Baleeiro, RTJ 39/655).’ (fl. 214, 7ª ed.).

.....

d) o prazo prescricional é de quatro anos, orientação harmônica com a tese do ato anulável:

‘No RE nº 61.953, Relator o Min. Aliomar Baleeiro, assim decidiu o STF. Venda de ascendente a descendente. A prescrição da ação para anulá-la com base no art. 1.132 do Código Civil é de quatro anos, contados da morte do ascendente’ (**Rosas, op. loc. cit.**).

5. Já votei pelo reconhecimento da nulidade do ato da alienação, em hipótese de venda direta aos descendentes:

‘O recurso especial foi interposto de v. acórdão que julgou anulável a venda de ascendente a descendente, sem o consentimento dos demais (art. 1.132 do CC), e por isso definiu o tema como sendo de alta indagação, remetendo as partes às vias ordinárias.

Penso que se trata de ato nulo (‘a compra e venda ou a troca é nula, e não, anulável’ – **Pontes de Miranda**, Tratado de Direito Privado, 39/78), conforme vem do antigo Direito (Ordenações Manuelinas, IV, 82; Ordenações Filipinas, IV, 12). Sendo caso de nulidade, pode ser alegada incidentalmente (‘sempre que regra especial não há, que exija ação autônoma, a nulidade pode ser alegada a qualquer tempo do processo, ainda **incidenter**’ – **Pontes de Miranda, op. cit.**, 4/206).’ (REsp nº 977-0-PB, Quarta Turma).

Sendo hipótese de nulidade, a prescrição acontece em vinte anos, a partir da prática do ato, nos termos da Súmula nº 484.

6. Porém, essa definição fica restrita aos casos de venda direta aos descendentes; na interposição de terceiro, a hipótese é de simulação, e aplicável a regra que rege os atos anuláveis por vício de vontade, com prescrição em quatro anos, a contar da data da abertura da sucessão.

7. Isto posto, conheço do recurso, por ofensa ao artigo 178, § 9º, V, b, do Código Civil e lhe dou provimento, para reconhecer a prescrição da ação, julgando extinto o processo na forma do artigo 269, IV, do CPC, com inversão dos ônus da sucumbência.” (DJ de 26.08.1996).

Tenho, pois, que o aresto, dessa forma, divergiu do entendimento consolidado na jurisprudência da Corte e do Supremo Tribunal Federal.

Ante o exposto, conheço do recurso pela letra **c**, em face do comprovado dissenso interpretativo, e dou-lhe provimento para, cassando o acórdão recorrido, afastada a preliminar da prescrição da ação argüida, determinar que o colendo Tribunal de origem aprecie o mérito das questões suscitadas na apelação.

VOTO-VISTA

O SR. MINISTRO CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO: Os recorrentes ajuizaram ação para anular escritura outorgada ao suplicado pelo pai dos autores, invocando o art. 147, II, do Código Civil. A sentença julgou procedente o pedido, entendendo presente a simulação, “uma vez que esta pode ser provada por indícios e circunstâncias que a indiquem”. O Tribunal de Justiça de São Paulo proveu o recurso acolhendo a prescrição, nos termos do art. 178, § 9º, V, **b**, do Código Civil.

Os autores são legítimos herdeiros de Lauriston Eugen Lefcadito Von Schmidt, falecido em 1987. O **de cujus** adquiriu com sua companheira uma determinada área de terras, em 1981. Posteriormente, houve a separação dos companheiros. Todavia, antes que tal ocorresse, mediante procuração outorgada pela mulher, por instrumento público, simulou a venda dos 50% de sua companheira ao réu, tendo este, por seu turno, outorgado ao pai dos autores uma procuração por instrumento público, para que pudesse ele efetuar a venda da parte adquirida. Finalmente, os companheiros resolveram fazer um acordo para a partilha dos aquestos, ficando estabelecido que o companheiro ficaria com 70% do bem e a companheira com 30%. Em função disso, o pai passou para o seu próprio nome os bens que tinha passado para o nome do réu, deixando, porém, de passar os direitos que recaíam sobre o imóvel cuja venda fora simulada. Com a morte do pai dos autores, foi o inventário aberto, constando, com relação ao bem objeto da ação, apenas, os 50%, que foram partilhados aos autores. Feita a tentativa de regularização dos 50% restantes junto ao réu, tal revelou-se infrutífero. Para corrigir o vício, no caso, a simulação, é que intentam a presente ação.

Os recorrentes alegam que o direito de ação nasceu com a abertura da sucessão em 15.05.1987 e, portanto, quando do ajuizamento da ação, em 26.04.1990, o período de quatro anos não se consumara. Toda a argumentação do especial está centrada no início do prazo prescricional, que, para os recorrentes, seria 16 de maio de 1987, data da morte do pai.

O Relator, o Sr. Ministro *Waldemar Zveiter*, com toda clareza, mostrou a razão dos recorrentes, na linha da jurisprudência da Corte.

Efetivamente, não é possível postular a nulidade do contrato quando em vida o ascendente, pois que isso equivaleria a reclamar herança de pessoa viva, o que não é permitido pelo direito positivo brasileiro.

Acompanho, portanto, o voto do eminente Ministro *Waldemar Zveiter*, conhecendo e provendo o especial.

VOTO-VISTA

O SR. MINISTRO NILSON NAVES: Trata-se de ação de anular, por que simulada, a escritura lavrada em 17.04.1985, em cópia às fls. 20/22, de “venda e compra, cessão de direitos hereditários e possessórios sobre parte ideal e outras avenças”. Foi a ação intentada pelos herdeiros do procurador Lauriston, que, na indigitada escritura, representou a outorgante Ingetraut.

Não se controverte seja a prescrição em causa a de 4 anos (a da letra **b** do inciso V, art. 178, § 9^o), o que se controverte é a partir de quando se conta o prazo. Segundo o acórdão paulista, conta-se a partir da escritura (17.04.1985), isto é, do dia em que se realizou o ato ou o contrato. Mas, conforme o Ministro *Waldemar Zveiter*, conta-se da abertura da sucessão (16.05.1987), porquanto “Pretender-se a nulidade do contrato de venda ainda quando em vida o ascendente, seria reclamar herança de pessoa viva, não permitido pelo ordenamento jurídico”. S. Exa. lembrou do que ficou decidido, pela Quarta Turma, no REsp nº 86.489. No caso em pauta, a ação foi ajuizada em 24.04.1990 contra o adquirente Carlos Francisco, ora recorrido.

Alegaram os autores que os companheiros pois juntos viviam como se casados fossem, Lauriston e Ingetraut se desentenderam e resolveram se separar, mas, antes, Lauriston, “utilizando-se de uma procuração outorgada por esta, lavrada nas Notas do Tabelionato de Ilhabela, no livro nº 12, fl. 22 (doc. 5), simulou a venda ao suplicado de 50% (cinquenta por cento) dos direitos pertencentes à sua companheira sobre o imóvel retro descrito”. Segundo ainda a petição inicial: “Nesta mesma ocasião, como se tratava de uma simulação o suplicado outorgou ao pai dos suplicantes uma procuração pública”; “esta situação foi mantida pelo pai dos suplicantes, até que em 15.05.1987, por ironia do destino e sem ter regularizado a situação, veio a falecer”.

No REsp nº 86.489 (DJ de 26.08.1996), de que foi Relator, na Quarta Turma, o Ministro Ruy Rosado de Aguiar, tratou-se de caso de venda de ascendente para descendente, sem consentimento dos demais, “através de interposta pessoa”. Do estudo das Súmulas nºs 152 e 494-STF, concluiu S. Exa. “na interposição de terceiro, a hipótese é de simulação, e aplicável a regra que rege os atos anuláveis por vício de vontade, com prescrição em quatro anos, a contar da data da abertura da sucessão”. No caso em comento, porém, não se trata de alienação de bem de ascendente para descendente. No REsp nº 7.879 (DJ de 20.06.1994), de que nesta Turma foi Relator o Ministro Costa Leite, decidiu-se, arredando-se o decreto de carência da ação, que a ação anulatória fundada no art. 1.176 do Código Civil “pode ser intentada mesmo em vida do doador”. Em tal precedente, pretendia-se anular negócio jurídico em que sobrinhos-netos teriam sido beneficiados. Não é, porém, o caso dos presentes autos. No REsp nº 112.974 (DJ de 16.03.1998), de que aqui fui Relator, decidiu-se pela prescrição de vinte (20) anos, contados da data do ato, em caso de fraude à legítima. Nesse caso, o que se alegava era que o pai favorecera alguns dos filhos, “adquirindo imóveis com recursos próprios e repassando-os aos requeridos, em evidente ato de doação”. Diferente, no entanto, a espécie de que ora se cuida.

O que levou o Supremo Tribunal a editar a Súmula nº 494, revogando em conseqüência a Súmula nº 152, foi a adoção do entendimento de que “A ação anulatória da venda pode ser proposta, quando ainda vivo o ascendente” (RTJ 52/829, Ministro Luiz Gallotti). Adotou-se então a prescrição de vinte (20) anos, a que alude o art. 177. Ao enunciado serve de referência o art. 1.132, que, conforme lição de **Clovis**, tem por objetivo evitar que, “sob color de venda, se façam doações, prejudicando a igualdade das legítimas” (vol. IV, p. 245). Mas, num dos acórdãos que instruem a Súmula, enfatizou o Ministro Djaci Falcão que “Aí não se cuida de remédio destinado a proteger eventual direito a legítimas futuras. Não se reclama herança de pessoa viva. O descendente age com arrimo no seu direito atual, de manifestar concordância ou oposição à venda efetuada pelos seus pais a outros filhos” (RTJ 52/843). *Não se reclama a herança de pessoa viva, como se viu.*

De outro lado, aqui nestes autos também não se discute sobre a venda de ascendente para descendente *através de interposta pessoa* (REsp nº 86.489). Daí me parecer não vir à baila a alegação de que não se pode, porque moral e juridicamente não recomendável, reclamar herança de pessoa viva. Seria pertinente se se tratasse de negócio desigualando as legítimas, a saber, de negócio beneficiando descendente em prejuízo de outro descendente, realizado digamos por intermédio de terceiro. Não é, porém, o caso,

como vimos de ver. A meu sentir, a disciplina deste caso é a de que se conta o prazo “do dia em que se realizar o ato ou o contrato”. Do dia em que lavrada a escritura, dia 17.04.1985.

Também conheço por dissídio, mas peço vênua aos Ministros Waldemar Zveiter e Carlos Alberto Menezes Direito para negar provimento ao recurso.

VOTO-VISTA

O SR. MINISTRO EDUARDO RIBEIRO: O eminente Relator e o douto Ministro Carlos Alberto Menezes Direito consideraram que o prazo de prescrição só começaria a fluir após a abertura da sucessão. Antes disso não poderiam os herdeiros pleitear a nulidade do ato. Careceriam, para isso, de legítimo interesse, não se admitindo pudessem reclamar herança de pessoa viva.

Desse entendimento dissentiu o ilustre Ministro Nilson Naves, salientando que na espécie não se tratava da nulidade de venda de ascendente a descendente, por interposta pessoa, incidindo a regra de que o prazo se conta “do dia em que se realizar o ato ou o contrato”.

Peço vênua para aderir ao voto dissidente. Certo que não poderiam os autores pleitear a anulação do contrato, enquanto vivo o ascendente, pois com a morte desse é que lhes foi transmitido o eventual direito e, em consequência, a ação tendente a assegurá-lo. Daí não se segue, entretanto, que a cada transmissão se renove o prazo. Consumada a prescrição, não se reabre a possibilidade de suscitá-la, nem se desfaz o prazo já decorrido. O direito se transmite tal como existente quando aberta a sucessão. A respeito, aliás, expressa a norma contida no artigo 165 do Código Civil.

Não vale argumentar com opiniões, dizendo com a venda de ascendente a descendente, hipótese peculiar, em que a proibição visa a impedir se desigualem as legítimas, **data venia** da opinião do ínclito Ministro Djaci Falcão, mencionada no voto a que ora empresto adesão.

Observo que, no memorial apresentado pelo recorrido, suscitaram-se outras relevantes questões que seriam de se examinar, caso não pudesse o julgado sustentar-se pelas razões nele deduzidas, o que não se verifica.

Acompanho, como dito, o voto do Ministro Nilson Naves, reiterando pedido de vênua.

VOTO-VISTA

O SR. MINISTRO COSTA LEITE: Pretende-se anular escritura de compra e venda do imóvel, sob a alegação de simulação, estando em causa no especial o termo inicial de prescrição.

Entenderam os eminentes Ministros Waldemar Zveiter e Carlos Alberto Menezes Direito que corresponderia à abertura de sucessão, pois a anulação do contrato, quando ainda em vida o ascendente, equivaleria a reclamar herança de pessoa viva, o que é defeso em nosso direito.

Pedindo respeitosa licença, fico com a corrente contrária. Estar-se-ia diante de verdadeira renovação do prazo prescricional e, como anotou com precisão o eminente Ministro Eduardo Ribeiro, este não se renova a cada nova transmissão. Em verdade, transmite-se o direito tal como existente quando aberta a sucessão, como prevê o art. 165 do Código Civil.

Acompanho, pois, os votos dos eminentes Ministros Nilson Naves e Eduardo Ribeiro, **data venia**.

(*) RECURSO ESPECIAL Nº 141.080 – MG
(Registro nº 97.0050934-6)

Relator: Ministro Nilson Naves
Relator designado: Ministro Eduardo Ribeiro
Recorrente: Caixa Econômica Federal – CEF
Advogados: Simone Solange de Castro Rachid e outros
Recorrida: Construtora Minas Camac Ltda (massa falida)
Advogada: Maria de Lourdes Lima Franzoi
Sustentação oral: Maria de Lourdes Lima Franzoi (pela recorrida)

EMENTA: Recurso especial – Preparo – Deserção.

A disposição contida no art. 511 do CPC, aplica-se também ao recurso especial.

ACÓRDÃO

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

Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por maioria, vencido os Srs. Ministros Relator e Ari Pargendler, não conhecer do recurso especial. Participaram do julgamento os Srs. Ministros Eduardo Ribeiro, Waldemar Zveiter, Ari Pargendler, Carlos Alberto Menezes Direito e Nilson Naves.

Brasília-DF, 20 de abril de 1999 (data do julgamento).

Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, Presidente.

Ministro EDUARDO RIBEIRO, Relator designado p/ o acórdão.

Publicado no DJ de 13.09.1999.

(*) Indicado pelo Sr. Ministro Nilson Naves.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO NILSON NAVES: Em habilitação de crédito, disse o juiz, na sua sentença, que “A falida e síndico impugnaram o crédito habilitado, sob o argumento de que a habilitante postulava quantia a maior, pois não incidente, **in casu**, o quanto referente à comissão de permanência”. Deu-lhes razão o juiz. A falida apelou, alegando que se “deixou de condenar o credor nos ônus da sucumbência, especialmente os honorários advocatícios”.

O Tribunal de Justiça deu provimento à apelação, para fixar os honorários em 15%, incidindo, segundo o acórdão dos embargos de declaração,

“... sobre o valor da diferença entre o habilitado e o que tem a massa a obrigação de pagar, valendo dizer, sobre a diferença que a massa ganhou ou deixará de pagar ou, se preferirem, o valor que a Caixa Federal estava a cobrar a mais. É lógico que não tem sentido a massa receber honorários sobre parcela que reconhece ter de pagar, da mesma forma que repilo arbitramento de honorários para Caixa, pois, no que habilita, não cabem honorários; estes estão sendo arbitrados na quantia cobrada em excesso, que foi litigada e julgada. Mesmo porque, se a habilitação estivesse correta, não haveria discussão; não havendo discussão – em razão da certeza e da correção da habilitação – não haveria honorários, como não existem honorários do credor por simples e correta habilitação.”

Fundado nas alíneas **a** e **c**, o recurso especial interposto pela Caixa Econômica Federal – CEF não foi admitido, por despacho nesses termos:

“Afirma vulnerados os preceitos inscritos nos artigos 5º, **caput**, da Carta Política, e 67, § 4º, da Lei nº 7.661, de 1945.

Sustenta não haver sucumbido na demanda, eis que as diferenças verificadas em seu desfavor se deveram ao fato de haver o perito elaborado os cálculos sem que tivessem sido observados os critérios estabelecidos no contrato firmado entre as partes. Ademais – prossegue – se lhe foi indeferida a comissão de permanência pleiteada, foi, em contrapartida, deferida a correção monetária não pleiteada. A se admitir a sucumbência da habilitante quanto ao valor pleiteado a maior – continua – haver-se-ia que admitir, pelo princípio da igualdade das partes, a sucumbência da massa relativamente ao restante do crédito reconhecido, e por ela maliciosamente omitido, recompensando-se de forma igual o trabalho dos advogados de ambas as partes. Aduz que a remuneração do síndico é encargo da massa falida, nos termos do preceito tido como violado, ao qual nenhum outro é devido. Sustenta, finalmente, que, impor-se à credora ônus sucumbenciais significa penalizá-la duplamente, pois, além de arcar com despesas para a habilitação de um crédito que dificilmente receberá, ainda se vê onerada com o pagamento de honorários a seu devedor.

Apresentadas contra-razões, absteve-se a Procuradoria de Justiça de emitir parecer.

O apelo não merece prosperar.

Cumpra afastar, de pronto, o debate em torno da matéria constitucional, cuja discussão não tem sede no apelo manejado.

Assim, ainda que haja lógica no raciocínio da recorrente, é defeso estabelecer-se, nesta via, discussão sobre igualdade das partes, em termos constitucionais.

De se observar, por outro lado, não se estar discutindo, nos autos, acerca de remuneração do síndico, senão do advogado da massa falida, o que afasta a alegada ofensa ao preceito da Lei de Falências mencionado.

Quanto às demais questões levantadas, demandam o reexame da prova, providência não condizente com a natureza do apelo manifestado.

De se salientar, por derradeiro, haver o Superior Tribunal de Justiça manifestado entendimento no sentido de ser cabível a condenação em honorários advocatícios, em habilitação de crédito, ‘quando há resistência da concordatária ou falida’ (RSTJ 58/51).”

Dei provimento ao agravo de instrumento e ordenei fosse ele convertido em recurso especial.

A Subprocuradoria Geral da República emitiu parecer pelo não conhecimento, nestes termos em resumo:

“5. Impende apontar, outrossim, a falta de recolhimento da importância das despesas de remessa e retorno dos autos do recurso especial aforado, noticiada, em preliminar, das contra-razões acostadas às fls. 21/41, não desmentida neste instrumento, à míngua da competente prova em contrário, donde resulta, nos termos do Enunciado nº 187 da Súmula desse egrégio Superior Tribunal de Justiça, encontrar-se o presente apelo deserto, digno, portanto, de não ser conhecido.”

.....

“11. Com efeito, em nenhum momento ventilou o r. acórdão recorrido qualquer questão em torno da remuneração do síndico, e, muito menos, foi agitada a hipótese de não ter o síndico direito a uma remuneração: a) por haver sido nomeado contra as disposições da Lei de Quebras; b) por haver renunciado; c) por ter sido destituído; d) por não terem suas contas sido julgadas boas.

12. O dissídio pretoriano, de outra parte, não se instaurou. Não logrou a ora recorrente a fazer a demonstração analítica das circunstâncias que, por ventura, se assemelhassem à **quaestio**; limitando-se à simples transcrição de ementas (cf. se verifica às fls. 17/19), insuficientes, por si só, a revelar a noticiada controvérsia.

13. Destarte, não encontra o apelo especial suporte no estipulado na alínea **c** da autorização constitucional.

14. Isto posto, o parecer é pelo não conhecimento do recurso, seja em face da deserção havida, seja por ausência dos pressupostos necessários à viabilidade do apelo.”

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO NILSON NAVES (Relator): Os autos de que se cuida são de agravo de instrumento que converti em recurso especial, usando da faculdade conferida ao relator pelos arts. 544, § 3º, do Código de Processo Civil, e 254, § 2º, do nosso Regimento Interno. Neles não há informação do recolhimento das despesas a que hoje se refere a Súmula nº 187, editada em 21.05.1997. Foi o recurso especial interposto em 15.03.1996, e a recorrida, ao impugná-lo, alegou o seguinte: “Não obstante o artigo 112 do Regimento Interno do STJ dispor que não serão devidas custas nos processos de sua competência recursal, tal dispositivo não dispensa o pagamento do porte de retorno, o que já foi objeto de decisão por aquele Tribunal”. O parecerista de fls. 88/95 é de opinião que se deve declarar deserto o recurso. Mas tenho dúvida quanto à deserção. Da alegação da recorrida não cuidou o despacho de origem, quando lá se exerceu o juízo de admissibilidade. Não lhe foram oferecidos embargos de declaração. Pelo visto, inexistiu informação a propósito do recolhimento, ou do não recolhimento. Ao que tudo indica, a Caixa não foi intimada para recolhimento das despesas de remessa e retorno dos autos, quando da formação do agravo agora convertido em especial.

De fato, não se intimou. Em se tratando de porte, e não de custas, impõe-se se faça a intimação, porque a remessa e o retorno obviamente dependem da admissão do especial. Foi o que sustentei na Corte Especial, em caso em que, por despacho pessoal, o Relator negara seguimento a recurso especial, resumidamente: “O recurso especial em exame não foi preparado. Não há comprovação do pagamento das despesas de porte de remessa e retorno dos autos”. Relatando então os embargos de divergência que eu havia previamente admitido, disse em meu voto o seguinte, nesses tópicos:

“Pois aqui se lembra do Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 82.589, em que a Terceira Turma, acolhendo o voto do Ministro Eduardo Ribeiro, entendeu que ‘Cassa-se a decisão que decretou a deserção, uma vez reconhecido existir impedimento a que se fizesse o depósito, já que desconhecido o respectivo montante’ (DJ de 25.11.1996). ‘Manifesto’, disse S. Exa., ‘que não se poderá exigir o depósito de determinada importância, se o respectivo montante não é conhecido’. E o que aqui alegam os embargantes? Alegam que

‘9) Do acima transcrito, fica comprovada a divergência de

entendimento entre as Turmas de Seções diferentes, não merecendo a ora embargante, a pena de deserção, ainda mais que, a Súmula nº 187 do STJ, prevê a pena de deserção, após intimação regular, com valor definido, pelo Tribunal **a quo**.

10) Cabível a oposição de embargos de divergência, pois trata de situação fática igual com solução jurídica diferente, causando desigualdade de tratamento para questões análogas.⁷

Cabe-lhes razão, porque, admitido o especial, não se lhes deu oportunidade para o recolhimento das despesas. Veja-se que a Secretaria recebeu os autos do Vice-Presidente no dia 15.07. No dia 24.07 fazia publicar-se o despacho de admissão do recurso no DJ, e no dia seguinte a Secretaria remetia os autos ao Superior Tribunal. Destarte, desconhecido que era o montante das despesas, nem oportunidades se deu.

Conheço dos embargos e os recebo, determinando voltem os autos à Turma.”

No julgamento desses embargos, de número 145.057 (sessão de 18.11.1998), fiquei vencido, porquanto, ali, acolheu-se a preliminar de que aos embargos faltava cabimento, não se tratando, naquela espécie, de decisão de turma em recurso especial, mas em agravo regimental. Com as minhas ressalvas, mas isto não vem ao caso, pois de que se interessa, no momento, é da circunstância da falta de oportunidade para se recolher o porte de retorno. A meu ver, cuidando-se de porte de retorno, não se deu, no caso em exame, oportunidade à recorrente, motivo por que rejeito a preliminar de deserção.

Funda-se o recurso em que ao síndico cabe apenas a remuneração a que alude o art. 67 e parágrafos, mesmo quando, como no caso em exame, ele atue como advogado da massa falida, isto é, na condição de *síndico/advogado*, e outrossim se alega que na habilitação de crédito não são devidos honorários advocatícios. Foram indicados os REsps nºs 5.153 e 8.832, segundo os quais “a remuneração do síndico é de ser fixada pelo juiz nos limites estabelecidos na lei e levando em conta o produto dos bens da massa, vendidos ou liquidados” (Ministro Fontes de Alencar, DJ de 20.05.1991) e “Descabe condenação de honorários advocatícios em habilitação de crédito na concordata” (Ministro Barros Monteiro, DJ de 16.11.1992).

No caso em exame, quem fixou os honorários foi o Tribunal, fê-lo nos termos seguintes:

“Tendo ocorrido o integral acolhimento da impugnação, inclusive com a necessidade da realização de perícia, sem dúvida alguma que a questão fora submetida ao contraditório, com as partes digladiando em torno de seus interesses.

Isto também quer dizer que inexistiria a hipótese de sucumbência recíproca e, a despeito de habilitados os créditos da apelada, estes assim o foram com as restrições da impugnação, donde tem lugar a aplicação do art. 20 do CPC, em benefício da parte vencedora no litígio.

Nesta conformidade, impõe-se o arbitramento da verba de honorários advocatícios, como forma de remunerar os trabalhos do causídico responsável pela instrumentação da impugnação...”

Desta Terceira Turma, a minha pesquisa localizou o REsp nº 16.861, com essa observação do Ministro Cláudio Santos, quando do julgamento dos embargos de declaração então opostos exatamente pela Caixa: “Todos sabemos que, nos processos de concordata e falência, há um certo conteúdo administrativo. De tal sorte que, apenas quando há resistência da concordatária ou da falida, seja nas hipóteses de restituição de coisas ou nas habilitações de crédito, se admite a condenação em honorários de advogado” (DJ de 07.03.1994).

Da Quarta Turma, foi encontrado ainda o REsp nº 34.848, recorrente também a Caixa, e para o qual o Ministro Ruy Rosado de Aguiar, reportando-se a precedentes, escreveu essa ementa: “Falência. Habilitação de crédito. Honorários de advogado. Não são devidos honorários advocatícios na habilitação de crédito em falência, ainda quando haja impugnação. Recurso não conhecido” (DJ de 19.06.1995).

De outra parte, tal como lembrado com a indicação do REsp nº 5.153, o síndico faz jus à remuneração a que alude o art. 67. Ementei dessa maneira o REsp nº 74.887: “Falência. Síndico. Remuneração (art. 67, § 1º). 1. A remuneração a que o síndico faz jus não pode ultrapassar os índices legais. 2. O que se admite é a atualização dos valores. Precedentes do STJ: REsps nºs 5.153, 32.792 e 100.897. 3. Recurso especial conhecido e provido” (DJ de 13.04.1998).

Do exposto, entendo, de um lado, que na habilitação, mesmo impugnada, não cabe condenação a pagar honorários de advogado. Nesse ponto, adoto a orientação proveniente da Quarta Turma, estampada nos REsps nºs 8.832 e 34.848. Creio igualmente exatas as seguintes observações da recorrente: “Impor à credora/recorrente ônus sucumbenciais, em casos como o

dos presentes autos, significa premiar, duplamente, o devedor inadimplente, que não cumpre as obrigações assumidas no instrumento contratual, obriga o credor a ter despesas para a habilitação de um crédito que dificilmente receberá, e, além de tudo isso, ainda é premiado com o recebimento de verba honorária”.

De outro lado, ao síndico a lei já assegura remuneração, qual a estabelecida no art. 67. Isto é, pelo desempenho do cargo, o síndico, internamente, não faz jus à remuneração diversa, ainda quando também atue na condição de advogado. Ora, a habilitação se processa nos próprios autos da falência, internamente, portanto. Nesse caso, o síndico/advogado não tem direito a honorários. Mas se exerce a advocacia em outras ações, externamente (fora do processo de falência), pode ter direito a honorários. O certo seria que se contratasse advogado.

Pela alínea c, conheço do recurso especial e lhe dou provimento.

SOBRESTAMENTO DO JULGAMENTO

O SR. MINISTRO COSTA LEITE: Sr. Ministro, talvez fosse de bom alvitre requisitarmos os autos principais, porque aí já se exigia simultaneidade.

O SR. MINISTRO NILSON NAVES (Relator): O recurso foi interposto em 15 de março de 1996.

O SR. MINISTRO CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO: Já estava em vigor a nova redação do art. 511, que exige a simultaneidade.

O SR. MINISTRO NILSON NAVES (Relator): Estou usando precedente do Tribunal.

O SR. MINISTRO EDUARDO RIBEIRO: Sim, mas de quando é esse precedente? Isso é fundamental.

O SR. MINISTRO NILSON NAVES (Relator): Não estou com o voto. Não me lembro das datas certas.

O SR. MINISTRO CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO: Mas é expresso o comando do art. 511.

O SR. MINISTRO NILSON NAVES (Relator): Pois é, Sr. Ministro, mas essa é a idéia que estou defendendo na Corte Especial.

O SR. MINISTRO EDUARDO RIBEIRO: Então, é necessário conferir esse precedente.

O SR. MINISTRO COSTA LEITE: Mas, Sr. Ministro Eduardo Ribeiro, antes de qualquer coisa, não seria importante definirmos aqui a requisição desses autos principais, se o Sr. Ministro-Relator concordar?

O SR. MINISTRO EDUARDO RIBEIRO: Sim, poderíamos requisitar.

O SR. MINISTRO COSTA LEITE: É importante saber se houve o preparo ou não é, tendo havido, se se observou a simultaneidade.

O SR. MINISTRO EDUARDO RIBEIRO: V. Exa. sabe como lutei contra todas essas normas rígidas e fiquei sempre vencido.

O SR. MINISTRO COSTA LEITE: Então, V. Exa. concorda que se requisitem os autos, Sr. Ministro-Relator?

O SR. MINISTRO NILSON NAVES (Relator): Sim, concordo.

O SR. MINISTRO COSTA LEITE: Se. V. Exa. concorda, proclamo a decisão, convertendo o julgamento em diligência, para a requisição dos autos principais.

VOTO

O SR. MINISTRO EDUARDO RIBEIRO: Sr. Presidente, por muitas vezes já manifestei minha profunda má vontade em relação a esses óbices, que qualifico de periféricos, tendentes a impedir o exame de fundo da questão. Tenho sempre ficado vencido, entretanto.

O Tribunal adotou critério rigoroso, no que diz com a aplicação do art. 511 do Código de Processo Civil.

O SR. MINISTRO NILSON NAVES (Relator) (Aparte): Sr. Presidente, não parece que a Corte Especial se pronunciou a propósito de recursos ordinários? A saber, do preparo na origem, de recursos que lhe são afetos. Aqui, cuida-se do especial.

O SR. MINISTRO EDUARDO RIBEIRO: O eminente Ministro-Relator sugere uma distinção. Entende S. Exa. que como o recurso especial, além daqueles pressupostos genéricos próprios de todos os recursos, apresenta outros específicos, que freqüentemente dificultam sua admissibilidade, o preparo só haveria de ser feito após a decisão que o admitisse, sendo então intimada a parte.

A tese é simpática, mas não tem amparo na lei que não estabeleceu distinções. O que se tem de criar, em relação a todos os recursos, é um mecanismo para devolver essas custas que sejam depositadas para um porte que não haverá.

Peço vênia ao eminente Ministro-Relator para reconhecer a deserção. No mérito, também pediria vênia, para não acompanhá-lo porque a jurisprudência desta Turma é no sentido de que, quando há impugnação e nos limites da impugnação, são devidos os honorários.

VOTO

O SR. MINISTRO WALDEMAR ZVEITER: Sr. Presidente, lamento, mas esta matéria tem sido bastante discutida tanto nesta Turma, com relação ao mérito, quanto na Corte Especial, já por mais de uma vez, referente à preliminar.

Penso que o eminente Relator tem fundadas razões para insistir na tese que sustenta aqui e que já havia sustentado na Corte Especial, mas não podemos oscilar com a jurisprudência a esse ponto. A Corte já apreciou a matéria. Assim, parece-me, que não poderemos levar insegurança às instâncias ordinárias se, vez por outra, em face de alguma circunstância peculiar, como a que S. Exa. citou, tivéssemos que mudar a jurisprudência, quando é sabido que o artigo é de conceituação genérica no que pertine ao recolhimento das custas de porte e de retorno, sem distinção.

De sorte que peço vênia ao Sr. Ministro-Relator para acompanhar o voto do Sr. Ministro Eduardo Ribeiro.

VOTO

O SR. MINISTRO CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO: Srs. Ministros, todos já conhecem meu pensamento. Fui Relator na Corte Especial. Entendo, também, que não há distinção, nem a lei a faz.

Acompanho o eminente Ministro *Eduardo Ribeiro* na sua divergência.

RECURSO ESPECIAL Nº 146.436 – RJ

(Registro nº 97.0061184-1)

Relator: Ministro Ari Pargendler

Recorrente: Antônio Macilon Barreto

Advogado: Abelardo Fontes Baldez Filho
Recorrida: Caixa Econômica Federal – CEF
Advogados: Maria Lúcia Candiota da Silva e outros

EMENTA: Civil – Loteca do certo e do errado.

O direito do apostador se limita ao que está contido no título ao portador, nada importando que possa ter sido confundido por informações imprecisas de concursos anteriores, já corrigidas por ocasião de sua aposta. Recurso especial não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do recurso especial. Participaram do julgamento os Srs. Ministros Carlos Alberto Menezes Direito, Nilson Naves, Eduardo Ribeiro e Waldemar Zveiter.

Brasília-DF, 14 de setembro de 1999 (data do julgamento).

Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, Presidente.

Ministro ARI PARGENDLER, Relator.

Publicado no DJ de 25.10.1999.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO ARI PARGENDLER: Antônio Macilon Barreto propôs ação ordinária contra a Caixa Econômica Federal, para “ser-lhe reconhecido o direito de vencedor na *Loteca* do concurso nº 11, dos dias 7 e 08.09.1991 – parte do *errado* – por haver feito os 14 pontos opostos aos resultados apurados” (fl. 4).

O MM. Juiz Federal Dr. Júlio Cezar Martins julgou improcedente a ação (fls. 69/71), sentença que foi mantida pela egrégia Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, Relator o eminente Juiz Celso Passos, à base da seguinte motivação:

“O autor se baseia na circunstância de que a alegada alteração das

regras da Loteca, no concernente ao empate nos jogos, não foi objeto de divulgação ampla, que chegasse ao conhecimento dos apostadores.

Ocorre, porém, que a sua aposta foi feita no concurso nº 11, em cujo verso do volante constava a necessidade de acertar os empates ocorridos, quando no volante do concurso 002 a regra era a de que o empate em qualquer jogo, se marcada a coluna do meio, valia como acerto, seja na faixa do Certo como na do Errado.

A verdade é que não foi feita uma ampla divulgação pela imprensa e os autos demonstram que da publicidade das regras do jogo constavam informações genéricas, afixadas, possivelmente, nas casas de apostas.

Mas verdade é também que no próprio verso do volante do concurso 11, ao qual concorreu o autor, ora apelante, já constava a regra relativa à obrigatoriedade de acertar os empates ocorridos.

Não deixa de ser deplorável que a publicidade da alteração não foi tão ampla como deveria ser, nem publicada como manda a Lei nº 8.078/1990.

Lamentavelmente o apelante não se deu conta do que constava no verso do volante, que utilizou em sua aposta. Ao manuseá-lo, tivesse ele atentado para a regra constante no verso do volante, verificaria que o concurso nº 11 tinha validade de 7 e 8 de setembro de 1991, ao passo que o concurso 002 datava de 6 a 11 de julho de 1991, muito anterior, portanto.

A infelicidade do autor reside no fato de que ao fazer sua aposta no concurso nº 11, baseou-se na regra constante da aposta 002 (muito anterior).

Assim, apesar dos reparos quanto à parca publicidade da alteração pretendida pelo autor, o fato é que ele utilizou regra antiga, superada, para fazer sua aposta.

Isto posto, vejo-me na contingência de negar provimento à apelação” (fls. 96/97).

Daí o presente recurso especial, interposto por Antônio Macilon Barreto, com base no artigo 105, inciso III, letra a, da Constituição Federal, por violação dos artigos 30, 36, 37, 46 e 47 do Código do Consumidor (fls. 106/107).

VOTO

O SR. MINISTRO ARI PARGENDLER (Relator): Os autos dão conta de que o 1º concurso da Loteca do Certo e do Errado foi apurado em 30 de junho de 1991 (fl. 35), sendo esta a regra:

“O empate, por não ter resultado oposto, vale tanto para a faixa do Certo quanto para a do Errado, portanto, na coluna do meio, ganha apenas quem a marcou” (fl. 34).

No “volante”, isso foi explicado do seguinte modo:

Na primeira faixa de premiação, a do Certo, os prognósticos do apostador deveriam conferir com os resultados apurados; na segunda faixa de premiação, a do Errado, os prognósticos do apostador deveriam ser opostos aos resultados apurados (fl. 8).

O empate é um resultado diferente do resultado certo e do errado, mas não lhes é oposto. Mas não haveria simetria entre as apostas do Certo e as do Errado, se o empate aproveitasse às apostas do Errado. Se fosse assim, o Errado teria duas chances de acerto, em cada aposta, contra uma no Certo.

Por isso a observação impressa no “volante”:

“Obs.: em caso de empate em qualquer jogo, a marcação da coluna do meio vale como acerto nas duas faixas a do Certo e a do Errado” (fl. 8v.).

A informação não era suficientemente clara, e por isso, no concurso nº 11, de que aqui se trata, o “volante” detalhou as regras do jogo, nestes termos:

“Atenção Apostador

A aposta que você faz concorre ao mesmo tempo na Loteria do Certo e na do Errado.

Para ganhar na Loteria do Certo é preciso acertar os resultados dos jogos.

Para ganhar na Loteria do Errado é preciso acertar os empates ocorridos e os perdedores dos jogos.

Quanto mais duplos e triplos você apostar, maior será sua chance de ganhar, tanto na Loteria do Certo quanto na do Errado.

A acumulação da premiação ocorre quando não se tem ganhador.

O prêmio da Loteria do Certo acumula para o Certo, e o prêmio da Loteria do Errado para o Errado” (fl. 9v.).

Em outras palavras, sem que as regras do concurso tivessem sido alteradas, sua comunicação ao público foi aperfeiçoada.

A hipótese **sub judice** se reporta à aposta relativa ao concurso nº 11, realizado depois da modificação, mas o autor sustenta que essa alteração deveria ter sido objeto de ampla publicidade nos termos dos artigos 30, 36 e 37 do Código do Consumidor.

Sem razão.

Prevalece, em se tratando de loteria, o que consta do título ao portador.

Quando juiz do egrégio Tribunal Regional Federal da 4ª Região, tive ocasião de enfatizar esse princípio, valendo transcrever parte do voto que proferi então:

“Há dois fatos incontrovertidos nestes autos: um, o de que o cartão de aposta se refere ao concurso nº 74; outro, o de que efetivamente só participou do concurso nº 75.

A questão decorre de um terceiro fato, este não esclarecido, qual seja, o da data em que a aposta foi feita. Se isso se deu no prazo do concurso nº 74, fica evidente o erro de quem deixou de processá-la e de acusar o erro antes do sorteio. Se ocorreu fora dele, a má-fé do apostador, por ter ajuizado esta ação, se torna evidente. No primeiro caso, o cartão de aposta é título hábil para a reclamação do prêmio; no segundo, não.

À míngua desse elemento, a lide deve ser resolvida a modo de que se preserve a credibilidade da loteria de números, toda ela consolidada à base de um título ao portador. ‘Sempre que nos referimos à loteria’ – escreveu **Pontes de Miranda** – ‘tratamos somente do bilhete ao portador, que é hoje quase o único usado, sem os caracteres do contrato de loteria, pois constitui a figura do título ao portador’ (Tratado de Direito Privado, Editor Borsoi, Rio de Janeiro, 1971, Tomo XXXII, p. 440).

Na espécie, esse título ao portador diz respeito ao concurso nº 74. Pela ordem natural das coisas, é suficiente para a reclamação do direito que nele se contém. O fato de que a aposta só foi processada no

concurso nº 75 é, no que concerne ao apostador, **res inter alios**. Ou, tecnicamente, objeto de relação jurídica subjacente, entretida pelo empreendedor da loteria e os que exploram a venda dos correspondentes títulos ao portador.

O cartão de apostas, portanto, é autônomo, no sentido de que – não excluído atempadamente do concurso por quem faz por organizá-lo – gera os efeitos que lhe são próprios” (RTRF, 4ª Reg. nº 7, pp. 264/265).

A solução poderia ser diferente, se tivesse ocorrido a alteração das regras do concurso.

Registre-se que os artigos 46 e 47 do Código do Consumidor são impertinentes à espécie, na medida em que o título adquirido pelo autor não tem os defeitos que ele atribui o “volante” que instruíu o concurso nº 2.

Voto, por isso, no sentido de não conhecer do recurso especial.

VOTO

O SR. MINISTRO CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO: Srs. Ministros, acompanho o voto do eminente Ministro-Relator. O que o autor da ação deseja é uma apontada violação ao Código de Defesa do Consumidor, entendendo que deveria ter sido publicada a pretensa alteração, pelo menos por três vezes, em um jornal de grande tiragem e no órgão oficial. É evidente que, nessa matéria, não tem nenhum fundamento esse tipo de pretensão, e, por outro lado, o acórdão recorrido do Tribunal Regional Federal da 2ª Região pôs muito bem a questão no sentido de que pretende o autor utilizar-se de uma instrução contida em concurso lotérico muito anterior, sendo certo e indiscutível que, no concurso em que a aposta foi feita, não havia qualquer tergiversação quanto à instrução necessária para o preenchimento do boleto.

Por essas razões também não conheço do recurso especial.

RECURSO ESPECIAL Nº 159.833 – RS

(Registro nº 97.0092074-7)

Relator: Ministro Nilson Naves

Recorrente: Ferticruz Comércio e Representações Ltda

Advogado: Elton Altair Costa
Recorridos: Rogélio Rubin Stefanello e outro
Advogados: Pedro Gomes Nunes e outro

EMENTA: Arrematação – Credor – Código de Processo Civil, art. 690, § 2º.

De acordo com a orientação da Segunda Seção do STJ, (I) “Pode o credor-exequente, ainda que sem concorrência, arrematar o bem penhorado por valor inferior ao da avaliação” (REsp nº 10.294, DJ de 02.09.1991), (II) “É lícito ao credor participar do leilão, como qualquer outra pessoa que não esteja arrolada entre as exceções previstas no § 1º do artigo 690” (REsp nº 184.717, DJ de 01.03.1999), (III) “Também ao credor é admitido dar lance, podendo arrematar o bem por valor inferior ao da avaliação” (REsp nº 153.770, sessão de 01.12.1998). Em tal hipótese, não se exige que “haja competição entre licitantes”. Recurso especial conhecido pela alínea c e provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do recurso especial e lhe dar provimento. Participaram do julgamento os Srs. Ministros Eduardo Ribeiro, Waldemar Zveiter, Ari Pargendler e Carlos Alberto Menezes Direito.

Brasília-DF, 24 de maio de 1999 (data do julgamento).

Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, Presidente.

Ministro NILSON NAVES, Relator.

Publicado no DJ de 13.09.1999.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO NILSON NAVES: Tomo por relatório o despacho do Presidente Alcindo Gomes Bittencourt, nos termos seguintes:

“Ferticruz Comércio e Representação Ltda interpõe recurso especial, fundamentado no artigo 105, inciso III, letras a e c, da Constituição Federal, contra decisão assim ementada:

‘Processo Civil. Execução. Leilão. Ausência de licitantes. Credor. Arrematação. Preço inferior ao da avaliação.

Inviabilizada a competição, no segundo leilão, pela ausência de licitantes, é nula a arrematação mediante lance do credor inferior ao preço da avaliação. Hipótese em que a oferta do credor está limitada à avaliação. Inteligência dos artigos 714 e 620 do Código de Processo Civil.

Apelação provida.

Recurso adesivo desprovido’ (fl. 79).

Alega o recorrente em síntese:

a) violação ao artigo 535, I e II, do Código de Processo Civil, eis que o acórdão recorrido rejeitou os embargos declaratórios que visava corrigir vícios de procedimento, não sendo, assim, entregue a prestação jurisdicional;

b) negativa de vigência aos arts. 125, I, 130, 131, 302, I, 333 e 364 do Código de Processo Civil, pois desconstituída a arrematação partindo do pressuposto de que somente compareceu a embargante ao leilão, sem que este fato estivesse comprovado nos autos;

c) contrariedade ao artigo 6º do Código de Processo Civil, pois a nulidade da arrematação não pode aproveitar o bem pertencente ao recorrido Josemar, considerando que o mesmo não é parte neste processo;

d) violação ao artigo 17 do Código de Processo Civil, ao não ter sido condenado o recorrido Rogélio nas penas da litigância de má-fé, pois o mesmo ‘deturpou o teor de dispositivos de lei ou citação doutrinária e de documento de fl. 356, para confundir...’ (*sic*);

e) inaplicabilidade dos artigos 714 e 620 do Código de Processo Civil, pois referem-se à adjudicação, não se prestando para nulificar arrematação;

f) negativa de vigência aos artigos 690, § 2º, e 686, VI, do Código de Processo Civil, porquanto o julgado atacado, deixou de aplicá-las, não permitindo ao credor exequente de arrematar o bem imóvel

por valor inferior ao da avaliação, sem estabelecer como pressuposto para arrematar a suposta concorrência de licitantes.

Aduz, também, divergência jurisprudencial.

Os artigos 690, § 2º, e 686, VI, do Código de Processo Civil não foram objeto de exame pelo aresto recorrido, faltando, pois, o requisito do prequestionamento. (Súmulas nºs 282 e 356 do Supremo Tribunal Federal).

Os embargos de declaração têm os seus contornos definidos no art. 535 do Código de Processo Civil, prestando-se para expungir do julgamento obscuridades ou contradições, ou ainda para suprir omissão sobre ponto acerca do qual impunha-se pronunciamento pelo Tribunal, que não é o caso. A intenção do embargante era discutir sua inconformidade com o julgamento do mérito de demanda.

Portanto, não se comprova a argüida infringência ao artigo 535 do Código de Processo Civil.

Inocorre a apontada contrariedade aos artigos 125, I, 130, 131, 302, I, 333 e 364 do Código de Processo Civil no que diz respeito à prova de ausência de licitantes, pois tal pretensão encontra óbice na Súmula nº 7 do Superior Tribunal de Justiça, uma vez que a egrégia Câmara entendeu como verdadeiros fatos não impugnados.

Refere o acórdão dos embargos declaratórios:

‘Não obstante tenham os embargos à arrematação sido opostos apenas por um dos executados, a decisão que desconstitui a arrematação aproveita ao co-devedor, porquanto se trata de ato jurídico nulo cujo fundamento não diz respeito apenas ao devedor que embargou. Em função disto, descabe a ressalva pretendida no sentido de que seja mantida a alienação da fração pertencente a Josemar Rubin Stefanello’ (fl. 98).

Nesse passo não se vislumbra infringência à norma contida no artigo 6º do Código de Processo Civil.

Da mesma forma, não assiste razão ao recorrente no tocante ao artigo 17 do Código de Processo Civil, eis que o julgado atacado não comprovou a conduta tipificada no referido dispositivo para caracterização do pedido de litigância de má-fé.

Ao contrário do que sustenta o recorrente, aplicáveis as disposições dos artigos 620 e 714 do Código de Processo Civil, pois inviabilizada a praça por ausência de licitante, o credor não pode arrematar o imóvel por preço inferior ao da avaliação.

Quanto ao dissídio jurisprudencial, assiste razão ao recorrente, porquanto as decisões paradigmas lavram dissídio com o aresto recorrido, pois sustentam que pode o credor-exeqüente, ainda que sem concorrência, arrematar o bem penhorado por valor inferior ao da avaliação.

Isso posto, admito o recurso.”

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO NILSON NAVES (Relator): Segundo a sentença, não estava o credor impedido “de arrematar o bem na segunda praça por preço inferior ao constante no edital”. Valeu-se o juiz da lição de **Humberto Theodoro**, que se reporta à seguinte orientação jurisprudencial: “fixou o entendimento de que não há discriminação legal contra o exeqüente, que, também pode perfeitamente, em pé de igualdade com os demais pretendentes, licitar abaixo do preço da avaliação, no segundo leilão ou segunda praça”.

O acórdão, porém, reformou a sentença, compreendendo que “Pressuposto para a arrematação pelo credor por valor inferior ao da avaliação é a de que, efetivamente, haja competição entre licitantes”. Valeu-se da lição de **Arakem de Assis**, para quem “Ausente qualquer pretendente e frustrado o certame, então o credor pagará o preço da avaliação”. E concluiu o acórdão deste modo: “No caso, segundo se lê do item 12 da inicial, no segundo leilão apenas compareceu a apelada. De sorte que não poderia ter arrematado o imóvel por preço inferior ao da avaliação, sendo irrelevante que não tenha se configurado no caso a alienação por preço vil. Por isso, inválida a alienação”.

Nas razões do pedido de reforma, lembra a recorrente, e em tal aspecto, na origem, admitiu-se o recurso, que existem julgados do Superior Tribunal no sentido de que “Pode o credor-exeqüente, ainda que sem concorrência, arrematar o bem penhorado por valor inferior ao da avaliação” (REsp nº 10.294, DJ de 02.09.1991, Ministro Cláudio Santos).

Tomado nesta Turma, ementei dessa maneira o REsp nº 153.770: “Arrematação. Credor. Também ao credor é admitido dar lanço, podendo arrematar o bem por valor inferior ao da avaliação. Precedentes da Segunda Seção do STJ: REsps nºs 10.294, 42.251, 93.597 e 147.347. 2. Preço vil. Caso em que não era de se rejeitar o lanço, não se tratando, em face de peculiaridade, de preço irrisório ou vil. 3. Recurso especial não conhecido” (sessão de 01.12.1998). Disse o seguinte em meu voto, nessas passagens:

“Em tal aspecto, bem que o acórdão mereceria embargos, com a finalidade de esclarecimentos quanto ao modo como terminou a praça, com ou sem lançadores. À minguia dos declaratórios (Súmulas nºs 282 e 356-STF), ao que cuida há de vingar a base segundo a qual houve outros licitantes (Súmula nº 7-STJ). Mas, prosseguindo no voto, o Relator designado lembrou-se de que o Superior Tribunal, por esta Terceira Turma, já decidira que ‘Pode o credor-exequente, ainda que sem concorrência, arrematar o bem penhorado por valor inferior ao da avaliação’ (REsp nº 10.294, Ministro Cláudio Santos, DJ de 02.09.1991). Foi neste aspecto que se formou a maioria, como se observa do voto do Desembargador Costa Manso, **verbis**:

‘O voto do eminente 3º juiz, dando provimento ao recurso, trouxe fundamento que, por sua relevância, obrigou-me a solicitar retirada de pauta deste agravo. Examinando-o (o eminente 3º juiz gentilmente ofertou-me cópia do voto que proferira) convenci-me da justeza do provimento do agravo. Com efeito, embora se entenda não tenha havido licitante outro – a hipótese contrária, mesmo plausível, não me convenceu – cabível é a invocação do precedente originário do colendo Superior Tribunal de Justiça, lembrado naquele voto, admitindo a arrematação, por valor inferior ao da avaliação, pelo credor-exequente ainda que sem concorrência. Esse precedente, conjugado com as peculiaridades do caso ora em exame, bem assinalados pelo eminente 3º juiz, levam-me à conclusão de que a solução apontada por Sua Exa. é a melhor.’

Daí, ainda que não venham a pêlo os enunciados lembrados linhas atrás, como as Súmulas nºs 282, 356-STF e 7-STJ, há, nesta Turma, outros julgados no mesmo sentido do REsp nº 10.294, a que se remeteu o acórdão recorrido, por exemplo, ‘Pode o credor-exequente,

ainda que sem concordância, arrematar o bem penhorado por valor inferior ao da avaliação' (AgRg no Ag nº 73.737, Ministro Cláudio Santos, DJ de 09.10.1995). Nessa linha, o REsp nº 42.251, DJ de 27.06.1994, Ministro Waldemar Zveiter, louvando-se exatamente no REsp nº 10.294. Igualmente, os REsps nºs 93.597, DJ de 08.06.1998, Ministro Eduardo Ribeiro e 147.347, DJ de 29.06.1998, Ministro Ruy Rosado de Aguiar.”

No caso, não se trata de preço vil, conforme adiantou o acórdão. Veja-se a sentença, neste tópico: “Por outro lado, não há que se falar, no caso, em preço vil, uma vez que o imóvel foi arrematado por valor equivalente a aproximadamente 80% da avaliação”.

Pelo dissídio, conheço do recurso e lhe dou provimento, para restabelecer a sentença.

RECURSO ESPECIAL Nº 164.128 – RJ

(Registro nº 98.009997-2)

Relator: Ministro Carlos Alberto Menezes Direito
Recorrente: Antônio Djaci dos Santos
Advogados: Carlos Alberto Dolezel Trindade e outros
Recorrida: BCN Seguradora S/A
Advogados: Liônio Ramos de Carvalho Júnior e outros

EMENTA: Seguro de automóvel – Ação intentada pelo antigo proprietário para receber a indenização pelo furto ocorrido após a venda – Código de Defesa do Consumidor – Art. 1.463 do Código Civil.

1. Não é abusiva nem iníqua a cláusula que prescreve a comunicação da transferência da apólice para o adquirente do bem, sob pena de isentar a seguradora da responsabilidade (art. 1.463 do Código Civil).

2. O antigo proprietário, mesmo admitida a transferência automática da apólice, não pode ingressar em Juízo para reclamar a indenização pelo furto ocorrido após a venda.

3. Recurso especial não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do recurso especial. Participaram do julgamento os Srs. Ministros Nilson Naves, Eduardo Ribeiro, Waldemar Zveiter e Ari Pargendler.

Brasília-DF, 19 de agosto de 1999 (data do julgamento).

Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, Presidente e Relator.

Publicado no DJ de 18.10.1999.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO: Antônio Djaci dos Santos interpõe recurso especial, com fundamento nas alíneas **a** e **c** do permissivo constitucional, contra acórdão proferido pela Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, assim ementado:

“Seguro. Venda do veículo objeto do seguro. Comunicação. Falta. Furto. Indenização.

Alienado que tenha sido o veículo objeto do seguro, não realizada a transferência ao novo adquirente, sequer comunicado à seguradora, não dispõe o primitivo e nem este face àquela, de ação com vistas a postular a indenização pelo sinistro ocorrido, com o furto do referido veículo. É que a venda do veículo, não importa em cessão do contrato e substituição do segurado originário, por ausente a comunicação do fato e o expresse consentimento da seguradora, por se revestir o contrato de caráter pessoal.” (fl. 100).

Sustenta o recorrente que o Tribunal **a quo** negou vigência aos artigos 51, inciso IV, e 54, § 4º, do Código de Defesa do Consumidor, quando decidiu que estes artigos não são aplicáveis à espécie e que a cláusula que veda a transferência não é abusiva. Alega que não há nos autos nenhuma prova da venda do veículo e que, caso tivesse ocorrido, o seguro deveria acompanhar a coisa segurada, como seu acessório, desde que a venda não importasse em agravamento do risco da seguradora.

Foram oferecidas contra-razões (fls. 125 a 132) e o recurso especial foi admitido (fls. 134 a 137).

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO (Relator): O recorrente ajuizou ordinária de cobrança da indenização devida em razão de contrato de seguro, alegando a seguradora que o segurado alienou o veículo sem levar o fato ao seu conhecimento, isentando-a, assim, da responsabilidade, conforme os termos contratuais. A sentença aplicou o art. 54, § 4º, do Código de Defesa do Consumidor para julgar procedente o pedido. O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro deu provimento ao recurso, considerando a alienação sem a transferência da apólice ao adquirente. No caso, o veículo foi furtado já em posse do adquirente, não havendo, portanto, fundamento algum para o primitivo proprietário reclamar o seguro. Para o acórdão recorrido, a cláusula que veda a transferência automática está em consonância com o parágrafo único do art. 1.463 do Código Civil.

O especial alega que o acórdão recorrido não considerou a inexistência nos autos de prova da venda do veículo, sendo certo que o recorrente é o proprietário do veículo. Assevera, ainda, que no “que respeita a negação de vigência da Lei Federal, a afirmação acolhida no acórdão guerreado, de que a cláusula 2ª das condições gerais, *não é abusiva*, contraria todo o entendimento jurisprudencial construído a partir da vigência do Código de Defesa do Consumidor (Lei Federal nº 8.078, de 11.09.1980). A hipótese se encaixaria como uma luva, *na hipótese de ter efetivamente ocorrido a venda*”. Finalmente, alega que não acarretando a venda agravamento do risco, o seguro deve acompanhar a coisa segurada, como seu acessório.

A questão sobre a venda do veículo não pode mais ser examinada no recurso especial. Se o ora recorrente considerou que o acórdão recorrido não desafiou a matéria deveria ter interposto os embargos de declaração. Afirmando o acórdão recorrido que a venda existiu, esta Corte, para concluir em sentido oposto, teria necessidade de verificar a prova dos autos, o que não é possível, a teor da Súmula nº 7 da Corte.

O especial alega negativa de vigência aos artigos 51, IV, e 54, § 4º, do Código de Defesa do Consumidor.

Não me parece que tenha havido a alegada negativa de vigência.

O acórdão recorrido afirmou que “vendido que seja o veículo e não se realizando a transferência do seguro ao novo proprietário, este não tem ação contra a seguradora para postular a indenização pelo sinistro ocorrido, decorrente de furto”. O acórdão, na verdade, considerou, ainda, que o art. 1.463, parágrafo único, do Código Civil autoriza a cláusula.

Neste feito, a ação foi ajuizada pelo antigo proprietário, não pelo adquirente. E essa base fática não pode ser alterada.

Há precedente desta Turma, Relator o Sr. Ministro Waldemar Zveiter, em que se assegura perdurar a responsabilidade da seguradora perante o novo adquirente (REsp nº 3.053-RJ, DJ de 17.09.1990). Mas, esse precedente não desafia a questão de ter sido a ação proposta pelo antigo proprietário, que insiste não ter havido a venda.

Com todo respeito, eu não enxergo iniquidade em cláusula contratual que estabelece deva ser a seguradora comunicada da transferência do titular do seguro. Mesmo porque é perfeitamente possível que ocorra a venda e o seguro que cobria o antigo veículo seja transferido para um novo veículo adquirido pelo vendedor. Assim, a exigência de comunicação não pode ser considerada abusiva, nem iníqua. É, na minha compreensão, necessária.

Por outro lado, se houve a venda e a transferência ocorreu, ficando a seguradora com a responsabilidade perante o novo adquirente, é evidente que o antigo proprietário não pode cobrar a indenização da seguradora pelo furto do veículo que pertence a um terceiro. Não seria razoável entender que o bem segurado foi vendido, admitida a transferência automática da apólice, e o antigo proprietário possa vir a Juízo reclamar a indenização decorrente de um seguro sobre um bem que já não mais pertence ao seu patrimônio.

Com essas razões, eu não conheço do especial.

RECURSO ESPECIAL Nº 164.672 – PR

(Registro nº 98.0011680-0)

Relator: Ministro Eduardo Ribeiro
Recorrente: Condomínio do Conjunto Comercial Barão de Tefé
Advogados: Juvenal Antônio da Vatz e outros

Recorrido: Waldemar Maran
Advogados: Voltaire Marensi e outros
Sustentação oral: Nadimir Kayser de Oliveira (pelo recorrente) e Voltaire Marensi (pelo recorrido)

EMENTA: Condomínio – Loja térrea – Despesas.

Do rateio das despesas de condomínio não pode resultar devarcar o condômino com aquelas que se refiram a serviços ou utilidades que, em virtude da própria configuração do edifício, não têm, para ele, qualquer préstimo.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do recurso especial, mas lhe negar provimento. Participaram do julgamento os Srs. Ministros Waldemar Zveiter, Ari Pargendler e Nilson Naves. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito.

Brasília-DF, 4 de novembro de 1999 (data do julgamento).

Ministro ARI PARGENDLER, Presidente.

Ministro EDUARDO RIBEIRO, Relator.

Publicado no DJ de 07.02.2000.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO EDUARDO RIBEIRO: Waldemar Maran, sob o argumento de que determinadas despesas feitas pelo condomínio não lhe eram úteis, tendo em vista o isolamento físico de suas unidades, ajuizou ação, pretendendo reduzir, proporcionalmente, o valor de taxa condominial.

Julgado improcedente o pedido, apelou o autor. O Tribunal de Alçada do Estado do Paraná, a quem o Tribunal de Justiça atribuiu competência para julgar o recurso, deu provimento à apelação, reformando a sentença. Esta a ementa do acórdão:

“Ação declaratória. Direito do condômino proprietário de loja

situada no térreo a ver excluída sua responsabilidade por despesas gerais, dos andares superiores. Admissibilidade. Carência de ação. Impossibilidade jurídica do pedido. Preliminar rejeitada.

Assiste ao condômino o direito de ver excluída sua responsabilidade por despesas gerais do prédio, das quais não aproveita, porque inerentes aos andares superiores do edifício, máxime quando, tratando-se de loja situada no andar térreo, não há sequer comunicação com as áreas comuns aos demais condôminos.

Outrossim, não há que se falar em impossibilidade jurídica do pedido, vez que a redução das taxas, a cargo do recorrente, não implica em invalidar a convenção condominial efetivada.

Desprovimento ao agravo retido e provimento ao apelo.”

Opostos embargos de declaração, foram rejeitados, acrescentando-se que “não houve vulneração ao artigo 25 da Lei de Condomínio, uma vez que se a convenção pratica ato violador de direito adquirido, a parte interessada pode invocar prestação jurisdicional (...).”

Interpôs o réu, Condomínio do Conjunto Comercial Barão de Tefé, recursos especial e extraordinário. No primeiro, sustentou que violado o contido nos artigos 3^a, 9^a, **caput** e § 2^a, 12, **caput** e § 1^a e 25, parágrafo único, todos da Lei n^a 4.591/1964. Alegou que a convenção do condomínio, elaborada e aprovada nos termos daquela lei, estabeleceu a obrigatoriedade de todos os condôminos concorrerem ao rateio das despesas, na proporção de suas respectivas frações ideais do terreno. Afirmou, ainda, que, conforme o disposto no parágrafo único do artigo 25 da norma em discussão, a convenção só poderia ser alterada por assembléia geral e extraordinária e não por decisão judicial.

Apontou dissídio com acórdãos do Supremo Tribunal Federal e do Tribunal de Alçada do Estado do Rio de Janeiro e requereu, sucessivamente, fosse provido o agravo retido, reconhecendo-se a impossibilidade jurídica do pedido, ou restabelecida a sentença.

Contra-arrazoado, foi o recurso admitido, vindo os autos a esta Corte. É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO EDUARDO RIBEIRO (Relator): Trata-se de matéria que, de há muito, vem sendo objeto de exame pela doutrina e jurisprudência, uma e outra se inclinando, em grande maioria, e já desde o direito

anterior, pela tese que encontrou acolhida no acórdão. Assim, **Pontes de Miranda** (Tratado de Direito Predial, Konfino, 1947, v. II, p. 187), **Carlos Maximiliano** (Condomínio, Freitas Bastos, 1944, p. 199), **Caio Mário** (Condomínio e Incorporações, Forense, 1993, p. 143), **Campos Batalha** (Loteamentos e Condomínios, Max Limonad, 1953, t. II, p. 150), **Nascimento Franco** (Condomínio, RT, 2ª ed., p. 206), **Marco Aurélio S. Viana** (Manual do Condomínio e das Incorporações Imobiliárias, Saraiva, 1980, p. 16). Das pesquisas que me foi dado efetuar só encontrei, em contrário, a opinião de **Roberto Barcellos de Magalhães** (Teoria e Prática do Condomínio, Liber Juris, 3ª ed., p. 113).

Deste Tribunal, também adotando a mesma orientação do julgado recorrido, decisão desta Terceira Turma (REsp nº 61.141, DJ de 04.09.1996, Rel. Min. Waldemar Zveiter).

Tenho como certo que esse entendimento merece ser mantido. A interpretação do artigo 12 da Lei nº 4.591/1964 há de ter em conta os princípios gerais do direito. Especificamente para a espécie, o que veda enriquecimento sem causa. A aplicação, em termos literais, do que se contém naquele dispositivo poderia conduzir a conclusão contrária à que se expõe. Não se espera, entretanto, que os tribunais se limitem a entender o texto da lei, tal como se apresente isoladamente e em sua expressão literal. Cumpre seja compreendido no contexto em que se encontra, atendidos os princípios que informam o ordenamento onde inserido.

Examinar-se teleologicamente a norma é o melhor procedimento para buscar-lhe o sentido e tenho como certo que a razão de ser dos dispositivos em discussão não é a de proporcionar o enriquecimento sem causa.

Cumpre se coloque em relevo que a disposição do artigo 5ª da Lei de Introdução ao Código Civil não haverá de ser tomada como simples sugestão ao juiz. Bem ao contrário, trata-se de determinação legal, com a mesma força de qualquer outra e que haverá de informar as decisões. Se o julgador houvesse de limitar-se à leitura de um artigo de lei, para aplicá-lo em sua literalidade, de escassa ou nenhuma valia seria aquela disposição.

Não se deverá exigir que determinado condômino arque com o pagamento de despesas relativas a utilidades ou serviços que não têm, para ele, qualquer serventia, não porque deles não queira utilizar-se, mas em virtude da própria configuração do edifício. É o que sucede com os elevadores, em relação à loja situada no andar térreo.

Não se trata aqui, observe-se, de renúncia a direitos que, para esse efeito, não releva (art. 12, § 5ª). Cuida-se de o serviço carecer, objetivamente, de qualquer préstimo para o proprietário de determinada unidade.

Consigno, ainda, que a doutrina, de modo geral, ressalva a possibilidade de a cobrança ser obrigatória, se assim dispuser, expressamente, a convenção de condomínio. Mesmo em tal hipótese tenho como passível de dúvida essa obrigatoriedade, estando a depender do caso concreto. Se o condômino manifestou seu dissenso, não me parece que a maioria possa impor-lhe deva suportar despesa que só aos demais interessa. De qualquer sorte, não corresponde a essa ressalva, geralmente aceita, a simples reprodução do que consta da lei, como ocorre com a cláusula 31 da convenção em exame.

Conheço do recurso, pois demonstrado o dissídio, mas nego-lhe provimento.

RECURSO ESPECIAL Nº 167.222 – MG

(Registro nº 98.0017917-8)

Relator: Ministro Carlos Alberto Menezes Direito

Recorrente: Kevia Siderurgia Ltda

Advogados: José Anchieta da Silva e outros

Recorrido: Toalheiro Brasil Ltda

Advogados: Franklin Higino Caldeira e outro

EMENTA: Ação monitória – Duplicata de prestação de serviço sem aceite – Ausência de documento comprovando o recebimento do serviço.

1. Afirmando o acórdão recorrido que, no caso, não há documento comprovando o recebimento dos serviços, e admitindo a jurisprudência da Corte que a duplicata sem aceite é título executivo se acompanhado de tal documento, não é possível impedir o autor de exercer o seu direito de credor pela via da ação monitória.

2. Recurso especial não conhecido.

ACÓRDÃO

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

Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do recurso especial. Participaram do julgamento os Srs. Ministros Nilson Naves, Eduardo Ribeiro, Waldemar Zveiter e Ari Pargendler.

Brasília-DF, 16 de agosto de 1999 (data do julgamento).

Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, Presidente e Relator.

Publicado no DJ de 04.10.1999.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO: Kevia Siderurgia Ltda interpõe recurso especial com fundamento na alínea a do permissivo constitucional, contra acórdão da Quinta Câmara Cível do Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais, que deu provimento à apelação para cassar a sentença e determinou que outra fosse proferida, com enfrentamento do mérito. Utilizou, para assim decidir, a seguinte argumentação:

“(…)

Em suas razões recursais, a apelante alega que os documentos que embasam a inicial, contrato de prestação de serviços, notas fiscais e duplicatas protestadas por falta de aceite e pagamento não constituem título executivo, porque não acompanham a inicial os comprovantes de entrega dos serviços pertinentes às notas fiscais e conseqüentes duplicatas. Deste modo, não restava à apelante outro caminho que não o da propositura da presente ação monitória, de vez que não possuía título executivo.

.....
Ainda que se considere, para efeito de raciocínio, que a apelante possuísse títulos executivos representativos do valor cobrado por meio da presente ação monitória nada impede o seu manuseio.

O simples fato de um título ser executivo não lhe retira característica de prova escrita. Se o autor abre mão da força executiva do título que tem em seu poder, propondo uma ação monitória ou de conhecimento, isto não traz nenhum prejuízo ao demandado, antes pelo

contrário, pois ele obtém dilação dos prazos para se opor aos procedimentos, não tem necessidade de garantir o juízo e pode, inclusive, deixar de arcar com custas processuais e honorários de advogado.

Ora, se o autor possui um título executivo e escolhe intentar seu recebimento por meio diverso da execução, como no caso em tela, por entendê-lo mais seguro em razão das características do título, nada impede que ele abra mão da executividade do mesmo, inclusive beneficiando a parte contrária.” (fls. 92/93).

Sustenta a recorrente contrariedade aos artigos 1.102, alínea a, do Código de Processo Civil e 75 do Código Civil, eis que o pedido posto nos autos não se presta ao tipo de procedimento escolhido, da ação monitória, que pressupõe a existência de “prova escrita *sem eficácia de título executivo*” (fl. 104). A recorrida possui títulos aptos a instruir a ação de execução, não podendo, portanto, dispor do procedimento monitório. Argumenta:

“... o procedimento que está à sua disposição, é a execução. Trata-se, aliás, de corolário do princípio de que a cada direito corresponde uma ação, princípio este estatuído no artigo 75 do Código Civil, também violado, por consequência, pelo acórdão recorrido.” (fl. 104).

Oferecidas contra-razões (fls. 111 a 115), foi o recurso especial admitido (fls. 117/118).

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO (Relator): A empresa recorrida ajuizou ação monitória, julgado extinto o processo, sem julgamento de mérito, reformada a sentença pelo Tribunal de Alçada de Minas Gerais. O acórdão recorrido entendeu que possuindo o autor um título executivo e escolhendo recebê-lo por meio outro que não a execução, porque mais seguro em razão das características do título, nada impede que tal ocorra, acrescentando:

“Todos sabem que às vezes não é fácil, no exercício da prestação de serviços, que se obtenha, do tomador deles, uma declaração de que os serviços foram regularmente prestados e, em tais situações, como

a dos presentes autos, em que não há documento de recebimento de serviço. Muito natural e até mesmo aconselhável que a parte se valesse da ação monitória que foi criada justamente para suprir essa lacuna em nosso ordenamento processual.”

Tenho por acertada a conclusão do julgado recorrido diante da realidade dos autos.

Pouco importa que a fundamentação do acórdão recorrido tenha considerado que a “discussão acerca da executividade dos títulos carreados aos autos é despicienda, de vez que a autora, ao intentar a ação monitória para receber os valores ali consignados, abriu mão da executibilidade que eles porventura possuísem”. O certo é que o acórdão recorrido levou em conta, ainda, a realidade dos autos.

A nossa jurisprudência considera que é suficiente para a caracterização do título executivo de duplicatas não aceitas a prova da entrega da mercadoria ou da execução do serviço (REsp nº 2.340-PE, Relator o Sr. Ministro Eduardo Ribeiro, DJ de 14.03.1994; REsp nº 30.700-TO, Relator o Sr. Ministro Waldemar Zveiter, DJ de 05.04.1993).

No presente caso, o acórdão recorrido considerou, analisando a prova dos autos, que não há documento de recebimento de serviço, desqualificando, desse modo, a natureza executiva do título. Perdendo o título a sua configuração executiva, não é possível retirar do credor a possibilidade de utilização da ação monitória.

Eu não conheço do especial.

RECURSO ESPECIAL Nº 178.321 – SP

(Registro nº 98.0044108-5)

Relator: Ministro Waldemar Zveiter
Recorrente: Fazoli Turismo Ltda
Advogados: Marco Antônio Fanucchi e outros
Recorrido: Transportes Unimaris Turismo Ltda
Advogados: Cornélio de Andrade Noronha e outros

EMENTA: Ação rescisória – Rescisão contratual c.c. reintegração de posse – Revelia – Ausência de contestação – Inexistência de violação a literal disposição de lei – Erro de fato inexistente – Recurso não conhecido.

I – A revelia da parte-ré não a impede de propor ação rescisória, na qual, contudo, não lhe será possível pretender demonstrar serem inverídicos os fatos alegados pela parte autora da precedente ação e tomados como verdadeiros pelo juiz por força do disposto no art. 319 do estatuto processual. Inviável, em outras palavras, utilizar a rescisória como sucedâneo de contestação.

II – Se a ré limita-se a peticionar para informar um acordo e pedir a extinção do processo, transação essa não comprovada e tida por inexistente, não ofende o art. 319 o decreto de revelia, eis que não houve contestação propriamente dita.

III – Na rescisória fundada no inciso IX, não há confundir erro do juiz, admitindo a inexistência do ajuste entre as partes, com a errônea interpretação do fato, que diz com a justiça ou injustiça da decisão, que não podem ser averiguados nesta ação.

IV – Recurso especial não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do recurso especial. Participaram do julgamento os Srs. Ministros Ari Pargendler, Carlos Alberto Menezes Direito, Nilson Naves e Eduardo Ribeiro.

Brasília-DF, 30 de setembro de 1999 (data do julgamento).

Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, Presidente.

Ministro WALDEMAR ZVEITER, Relator.

Publicado no DJ de 17.12.1999.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO WALDEMAR ZVEITER: Cuidam os autos de ação

rescisória ajuizada por Fazoli Turismo Ltda visando desconstituir sentença proferida pelo MM. Juiz de Direito da Sétima Vara Cível da Comarca de Campinas-SP que declarou a revelia da ré e julgou procedente ação de rescisão contratual c.c. reintegração de posse movida por Transportes Unimaris Turismo Ltda contra a requerente.

Fundamentada nos incisos III, V e IX do art. 485 do CPC foi julgada improcedente por decisão unânime da Sexta Câmara de Direito Privado do colendo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, cujo acórdão restou assim ementado (fl. 220):

“Transação. Ato não verificado. Defesa com base nele rejeitada.

Não estando demonstrada a existência de transação, celebrada por instrumento público ou particular, descabe o seu reconhecimento em juízo.”

Opostos embargos declaratórios, foram rejeitados (fl. 235).

Inconformada, ainda, interpôs a requerente recurso especial, com fulcro na alínea **a** do permissivo constitucional, alegando violação aos artigos 485, V e IX, 319, 458 e 462 do CPC, além do art. 535 do CPC caso este colendo Tribunal entenda inexistente o questionamento dos dispositivos legais acima.

Sem contra-razões (fl. 253), o nobre 3^a Vice-Presidente do Tribunal **a quo** o admitiu, apenas, por eventual ofensa ao artigo 535 do CPC.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO WALDEMAR ZVEITER (Relator): O acórdão recorrido, apreciando a controvérsia, decidiu pela inexistência de qualquer dos pressupostos ensejadores da rescisória, aduzindo para tanto, **in verbis** (fls. 220/221):

“Pretende a autora a desconstituição de sentença proferida pelo juiz da Sétima Vara Cível de Campinas, alegando violação literal de disposição de lei, erro de fato e dolo da parte vencedora. Sustenta que, havendo celebrado transação com a ré, tal fato levaria à extinção da demanda originária.

Foi oferecida resposta pela ré, em que negou a ocorrência dos impedimentos argüidos (fls. 180/184).

Após a réplica (fls. 188/190), foi o processo saneado (fl. 196).

Lançadas razões finais pelas partes (fls. 199/203 e 206/208), manifestou-se a ilustrada Procuradoria Geral de Justiça pelo julgamento da improcedência da ação (fls. 210/215).

Busca a autora, nos autos em apenso, o seqüestro de bens, em risco de alienação. Denegada a liminar (fl. 99), apresentou defesa a requerida (fls. 106/111). Determinou-se o apensamento para julgamento conjunto (fl. 119v.).

Razão não assiste à autora.

Não incidiu o magistrado em erro de fato nem transgrediu dispositivo de lei ao julgar procedente a ação de rescisão contratual (fls. 91/92).

Com efeito, negou-se o juiz a homologar a transação (Código de Processo Civil, art. 269, III), pelo simples motivo de que nenhuma composição amigável existiu entre os litigantes.

O que houve, na verdade, foi mera notícia de possível acerto entre as interessadas, veiculada pela autora à guisa de defesa (fls. 75/76), sem que essa promessa de acordo, contudo, tivesse sido formalizada por escrito, conforme seria de rigor (Código Civil, art. 1.029). Nada se extrai do teor dos documentos anexados às fls. 75/84 que possa conduzir à idéia de transação consumada pelas partes, tudo não passando de pseudo-acordo, sem validade jurídica, segundo aduziu a ré na oportunidade própria (fl. 88). O cheque e os recibos constantes de fls. 82/84 e 120/132 não consubstanciam declaração ou reconhecimento de direitos por via transacional (Código Civil, art. 1.027).

‘Quanto à forma, exige-se, entre nós, que o contrato se conclua por escrito, quer a transação de direitos duvidosos, quer a de direitos litigiosos. Esta se faz, via de regra, por forma peculiar, que é o termo nos autos. A transação preventiva será contrato solene se versar sobre direitos cuja transmissão só se possa dar mediante escritura pública’ (**Orlando Gomes**, *Contratos*, 7ª edição, nº 374, p. 543).

Já se decidiu, a propósito, que ‘a transação é negócio jurídico solene, pois sua eficácia depende de forma prescrita em lei. Assim, sem

a juntada aos do instrumento da transação não pode o magistrado, com base em alegação da parte devedora e em depoimentos orais, considerar provado e cumprido o negócio extrajudicial' (R. 610/138). Destarte, 'não havendo convergência de vontade para a formação e aperfeiçoamento do negócio jurídico, não é lícito às partes uma transação contra a vontade uma delas' (JTJ, Lex 166/213).

Se o pretense acordo, portanto, 'não se ultimou' (fls. 211/214), limitando-se a então suplicada a 'alegar ter-se composto com a suplicante, fato por esta negado' (fl. 92), inócua foi a defesa apresentada na ação originária, o que propiciou a sentença ora rescindenda, antecipatória do julgamento da lide.

Vale observar que o ônus da prova da ocorrência da transação cabia à própria requerente (Código de Processo Civil, art. 333, II). Faltando essa prova no caso, ao juiz era dado conhecer diretamente do pedido e proferir desde logo a sentença (Código de Processo Civil, art. 330)."

Em sede de embargos declaratórios, respondendo à autora sobre as alegadas omissões na análise dos artigos 319, 462 e 458 do CPC, acrescentou o julgado (fl. 235):

"Nem a sentença rescindenda nem o acórdão embargado, com efeito, vislumbraram a ocorrência de transação ou novação no caso presente, pelos motivos cumpridamente expostos nos decisórios impugnados.

Ora, não reconhecida a existência de fato extintivo do direito da então autora (Código de Processo Civil, art. 333, II), solução inarredável teria de ser a incidência dos efeitos da revelia, uma vez que nenhuma outra objeção chegou a ser apresentada na 'defesa' (fls. 75/76).

Destarte, caem por terra as alegações quanto à possível infração dos preceitos dos artigos 462, 458 e 485, IX, do Código de Processo Civil, os quais não têm pertinência na espécie, em vista precisamente da inocuidade da contestação oferecida.

E o artigo 319 do mesmo estatuto foi corretamente aplicado porquanto, sem haver defesa hábil, os fatos afirmados pela autora reputar-se-iam verdadeiros.

Pelo exposto, ficam rejeitados os embargos declaratórios."

Segundo verifica-se dos autos, a autora da rescisória, no prazo de defesa da ação movida pela ora recorrida, limitou-se a peticionar em Juízo comunicando, unilateralmente, a realização de transação com a parte adversária e pediu a extinção do processo, com base no art. 269, III, do CPC.

Instada a manifestar-se sobre a petição, a então autora negou qualquer avença, insistindo que nenhum documento comprovava o noticiado, postulando, ainda, a decretação da revelia da empresa requerida, que não se opôs à pretensão, apenas informou um acordo inexistente.

O MM. Juiz acolhendo tal ponderação, decretou a revelia e julgou antecipadamente a lide pela sua procedência.

Transitada em julgado, a ré Fazoli Turismo Ltda propôs a presente rescisória fundamentada em dolo, violação a literal dispositivo legal e erro de fato (art. 485, III, V e IX, do CPC).

Naquela ocasião, bem como no recurso especial ora em análise, a requerente aduz que a r. sentença rescindenda violou literalmente os artigos 319, 462 e 458 do CPC, alegando, em síntese:

– se a parte trouxe ao conhecimento do juiz fato extintivo do direito da autora, qual seja a transação, não teria, naquele feito, que deduzir qualquer outra matéria em sua resposta, porque o fato, por si só, levaria à sua extinção e deveria ter sido considerado pelo **decisum**, segundo os termos do art. 462 do código instrumental, sendo tal obrigação do magistrado exigível mesmo no caso de revelia, porque esta não conduz necessariamente à procedência da demanda;

– jamais poderia ter sido reconhecida a revelia naquele processo, de sorte que está violado o art. 319 do CPC, posto que não silente a recorrente;

– se ausente transação (como admitido no acórdão recorrido), ao menos a novação estaria presente, afastada a mora e se nem isto quis S. Exa., o julgador monocrático reconhecer, ao menos deveria ouvir novamente a ré, instando-a a produzir novas provas do alegado, para, aí sim, decidir pelo mérito;

– a r. sentença rescindenda não atendeu aos ditames do art. 458 do CPC, pois não expressou nenhum fundamento para repelir o fato da transação posto pela ré daquela ação, nem mencionou qualquer dispositivo legal para afastar esta questão posta expressamente na resposta, ao pedir a extinção do processo;

– o v. acórdão recorrido em nenhum momento, se manifestou com relação aos documentos juntados pela requerente naquele feito e não apreciou pelo magistrado singular, o que levaria a sentença a ser rescindida, ante o erro anunciado, presentes os requisitos dos parágrafos primeiro e segundo do art. 485 do CPC;

– embora evidente a ofensa da lei federal, para que não se alegue falta de prequestionamento – alternativamente, funda-se o presente recurso na negativa de vigência ao art. 535, I e II, da lei dos ritos, já que vários fundamentos da rescisória não foram apreciados, nem mesmo via embargos de declaração.

Estou em que o apelo não merece prosperar.

Em primeiro lugar, sobre eventual ofensa ao artigo 535 do CPC mister frisar que não basta a parte dizê-lo vulnerado, “alternativamente”, como o fez a recorrente, sem apresentar qualquer razão consistente pela qual o acórdão deveria ser anulado por omissão, nem sequer apontar quais os pontos omissos e contraditórios cuja análise era de fato imprescindível ao deslinde da controvérsia.

O fundamento da ação rescisória baseado em violação a literal disposição de lei está em que o Magistrado singular reconheceu a revelia e julgou antecipadamente a lide, sem apreciar sua alegação de necessidade de extinção do processo, daí a violação aos arts. 319 e 462 do CPC.

Ora, registrado no aresto atacado que limitou-se a requerente a noticiar um pretense acordo entre as partes da ação de rescisão contratual sem que isso ficasse provado nos autos. Nada mais alegou a autora, na oportunidade, sequer aquela peça poderia ser considerada como efetiva defesa, o que ensejou o decreto de revelia e a procedência da ação, segundo os documentos que instruíam o processo.

O Magistrado não estava obrigado a reabrir o prazo para contestação, por isso cabia a ré apresentá-la de forma específica e articulada, rebatendo a inicial em todos os seus pormenores, ainda que por cautela.

Conforme já decidiu esta Corte, para que a ação rescisória fundada no art. 485, V, do CPC prospere é necessário que a interpretação dada pelo **decisum** rescindendo seja de tal modo aberrante que viole o dispositivo legal em sua literalidade, o que não ficou demonstrado nos autos.

Ademais, como afirmado na ementa do REsp nº 19.992-3-SP, Relator Ministro Sálvio de Figueiredo:

“A revelia da parte-ré não a impede de propor ação rescisória, na qual, contudo, *não lhe será possível pretender demonstrar serem inverídicos os fatos alegados pela parte autora da precedente ação e tomados como verdadeiros pelo juiz por força do disposto no art. 319 do estatuto processual. Inviável, em outras palavras, utilizar a rescisória como sucedâneo de contestação.*” (DJ de 17.04.1995).

O autor foi desidiioso na produção da prova que confirmasse a transação, nem requereu ao Magistrado a sua requisição perante quem a detinha, por isso, ante falta de contestação a causa só poderia ser dirimida à luz dos elementos existentes nos autos.

Por outro lado, na rescisória fundada no inciso IX, não há confundir erro do juiz, admitindo a inexistência do ajuste entre as partes, com a errônea interpretação do fato, que diz com a justiça ou injustiça da decisão, que não podem ser averiguados nesta ação.

Assim já me pronunciei quando do julgamento da AR nº 172-RJ, que por sua ementa concluiu:

“Não se tem como violação a literal disposição da lei quando os temas que se discutem são de si mesmos controvertidos na interpretação que lhe dão os tribunais, *como também a simples injustiça da sentença e a má apreciação da prova, ou a errônea interpretação do contrato, não autorizam o exercício da rescisória, por isso é que inexistente erro de fato quando o juiz, apreciando as provas e fatos do processo deu-lhes a qualificação jurídica que lhe pareceu acertada.*” (DJ de 04.11.1991).

Ao contrário do que afirma o recorrente o aresto recorrido apreciou os elementos probatórios constantes do autos, para concluir, assim como concluiu o julgador monocrático pela inexistência da transação. Sequer na rescisória, portanto, conseguiu-se demonstrar sua efetiva ocorrência, ônus este que se debita inteiramente ao autor, como acertadamente concluiu o **decisum** atacado.

Impossível, nesta via recursal, ante ao óbice da Súmula nº 7-STJ, reverter o conjunto probatório para chegar a conclusão diferente.

Forte em tais lineamentos, inexistindo as violações apontadas, não co-nheço do recurso.

RECURSO ESPECIAL Nº 182.283 – SP

(Registro nº 98.0052876-8)

Relator: Ministro Carlos Alberto Menezes Direito
Recorrentes: Filomena Anetelle Rodrigues e outros
Advogado: Lauro de Brito
Recorrida: Aerolíneas Argentinas S/A
Advogada: Laura Feldman

EMENTA: Transporte aéreo – Atraso de voo – Ausência de excludente de responsabilidade.

1. Se a empresa transportadora não prova que “tomou, e tomaram os seus prepostos, todas as medidas necessárias para que se não produzisse o dano, ou que não lhes foi possível tomá-las”, é cabível a indenização.

2. Recurso especial conhecido e provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do recurso especial e lhe dar provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Participaram do julgamento os Srs. Ministros Nilson Naves, Eduardo Ribeiro e Ari Pargendler. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Waldemar Zveiter.

Brasília-DF, 14 de outubro de 1999 (data do julgamento).

Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, Presidente e Relator.

Publicado no DJ de 13.12.1999.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO: Filomena Anetelle Rodrigues e outros interpõem recurso especial com fundamento nas alíneas **a** e **c** do permissivo constitucional, contra acórdão

proferido pela Quinta Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, assim ementado:

“Indenizatória. Atraso de vôo. Necessidade da prova do efetivo prejuízo. Inexistência de presunção legal do dano, com valor tarifado. Inviabilidade do ressarcimento. Não aplicabilidade do art. 22, n^o 1, letra **b**, dos protocolos aprovados em Montreal, por não constituírem direito positivo no território brasileiro, mas sim do art. 19 da Convenção de Varsóvia, na conformidade dos Decretos n^{os} 20.704/31 e 54.463/65. Posicionamento, porém, que não altera a definição jurídica direcionada a ser essencial a demonstração do gravame. Sentença de precedência sem condições de prevalecer. Apelação provida.” (fl. 136).

Foram interpostos embargos infringentes (fls. 144 a 155), contra-arrazoado (fls. 186 a 193) e rejeitados (fls. 199/200).

Sustentam os recorrentes violação ao artigo 19 da Convenção de Varsóvia, eis que “a prova do dano, na espécie, reside no próprio atraso de 8 (oito) horas” (fl. 110), sendo, portanto, dispensável. Neste caso, surge clara a obrigação de indenizar da empresa aérea, já que prova alguma efetivou de que não concorrera para o atraso do vôo. Por outro lado, o contrato estabelecido entre ela e o passageiro é de resultado, logo, se o serviço prestado apresenta-se viciado, é inafastável a obrigação de indenizar, mesmo porque, a indenização tarifada pela convenção de Varsóvia é autêntica multa contratual compensatória.

Oferecidas contra-razões (fls. 217 a 233), foi o recurso especial admitido (fls. 235 a 237).

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO (Relator): Ação indenizatória em decorrência de atraso em vôo internacional. A sentença deu pela procedência do pedido. Mas o Tribunal de Justiça de São Paulo, tanto em apelação como em embargos infringentes, deu pela improcedência, entendendo que não houve a prova do dano.

A Convenção de Varsóvia estabeleceu no art. 19 que o transportador responde pelo dano proveniente do atraso no transporte aéreo de viajantes, bagagens ou mercadorias. No art. 20 prescreve que o transportador não será

responsável se “provar que tomou, e tomaram os seus prepostos, todas as medidas necessárias para que se não produzisse o dano, ou que não lhes foi possível tomá-las”.

O texto da Convenção é muito claro ao determinar que a responsabilidade existe independente da prova do dano, cabendo a excludente, apenas, se o transportador provar que tudo fez para que o dano não ocorresse. Se não provar, é cabível a reparação. Como mostrou o voto-vencido na apelação, o ônus da prova de inexistência de culpa é da transportadora, “simplificando-se o ônus da prova do passageiro prejudicado”, concluindo por afirmar:

“Sendo objetiva a responsabilidade do transportador, sendo o contrato de transporte um contrato de resultado, tendo sido o serviço prestado de maneira viciada, sem que a transportadora demonstrasse efetivamente qualquer causa excludente de sua responsabilidade, e não sendo exigível a demonstração objetiva do dano pelo consumidor, resulta inafastável a obrigação da ré de indenizar o passageiro pelo atraso do voo.”

A sentença asseverou que a prova exigida pela Convenção, “absolutamente não foi produzida”. Assim, não provado fato capaz de excluir a responsabilidade, nos termos do art. 20 da Convenção, a indenização tarifada requerida se impõe.

Como assinaei ao votar no REsp nº 157.561-SP, não existe dispositivo específico quanto ao valor indenizatório para o caso de atraso de voo, incidindo a regra geral prevista no art. 22 (1) da Convenção que, na sua redação originária, estabelecia:

“No transporte de pessoas, limita-se a responsabilidade do transportador à importância de cento e vinte e cinco mil francos, por passageiro. Se a indenização, de conformidade com a lei do tribunal que conhecer da questão, puder ser arbitrada em constituição de renda, não poderá o respectivo capital exceder aquele limite. Entretanto, por acordo especial com o transportador, poderá o viajante fixar em mais o limite de responsabilidade.”

O Protocolo de Haia aumentou o limite geral de indenização para duzentos e cinquenta mil francos por passageiro. O Decreto nº 97.505/1989 regulou a respectiva conversão.

Com essas razões, eu conheço do especial e lhe dou provimento para restabelecer a sentença.

RECURSO ESPECIAL Nº 191.505 – SP

(Registro nº 98.0075511-0)

Relator: Ministro Waldemar Zveiter
Recorrentes: Douglas Melhem e outro
Advogados: Voltaire Marensi e outros
Recorridos: Jesus Maria Dorado Rodrigues e cônjuge
Advogados: Adão Armando Ribeiro e outro
Sustentação oral: Adriana Bragueta (pelos recorrentes)

EMENTA: Processual Civil – Embargos de terceiro – Fraude à execução – Terceiro de boa-fé que não adquiriu o bem direto do devedor – Execução movida contra o espólio – Não caracterização da insolvência (matéria de prova – Súmula nº 7-STJ) – Dissídio não demonstrado – Recurso não conhecido.

I – Execução movida contra o espólio quando já havia sentença homologatória de partilha o que impossibilitou o antecessor dos embargantes saber da existência de demanda capaz de reduzir a alienante à insolvência. Hipótese em que deve se resguardar o interesse do adquirente de boa-fé.

II – O dissídio jurisprudencial, por sua vez, não restou caracterizado, ante a ausência de similitude das hipóteses confrontadas. Em se tratando de fraude à execução é de suma importância a base empírica, eis que inúmeras as particularidades e as situações que podem ocorrer.

III – Recurso não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Ari Pargendler, por unanimidade, não conhecer do recurso especial. Participaram do julgamento os Srs. Ministros Ari Pargendler, Carlos Alberto Menezes Direito, Nilson Naves e Eduardo Ribeiro.

Brasília-DF, 30 de setembro de 1999 (data do julgamento).

Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, Presidente.

Ministro WALDEMAR ZVEITER, Relator.

Publicado no DJ de 17.12.1999.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO WALDEMAR ZVEITER: Cuidam os autos de embargos de terceiro opostos por Jesus Maria Dorado Rodrigues e cônjuge em face de Douglas Melhem e outro com a finalidade de obter a liberação de imóvel de sua propriedade da constrição judicial operada em execução de título judicial, julgados improcedentes em primeira instância.

Reformando a r. decisão monocrática, a Nona Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, deu provimento ao recurso dos autores, e assim consignou, por sua ementa (fl. 244):

“Embargos de terceiro. Fraude à execução. Inocorrência. Execução de título judicial promovida em face do espólio. Inventário já concluído. Herdeiro que aliena imóvel recebido da herança. Inexistência de execução em face do alienante. Arts. 1.796 do Código Civil, e 597 do Código de Processo Civil. Boa-fé do adquirente. Embargos procedentes. Recurso provido.

Embora a ação de conhecimento tenha sido promovida em face do espólio, e constituído o título judicial em nome deste, quando iniciada a execução o inventário já estava concluído com a sentença homologatória da partilha. Nessa hipótese, a execução, na forma dos arts. 1.796 do Código Civil, e 597 do Código de Processo Civil, havia de ser promovida em face dos herdeiros e não do espólio. Se não houve a promoção da execução em face da herdeira alienante, o antecessor dos adquirentes não teve condições de saber da existência de demanda capaz de reduzi-la à insolvência. A situação, portanto, é de adquirentes de boa-fé, não sendo justo que estes respondam com o patrimônio adquirido com sacrifício por dívida de outrem, de cuja existência não tiveram condições de saber, mesmo porque os credores não adotaram a atitude processual adequada para evitá-la. A fraude de execução somente estaria caracterizada se a execução fosse promovida em face da herdeira-alienante, antes da alienação, e se, por força

desta, tornou-se insolvente em razão da inexistência de outros bens em seu patrimônio, até o limite da cota hereditária, para serem penhorados.”

Opostos embargos declaratórios pelos réus, foram rejeitados (fls. 275/277).

Inconformados, ainda, interpuseram os vencidos recurso especial, com fulcro em ambas as alíneas do permissivo constitucional, sustentando ofensa aos artigos 535, II, 593, II, 597 e 600, I, do CPC e 1.587 e 1.796 do Código Civil.

Com contra-razões (fls. 311/314), o nobre 3^a Vice-Presidente daquela Corte o admitiu, somente pela alínea **a** (fls. 317/318).

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO WALDEMAR ZVEITER (Relator): Segundo consta dos autos os recorrentes Douglas Melhem e esposa propuseram ação de cobrança em face de Abrahão Sayour e sua mulher Diva Penido Sayour, em 26.08.1970.

Tendo falecido o co-réu Abrahão, entraram no feito suas duas únicas filhas Jamilli Sayour Meneghini e Diva Sandra Sayour Barakat, que foram citadas, transitando em julgado a decisão pela procedência do pedido em 23.07.1977.

Iniciada a execução, com penhora de bens, foram levados à praça e arrematados pelos próprios autores em 08.11.1983, não sendo suficiente o valor apurado, no entanto, para saldar todo o crédito dos exequentes, ficando a necessidade de proceder-se a penhora de outros bens.

O acórdão recorrido, apreciando a controvérsia, assim decidiu (fls. 245/249):

“Iniciada a execução de título judicial em face dos espólios de Abrahão Sayour e Diva Penido Sayour foram penhorados em 26 de agosto de 1982 vários bens imóveis (fls. 103/104), que foram levados à praça em 8 de novembro de 1983 e arrematados pelos próprios credores, por conta e em benefício do crédito executado, pelo valor de

Cr\$ 247.000.000,00 (fl. 109). O valor do crédito executado, na época da praça, não atingia a quantia de Cr\$ 347.000.000,00 (fls. 110/111), enquanto que os bens penhorados foram avaliados em Cr\$ 372.815.597,00, segundo alegaram os embargados nas razões de recurso (fl. 209), fato confirmado nos autos (fl. 123, item 2, § 2^a). Resulta dessa constatação que, na época da praça, não estava caracterizado o estado de insolvência dos devedores, porquanto os bens penhorados eram suficientes para responder pela execução.

Ocorre, porém, que esse é um detalhe sem muita valia para o deslinde destes embargos na medida em que, arrematados os bens pelos próprios credores por valor bem inferior ao da avaliação, sobejou crédito por satisfazer. Por outras palavras, a arrematação ocorrida em 8 de novembro de 1983 não bastou para satisfazer integralmente o crédito, prosseguindo-se, então, a execução. Ocorre que o antecessor dos embargantes adquiriu o imóvel posteriormente, por escritura de 24 de janeiro de 1985 (fl. 9v.), época em que o crédito remanescente da execução não estava garantido por penhora de bens.

Há, porém, um ponto crucial que merece melhor análise. O título judicial em execução nasceu de ação de conhecimento promovida em agosto de 1970, primitivamente proposta em face de Abrahão Sayour e sua esposa Diva Penido Sayour. Falecidos esses réus no curso da demanda, foram substituídos por seus espólios, representados pela inventariante Jamilli Sayour Meneghini. A sentença proferida na referida ação transitou em julgado somente em abril de 1977, iniciando-se, logo a seguir, o processo de liquidação, que se desenrolou até outubro de 1980. A execução teve início em fevereiro de 1982, com a citação operada em abril desse mesmo ano. Tudo isso é o que narram os embargados na impugnação dos embargos (fls. 59/60).

De fato, a execução iniciou-se em fevereiro de 1982 em face do espólio de Diva Penido Sayour (fl. 99), que fora citado na pessoa de Jamilli Sayour Meneghini, na qualidade de inventariante, em 2 de abril de 1982 (fl. 100). Ocorre que os inventários de Abrahão e de Diva encerraram-se, com a partilha, em 1976 (fl. 9), *quando ainda não tinha sido constituído o título judicial*. O imóvel que se busca liberar por via destes embargos foi partilhado em favor de Jamilli Sayour Meneghini, passando a constar em seu nome no Registro Predial a partir de 20 de março de 1984 com a inscrição do formal de partilha *expedido em 13 de setembro de 1976*. E em 24 de janeiro de 1985 Jamilli

alienou o imóvel para José Edgard de Queiroz Ferreira Filho, que por sua vez o transmitiu em 11 de setembro de 1985 para os embargantes (fls. 9/9v.).

Há regras jurídicas dispondo que ‘a herança responde pelo pagamento das dívidas do falecido; mas, feita a partilha, só respondem os herdeiros, cada qual em proporção da parte que na herança lhe coube’ (art. 1.796 do Código Civil); ou que ‘o espólio responde pelas dívidas do falecido, mas feita partilha, cada herdeiro responde por elas na proporção da parte que na herança lhe coube’ (art. 597 do Código de Processo Civil). Comentando esta última norma preleciona **Amilcar de Castro** que ‘está expresso na lei que, aberta a sucessão, o domínio e a posse da herança se transmite, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários (art. 1.572 do CC). Quer isso dizer que, no momento do falecimento, opera-se a transmissão da propriedade e da posse dos bens, substituindo-se os sujeitos das relações jurídicas: ainda no instante que precede a morte, o morituro, e já no instante que se segue, o herdeiro. E tal transmissão opera-se automaticamente, sem necessidade de qualquer declaração de vontade dos sucessores, e ainda quando estes, ausentes, ignorem o falecimento. Por isso mesmo, a repartição da herança, em nosso direito, não é atributiva, mas meramente declaratória da propriedade; e como corolário disso, proferida a sentença homologatória da partilha, cada um dos herdeiros se considera como tendo sido proprietário exclusivo de seu quinhão, desde o instante do falecimento do **de cujus**. Acontece, porém, que entre a morte e a sentença homologatória da partilha medeia, necessariamente, um transitório estado de indivisão da herança, em que os herdeiros aguardam a verificação e entrega de seus títulos. E, assim, até efetuar-se a partilha consideram-se condôminos, pois só lhes assiste direito indivisível sobre todo o espólio. Por conseguinte, se já tiver havido partilha, o herdeiro deve ser executado na proporção de sua cota hereditária, pois nessa hipótese o direito de cada um já estará circunscrito aos bens do quinhão. Ao contrário, antes de homologada definitivamente a partilha, deve ser executado o inventariante, pela totalidade do débito, como substituto processual...’ (Comentários ao Código de Processo Civil, 3ª edição, Revista dos Tribunais, vol. VIII/101, 102). No magistério de **Moacyr Amaral Santos**, ‘encerrado o inventário, com sentença de partilha transitada em julgado, sujeitos passivos, na execução, serão os herdeiros e sucessores’ (Primeiras Linhas de Direito Processual Civil, 3ª edição, Saraiva, vol. III, 226).

Por isso que ‘o espólio, os herdeiros ou os sucessores do devedor’ são considerados sujeitos passivos da execução (art. 568 do Código de Processo Civil). Na lição de **Humberto Theodoro Júnior** a propósito do tema, ‘mesmo depois de aceita a herança, em homenagem ao princípio de que o patrimônio de terceiro não está sujeito à execução, a penhora por dívida do **de cujus** só deve alcançar os bens que o herdeiro ‘tenha recebido do autor da herança’, salvo, naturalmente, se tiver ocorrido alienação, hipótese em que serão alcançados outros bens do sucessor até à proporção da cota hereditária’. E mais à frente escreve que ‘ocorrendo a morte antes do início da execução, esta será ajuizada diretamente contra o espólio representado pelo inventariante, se não houver partilha e se a inventariança não for dativa; ou contra os herdeiros, se o inventariante for dativo; ou contra os herdeiros, se o inventariante for dativo ou se já existir partilha’ (Processo de Execução, 2ª edição, EUB, p. 45).

Na espécie, quando se iniciou a execução a partilha já se tinha ultimado, de modo que sujeito passivo da execução haveriam de ser os herdeiros, recaindo a penhora em bens desses herdeiros até o limite da cota hereditária. Entretanto, os embargados promoveram a execução em face do espólio, quando a herança não mais existia em função da partilha realizada. E a herdeira, Jamilli Sayour Meneghini, a quem fora partilhado o imóvel objeto destes embargos, não foi citada para a execução, de modo que o antecessor dos embargantes não poderia saber, quando da aquisição, se em face da vendedora havia demanda capaz de reduzi-la à insolvência.

Situação como essa do terceiro de boa-fé, que acredita na aparência do negócio, investindo todos seus recursos na aquisição de um patrimônio, sujeito a desaparecer de seu poder por força de um processo de cuja existência nem tenha tido condições de saber, há de merecer alguma preocupação. Assim como se há de confiar em que o credor tome uma atitude processual adequada à defesa de seu crédito com a adoção, diante das opções que o sistema coloca à disposição, de medidas suficientes para impedir que do exercício de seu direito resultem danos desnecessários a terceiros, injustos na medida que se considera que não participam da relação originária do débito e não havendo motivos para sofrer danos pelo inadimplemento do outro. No caso, os embargados-credores poderiam ter adotado o procedimento correto, iniciando a execução em face da herdeira que vendeu o imóvel, propiciando ao primeiro adquirente o conhecimento da existência da

demanda com capacidade de levá-la à insolvência. Diante disso, a insolvência a ser verificada não é dos espólios, mas da herdeira que alienou ao antecessor dos embargantes o imóvel em tela, donde se conclui que a fraude à execução somente poderia estar caracterizada se existente, ao tempo da alienação, execução em face da alienante e no patrimônio dela não fossem encontrados bens no limite da cota hereditária para serem penhorados. Não é o que ocorreu.

Acolhe-se, assim, o apelo para julgar procedente a demanda, excluindo o bem imóvel da constrição judicial, invertido os ônus da sucumbência.”

Em seu apelo especial sustentam os recorrentes:

– não há necessidade da citação ser para o processo de execução, como afirmado no acórdão recorrido, bastando que o tenha sido para o processo de conhecimento. Citadas as herdeiras, tinham pleno conhecimento do feito, respondendo com o débito, no limite de seus quinhões;

– efetivamente, havia condições do primeiro adquirente de tomar conhecimento da existência de demanda com capacidades de levá-las à insolvência;

– tendo sido preenchida a citação do herdeiro alienante e demonstrada a insolvência, é realmente de rigor a decretação da fraude à execução sobre o bem objeto do quinhão do herdeiro;

– já era caracterizável o estado de insolvência na época da avaliação, dependendo da forma da arrematação, sendo que, de qualquer maneira, esta tornou explícita a necessidade de penhorar outros bens, tendo a venda do bem em discussão, ocorrido após esta data.

Traz julgados onde defendida tese no sentido de que sequer a citação é necessária à configuração da fraude, bastando o ajuizamento de ação capaz de reduzir o devedor à insolvência e outros de que a citação é para qualquer ação, não necessariamente de execução.

Em que pese a argumentação expendida pelos recorrentes, estou em que não merece prosperar a irresignação.

Esta Corte, em reiterados precedentes, vem afirmando que a caracterização de fraude à execução reclama a ocorrência de dois pressupostos, a saber: uma ação em curso, executiva ou condenatória, com citação válida, e o estado de insolvência em virtude da alienação ou oneração, a que tenha

sido conduzido o devedor (REsp nº 180.994-RS, Relator Ministro Sálvio de Figueiredo, DJ de 26.10.1998; REsp nº 74.222-RS, Relator Ministro Eduardo Ribeiro, DJ de 10.06.1996; REsp nº 97.646-SP, Relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar, DJ de 18.11.1996, dentre outros.

Embora argumente o recorrente que houve a citação das herdeiras do Sr. Abraão, ainda nos idos de 1971, para a ação ordinária de cobrança, o que, em tese, preencheria o primeiro requisito, o fato é que, procedida a partilha dos bens, com a distribuição dos quinhões, era mesmo necessário que aquelas fossem citadas no processo de execução, para a publicidade necessária ao resguardo da boa-fé de terceiros.

O que afirma, com todas as letras o julgado recorrido é que, à época da alienação não havia registro de demanda contra a alienante, capaz de reduzi-la à insolvência, não logrando o recurso infirmar adequadamente esses fundamentos.

Trata-se, **in casu**, de terceiro que não adquiriu o imóvel diretamente do devedor, mas de outrem, sendo que este último não tinha como saber, quando da aquisição, se em face da vendedora havia demanda capaz de reduzi-la a insolvência, porque a execução corria contra o espólio.

Em embargos de declaração reafirmou o acórdão (fl. 276):

“... quanto à citação, o que o julgado afirmou foi que a execução se iniciou em fevereiro de 1982 contra espólio, sendo citado o inventariante quando o formal de partilha havia sido expedido em 13.09.1976, inexistente, pois, espólio, e assim sujeitos passivos da execução deveriam ser os herdeiros, recaindo a penhora em bens desses até a limitada cota hereditária, não tendo sido a herdeira citada para a execução.

Os próprios embargantes reconhecem que as herdeiras foram citadas em 1971 para o processo de conhecimento, questão que não foi objeto de discussão.”

No voto do REsp nº 114.415-MG, relatado pelo Sr. Ministro Ruy Rosado de Aguiar, S. Exa. bem apreciou a questão concernente a fraude à execução, resumindo-a da seguinte forma:

“1. No tema concernente à fraude de execução, alguns preceitos podem ser enunciados:

a) a alienação de imóvel penhorado, ou de algum outro modo sujeito à constrição judicial (arresto, seqüestro), não constitui propriamente a hipótese do art. 593, II, do CPC, mas 'é ineficaz em relação ao exequente porque decorre da circunstância de o bem estar submetido ao poder jurisdicional do Estado, através de ato público formal e solene'. É a lição que se recolhe do trabalho do em. Min. **Sálvio de Figueiredo**, Fraude de Execução, Ajuris 37/224, onde traz à colação a doutrina de **Liebman, Frederico Marques, Barbosa Moreira, Nelson Altemani e Ronaldo Brêtas**. A mesma explicação ficou depois reiterada no REsp nº 4.132-RS, de sua relatoria, também com amparo em **Yussef Said Cahali**, Fraudes contra Credores, 474/475;

b) essa distinção tem efeito prático: enquanto que para a incidência do art. 593, II, do CPC, a declaração de fraude de execução tem como pressuposto a capacidade de ser o devedor reduzido à insolvência, 'na alienação ou oneração de bem sob constrição judicial não se indaga a insolvência, que aí é dispensável (REsp nº 4.132)';

c) a ineficácia da alienação do bem penhorado, frente a terceiros adquirentes que alegam boa-fé, depende de o 'credor demonstrar que o terceiro tinha ciência da existência dos atos constritivos da penhora, do arresto ou do seqüestro' (**Sálvio de Figueiredo**, Ajuris, op. e loc. cit.). Essa prova se faz, em se tratando de imóveis, com o registro da penhora no livro imobiliário, ou, faltando o registro, com a demonstração da efetiva ciência do adquirente, pelos meios admitidos de prova, durante a instrução. Hoje, a lei exige, para a integralização da penhora de imóvel, o seu registro (art. 659, § 4º, do CPC, com a redação da Lei nº 8.953/1994). Inexistindo o registro e sem a prova de que o terceiro adquirente tinha conhecimento da penhora, não há, na alienação do bem, ineficácia por atentado ao ato judicial de constrição;

d) se existe apenas a ação, caso de incidência do inciso II do art. 593 do CPC, não basta o simples ajuizamento, é indispensável a citação válida (REsp nº 27.431-SP, Quarta Turma, Rel. em. Min. Barros Monteiro; REsp nº 46.340-SP, Terceira Turma, Rel. em. Min. Cláudio Santos; REsp nº 63.003-GO, Quarta Turma, de minha relatoria), na demanda, capaz de levar o devedor à insolvência, e não em outra (REsp nº 327-SP, Quarta Turma, Rel. em. Min. Athos Carneiro; REsp nº 34.387-SP, Terceira Turma, Rel. em. Min. Nilson Naves). Porém, pode ser tanto uma ação executiva como condenatória (REsp nº 20.778-SP, Quarta Turma, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo; AgRg no Ag nº 11.981, Terceira Turma, Rel. em. Min. Eduardo Ribeiro);

e) existindo a ação e citado o devedor, impende que esta ação seja capaz de reduzi-lo à insolvência: ‘a fraude de execução apresenta peculiaridades bem nítidas nas hipóteses dos incisos I e II do art. 593 do CPC, dentre as quais se avulta o pressuposto da insolvência de fato, dispensável na primeira hipótese, por tutelar o direito de seqüela, imprescindível na segunda’ (REsp nº 4.132-RS, na RSTJ 26/346, do voto do em. Min. Sálvio de Figueiredo; no mesmo sentido: REsp nº 20.778-SP, Quarta Turma, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo; REsp nº 32.890, Quarta Turma, de minha relatoria). A penhora faz presumir a insolvência, que também pode ser notória pela presença de outras circunstâncias (REsp nº 29.808-SP, Terceira Turma, Rel. em. Min. Nilson Naves), cabendo ao devedor o ônus da prova da sua solvabilidade (REsp nº 13.988-ES, Terceira Turma, Rel. em. Min. Cláudio Santos; REsp nº 1.436-GO, Terceira Turma, Rel. em. Min. Bueno de Souza);

f) não estando inscrita a citação do devedor, na ação capaz de reduzi-lo à insolvência, cabe ao credor demonstrar que o terceiro adquirente de bem, alienado depois da citação, tinha conhecimento da existência da demanda: ‘Processo Civil. Fraude de execução (CPC, art. 593, II). Alienação após a citação mas anterior à constrição. Considerações. Recurso não conhecido. I – Em se tratando de fraude de execução, impende demonstrar o dissídio pretoriano identificando os casos confrontados, tantas são as hipóteses do complexo tema, sendo distintas as contempladas nos incisos do art. 593, CPC. II – Na alienação ou oneração de bem sob constrição judicial (penhora, arresto ou seqüestro), que não caracteriza propriamente fraude de execução, não se indaga da insolvência, que aí é dispensável. Se, porém, a constrição ainda não se efetivou, mas houve citação, a insolvência de fato é pressuposto, incidindo a norma do art. 593, II, CPC. III – Na ausência de registro, ao credor cabe o ônus de provar que o terceiro tinha ciência da demanda em curso.’ (REsp nº 4.132-RS, Quarta Turma, rel. o em. Min. Sálvio de Figueiredo, DJ de 07.10.1991). ‘Tratando-se de aquisição efetuada diretamente do devedor, e sendo este insolvente, desnecessário demonstrar que o adquirente tinha conhecimento da pendência da demanda’ (REsp nº 38.239-SP, Terceira Turma, Rel. em. Min. Eduardo Ribeiro), o que se aplica para quando a insolvência for notória.”

A alienação de que se cuida ocorreu depois de arrematados bens anteriormente penhorados pelos credores, não havendo inscrição da citação da

alienante na ação primitiva ou nova citação após a partilha, o que, nos termos do precedente supra citado carrega ao devedor o ônus de demonstrar que o terceiro adquirente tinha conhecimento da existência da demanda e que o ato levou-o à insolvência, o que não logrou fazer.

Para o Recurso Especial nº 123.616-SP, de minha relatoria, redigi a seguinte ementa:

“Processual Civil. Embargos de terceiros. Fraude de execução. Citação. Penhora. Falta de registro. Terceiro de boa-fé que não adquiriu o bem direto do devedor-executado. I – Alienado o bem pelos devedores depois de citados na execução, e tendo os adquirentes transferido o imóvel a terceiro após efetivada a penhora, o reconhecimento da existência de fraude de execução na primeira alienação dependeria da prova de que a demanda reduziria os devedores à insolvência, e de que o adquirente tinha motivo para saber da existência da ação; na segunda, dependeria de registro da penhora ou de prova de má-fé do subadquirente. Isso porque, alienado a terceiro, incumbe ao exequente e embargado fazer a prova de que o terceiro tinha conhecimento da ação ou da constrição. Art. 593, II e III, do CPC. Precedentes do STJ. II – Recurso não conhecido.” (DJ de 01.03.1999).

Naquela oportunidade, deixei assentado:

“O entendimento jurisprudencial desta Corte evoluiu no sentido de que para que se tenha como em fraude à execução à alienação de bens, não basta o ajuizamento da ação com citação válida, mas que o adquirente saiba da existência da ação ou por constar no cartório imobiliário seu registro ou da penhora realizada ou porque o exequente conseguiu provar que aquele tinha ciência de tal fato. Necessário, ainda, que a oneração seja capaz de reduzir o devedor à insolvência.

Assim ficou consignado no precedente REsp nº 41.128-SP, Relator Sr. Min. Cesar Asfor Rocha, cuja ementa dispôs:

‘Processual Civil. Fraude à execução. Art. 593, II, do CPC. Inocorrência. Impugnação ao valor da causa. Agravo. Reexame de prova. Ausência de prequestionamento. Divergência não configurada.

Quando não se trata, como no caso, de notória divergência, a simples citação de ementa é insuficiente para caracterização do

dissídio jurisprudencial. Para que se tenha como em fraude à execução a alienação de bens, de que trata o inciso II do art. 593 do CPC, é necessária a presença concomitante dos seguintes elementos: a) que a ação já tenha sido aforada; b) que o adquirente saiba da existência da ação ou por já constar no cartório imobiliário algum registro dando conta de sua existência (presunção **juris et de jure** contra o adquirente), ou porque o exequente, por outros meios, provou que do aforamento da ação o adquirente tinha ciência; e c) que a alienação ou a oneração dos bens seja capaz de reduzir o devedor à insolvência, militando em favor do exequente a presunção **juris tantum**.

Inocorrente, na hipótese, o segundo elemento supra-indicado, não se configurou a fraude à execução.

Entendimento contrário geraria intransigência nos atos negociais, conspiraria contra o comércio jurídico, e atingiria a confiabilidade nos registros públicos.

‘A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial’ (Súmula nº 7-STJ).

‘É admissível a oposição de embargos de terceiro fundados na alegação de posse advinda de compromisso de compra e venda de imóvel, ainda que desprovida do registro’ (Súmula nº 84-STJ).

Falta de prequestionamento.

É cabível o agravo retido para atacar decisão na impugnação ao valor da causa.

Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, provido.’

Tal orientação é mais consentânea com o Direito, mormente quando, como no caso, o alienante do bem não foi o próprio devedor.

Assim tem se decidido porque, nesses casos, quando vendido o bem por pessoa distinta do executado, mesmo que os embargantes diligenciassem junto aos cartórios judiciais, providência, aliás, que tomaram fornecendo o nome do alienante e a descrição do imóvel, nada encontrariam. Imprescindível que o credor-exequente tome as providências necessárias para resguardar seu interesse e o de terceiros de boa-fé, fazendo constar a existência da ação e o registro da penhora.”

No caso concreto, ainda que se admita haver citação válida, como pretende o recorrente, ficou caracterizada a impossibilidade do primeiro adquirente saber da existência da demanda eis que a execução foi proposta contra o espólio, depois da partilha e mais, não há referência ao estado de insolvência do devedor, outro requisito indispensável. Não é suficiente a afirmação posta no especial nesse sentido, mister que tal questão tenha sido apreciada pelo acórdão atacado, por envolver matéria de prova (Súmula nº 7-STJ), o que não ocorreu (Súmulas nºs 282 e 356-STF).

Não vislumbro, de igual, ofensa aos artigos do Código Civil, na exegese emprestada pela douta Câmara julgadora **a quo**, que respeitou os seus termos, aduzindo, apenas, a necessidade de citação dos herdeiros, para o processo executivo, após a partilha.

O dissídio jurisprudencial, por sua vez, não restou caracterizado, ante a ausência de similitude das hipóteses confrontadas. Em se tratando de fraude à execução é de suma importância a base empírica, eis que inúmeras as particularidades e as situações que podem ocorrer.

Forte em tais lineamentos, não conheço do recurso.

VOTO-VISTA

O SR. MINISTRO ARI PARGENDLER: Jesus Maria Dorado Rodrigues opôs embargos de terceiro contra o casal de Douglas Melhem (fls. 2/4).

O MM. Juiz de Direito Dr. Galdino Toledo Júnior julgou improcedente o pedido, à base da seguinte motivação:

“Dispõe o artigo 593 do Código de Processo Civil:

‘Art. 593. Considera-se em fraude de execução a alienação ou oneração de bens:

I – quando, sobre eles pender ação fundada em direito real;

II – quando, ao tempo da alienação ou oneração, corria contra o devedor demanda capaz de reduzi-lo à insolvência;

III – nos demais casos expressos em lei.’

A hipótese dos autos encaixa-se perfeitamente no tipo de fraude de execução descrita no inciso II acima transcrita, pois ficou caracterizada a existência contra o devedor, à época da alienação, de demanda

capaz de reduzi-lo à insolvência, ratificando-se decisão anterior nesse sentido (prolatada contra o executado), já proferida nos autos da execução.

Com efeito, ao oposto do que ocorre nas hipóteses de fraude contra credores, não exige a lei processual que se registre a presença do **consilium fraudis** para tipificar a alienação fraudulenta.

O único requisito imposto pela lei é a existência, ao tempo da alienação, de demanda capaz de reduzir o devedor à insolvência, pouco importando a boa-fé dos adquirentes e o desconhecimento destes da medida judicial em curso contra o alienante.

É o que ocorre no caso em exame, pois muitos anos antes da alienação do imóvel pelo executado aos embargantes, já havia sido aforada pelos embargados a ação que redundou na penhora do bem objeto deste feito.

Nem se argumente que, **in casu**, a alienação se deu quando o bem ainda não havia sido objeto de constrição judicial, tendo o ônus recaído sobre outros imóveis.

Em primeiro lugar, porque a jurisprudência já deixou assentado que a demanda referida no artigo 593, II, da lei adjetiva civil não precisa ser necessariamente a de execução, bastando para tanto que haja feito em curso, ainda que na fase inicial de conhecimento (fls. 201/202).

Em segundo lugar, porque, especificamente, na hipótese **sub judice**, também a execução definitiva do julgado se iniciou antes da alienação do bem, ou seja, em março de 1983.

Desta maneira, não havendo nos autos prova de que o patrimônio do devedor é suficiente para suportar o pagamento de dívida anterior e permitir que, mesmo com a alienação do bem, a execução possa prosseguir sem prejuízo do credor, não há como furtrar-se ao reconhecimento da fraude de execução.” (fls. 202/203).

A sentença foi reformada pela egrégia Nona Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Relator o eminente Desembargador Ruyter Oliva, destacando-se no acórdão os seguintes trechos:

“O título judicial em execução nasceu de ação de conhecimento promovida em agosto de 1970, primitivamente proposta em face de

Abrahão Sayour e sua esposa Diva Penido Sayour. Falecidos esses réus no curso da demanda, foram substituídos por seus espólios, representados pela inventariante Jamilli Sayour Meneghini. A sentença proferida na referida ação transitou em julgado somente em abril de 1977, iniciando-se, logo a seguir, o processo de liquidação, que se desenrolou até outubro de 1980. A execução teve início em fevereiro de 1982, com a citação operada em abril desse mesmo ano. Tudo isso é o que narram os embargados na impugnação dos embargos (fls. 59/60).

De fato, a execução iniciou-se em fevereiro de 1982 em face do espólio de Diva Penido Sayour (fl. 99), que fora citado na pessoa de Jamilli Sayour Meneghini, na qualidade de inventariante, em 2 de abril de 1982 (fl. 100). Ocorre que os inventários de Abrahão e de Diva encerraram-se, com a partilha, em 1976 (fl. 9), quando ainda não tinha sido constituído o título judicial. O imóvel que se busca liberar por via destes embargos foi partilhado em favor de Jamilli Sayour Meneghini, passando a constar em seu nome no Registro Predial a partir de 20 de março de 1984 com a inscrição do formal de partilha expedido em 13 de setembro de 1976. E em 24 de janeiro de 1985 Jamilli alienou o imóvel para José Edgard de Queiroz Ferreira Filho, que por sua vez o transmitiu em 11 de setembro de 1985 para os embargantes (fls. 9/9v.) – fl. 247.

“Na espécie, quando se iniciou a execução a partilha já se tinha ultimado, de modo que sujeito passivo da execução haveriam de ser os herdeiros, recaindo a penhora em bens desses herdeiros até o limite da cota hereditária. Entretanto, os embargados promoveram a execução em face do espólio, quando a herança não mais existia em função da partilha realizada. E a herdeira Jamilli Sayour Meneghini, a quem fora partilhado o imóvel objeto destes embargos, não foi citada para a execução, de modo que o antecessor dos embargantes não poderia saber, quando da aquisição, se em face da vendedora havia demanda capaz de reduzi-la à insolvência” (fl. 249).

“No caso, os embargados-credores poderiam ter adotado o procedimento correto, iniciando a execução em face da herdeira que vendeu o imóvel, propiciando ao primeiro adquirente o conhecimento da existência da demanda com capacidade de levá-la à insolvência. Diante disso, a insolvência a ser verificada não é dos espólios, mas da herdeira que alienou ao antecessor dos embargantes o imóvel em tela. Onde

se conclui que a fraude à execução somente poderia estar caracterizada se existente, ao tempo da alienação, execução em face da alienante e no patrimônio dela não fossem encontrados bens no limite da cota hereditária. Não é o que ocorreu” (fl. 249).

As razões do recurso especial sustentam que a citação no processo de conhecimento é suficiente para caracterizar a fraude à execução, e na generalidade dos casos isso é verdade.

Na espécie, todavia, os devedores originários, réus na ação de conhecimento, faleceram, e a execução da sentença, não obstante já ultimada a partilha do imóvel **sub judice**, foi proposta contra os espólios.

(A nota nº 1, ao pé da página 287, contesta o acórdão recorrido, dizendo que, à época do início da execução, só estava ultimado o inventário dos bens de Abrahão Sayour, não os de Diva Penido Sayour. Mas isso é irrelevante, porque no item 5, na mesma página, as razões do recurso especial admitem que o “imóvel objeto dos presentes embargos” foi “recebido pela herdeira Jamilli no inventário dos bens de seu pai, Sr. Abrahão Sayour, e por ela vendido em 1985” – fl. 287).

Nessas circunstâncias, a execução já não poderia ter sido direcionada contra o espólio de Abrahão Sayour, pelo menos, tal como se depreende do artigo 568, II, do Código de Processo Civil, a saber:

“Art. 568. São sujeitos passivos na execução:

II – o espólio, os herdeiros ou os sucessores do devedor.”

Mal endereçada a execução, quando Jamilli Sayour Meneghini vendeu o imóvel, não havia registros de que pendia contra ela ação capaz de levá-la à insolvência.

O adquirente estava de boa-fé, e, com maior razão, o embargante, que o sucedeu mediante compra, pouco importando que a herdeira-vendedora tivesse conhecimento do processo.

Em suma, o erro no ajuizamento da execução, imputável ao credor, não pode prejudicar o terceiro de boa-fé.

Os paradigmas arrolados não se assemelham ao caso.

Voto, por isso, no sentido de não conhecer do recurso especial, tal qual o eminente Relator.

RECURSO ESPECIAL Nº 196.904 – SP

(Registro nº 98.0088760-1)

Relator: Ministro Waldemar Zveiter
Recorrente: Arthur Lundgren Tecidos S/A – Casas Pernambucanas
Advogados: Fernando Henrique de Sousa Lima e outros
Recorrida: Editora Musical Arlequim Ltda
Advogados: Fátima Jarouche Aun e outros

EMENTA: Processual Civil – Acórdão recorrido – Omissão – Violação do art. 535 do CPC.

I – Viola o artigo 535 do Código de Processo Civil o acórdão que rejeitou embargos declaratórios em que se pleiteia seja suprida omissão que eventualmente tenha ocorrido.

II – Recurso conhecido e parcialmente provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do recurso especial em parte, e nessa parte, dar-lhe provimento. Participaram do julgamento os Srs. Ministros Ari Pargendler, Carlos Alberto Menezes Direito, Nilson Naves e Eduardo Ribeiro.

Brasília-DF, 16 de novembro de 1999 (data do julgamento).

Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, Presidente.

Ministro WALDEMAR ZVEITER, Relator.

Publicado no DJ de 07.02.2000.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO WALDEMAR ZVEITER: Cuida-se de liquidação de sentença, nos autos de ação de indenização, movida por Editora Musical Arlequim Ltda contra Arthur Lundgren Tecidos S/A – Casas Pernambucanas e outros.

Fixado o **quantum** em que condenados os réus, insurge-se a Editora Musical Arlequim Ltda apresentando apelação a qual foi julgada, nestes termos (fl. 947):

“*Direito autoral*. Responsabilidade civil. Condenação pela utilização desautorizada de *jingle* e, campanha publicitária. Reparação ordenada pelo **decisum** que abrange não só os danos patrimoniais, mas também os morais contemplados no artigo 25 da Lei nº 5.988/1973, artigo 5º, XXVII e XXVIII, da CF. Recurso provido para a inclusão do dano moral na liquidação.

Liquidação. Arbitramento. Ação de indenizatória por violação de direitos autorais – Acórdão que consigna como parâmetro o número de vezes da veiculação ilícita. Indicação meramente programática, insuscetível de tornar dificultosa, ou mesmo impossível, a elaboração do laudo. Viabilidade da utilização pelo perito de critério diverso, abonado pela jurisprudência.”

Inconformados os réus com essa conclusão, apresentam especial, onde alegam, com arrimo na alínea **a**, que o aresto teria violado os artigos 128, 458, 459, 535, 460 e 610 do CPC, bem como os 21, 25, 52 e 73 da Lei nº 5.988/1973 – fl. 983.

Ao deferir o processamento do apelo, argumenta o Tribunal **a quo** que o recurso preencheu os requisitos necessários à sua admissibilidade – fl. 1.089.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO WALDEMAR ZVEITER (Relator): O acórdão recorrido, ao julgar a apelação do recorrente, o fez forte em que determinando-se liquidação por arbitramento teve-se em vista fatos dependentes de conhecimento técnico especial, onde se buscou parâmetros adequados à quantificação da hipótese. Bem por isso considerou o laudo o *número de vezes em que se deu tal veiculação publicitária indevida* (fl. 643).

Todavia, dada a natureza do arbitramento, o critério não se afigura absoluto, a ponto de tornar inviável a liquidação. Até porque, sopesada a questão, é dado concluir que o v. acórdão apenas indicou programaticamente uma fórmula para a liquidação por arbitramento sem, contudo, propiciar,

como ocorre com o artigo (CPC, art. 628), alegação e prova de fato novo, sem torná-la impossível, ou de dificultosa elaboração. E tal critério foi adotado, por aludirem os laudos periciais ser impossível fixar o número médio da veiculação ilícita – fl. 954.

O certo é que as questões também resultaram decididas com lastro em proficiente laudo pericial, todavia, o recorrente em seu especial de fl. 989 aponta como violado o artigo 535 do CPC, na medida em que tendo sido rejeitados os declaratórios opostos ao **decisum** impugnado deixou o colegiado **a quo** de apreciar matéria suscitada e atinente à violação do artigo 128 do CPC.

É que a jurisprudência desta Corte pacificou-se no sentido de que viola o artigo 535 do CPC acórdão que rejeita embargos declaratórios em que se pleiteia seja suprida omissão efetivamente ocorrida (REsp nº 19.489-0, STJ, Terceira Turma). No caso dos autos, o recorrente, ao apontar violado o art. 535 do CPC, na verdade, pretendia que o aresto discutisse o tema em que foi omissor, relacionado ao art. 128 do CPC.

Forte em tais lineamentos, conheço do recurso pela dissidência exegética e lhe dou parcial provimento para que, anulando o acórdão **a quo**, outro seja proferido apreciando a matéria suscitada e pertinente ao artigo processual indicado.

RECURSO ESPECIAL Nº 200.212 – SP

(Registro nº 99.0001281-0)

Relator: Ministro Eduardo Ribeiro
Recorrente: William Antônio de Souza
Advogado: William Antônio de Souza (em causa própria)
Recorrido: Cassimiro Bueno da Fonseca
Advogados: Roberto Pincelli e outro

EMENTA: Imóvel residencial – Impenhorabilidade.

Para que o imóvel não se exponha à penhora, necessário que sirva de residência para o executado. Não basta seja o único de que proprietário, se o dá em locação, em lugar de nele residir.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do recurso especial e lhe dar provimento. Participaram do julgamento os Srs. Ministros Ari Pargendler, Carlos Alberto Menezes Direito e Nilson Naves. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Waldemar Zveiter.

Brasília-DF, 14 de outubro de 1999 (data do julgamento).

Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, Presidente.

Ministro EDUARDO RIBEIRO, Relator.

Publicado no DJ de 17.12.1999.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO EDUARDO RIBEIRO: O Primeiro Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo deu provimento a agravo de instrumento, interposto por Cassimiro Bueno da Fonseca, contra decisão que determinou fosse penhorado o único imóvel de sua propriedade. Esta, no que importa ao especial, a ementa do acórdão:

“Penhora. Bem de família. Deferimento de penhora sobre imóvel residencial, afastando a alegação de bem de família, por estar locada a terceiro. Inadmissibilidade. Garantia de impenhorabilidade que deve ser ampla para atender aos objetivos da Lei nº 8.009/1990. Afirmção do agravante, de ser o único imóvel que possui, locando-o a terceiros por motivos pessoais de segurança. Inexistência de prova de ameaça, ou de necessidade imperiosa de deixar o imóvel, não constando a propriedade de outro imóvel. Penhorabilidade, do único imóvel, ao qual a entidade familiar poderá retornar a qualquer tempo, que, se reconhecida afrontará o comando da lei. Precedente jurisprudencial do egrégio Superior Tribunal de Justiça. Agravo provido.”

Interpõe recurso especial o agravado, William Antônio de Souza, alegando ter o acórdão recorrido violado o contido nos artigos 1^a e 5^a da Lei

nº 8.009/1990, além de dissêntido de outros tribunais. Sustenta, em síntese, que, não servindo de moradia para a entidade familiar, uma vez alugado, o imóvel objeto da constrição judicial não tem sua impenhorabilidade assegurada pela Lei nº 8.009/1990.

Contra-arrazoado, foi o recurso admitido, vindo os autos a esta Corte. É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO EDUARDO RIBEIRO (Relator): O acórdão assim se pronunciou:

“No caso dos autos, afirma o agravante que o imóvel residencial é o único que possui, mas nele não reside, locado que se encontra a terceiro, por motivos pessoais de segurança, face a ameaças que sofreu. Embora inexistam provas dessa ameaça, ou da necessidade imperiosa de deixar o imóvel, o certo é que não consta que o executado seja possuidor de outro imóvel residencial e não se pode negar que haverá afronta ao comando da Lei nº 8.009/1990, no reconhecimento da penhorabilidade desse único imóvel residencial, ao qual a entidade familiar, a qualquer tempo, poderá retornar.”

Verifica-se que reconhecido não se poder penhorar o imóvel apenas por ter finalidade residencial e não constar que o executado fosse proprietário de outro.

Tenho como indubitoso que violada a Lei nº 8.009/1990. Em seu artigo 1º dispõe que será impenhorável o imóvel, por dívida “contraída pelos cônjuges ou pelos pais ou filhos que sejam seus proprietários e nele residam”. Inegável que a exigência legal é a de que o imóvel seja usado como residência pelo proprietário, devedor. A menção a residência encontra-se, ainda, nos artigos 4º e 5º.

A Lei nº 8.009/1990, última análise, veio ampliar a impenhorabilidade, própria do bem de família, de que cogita o Código Civil, com a grande modificação de que a impossibilidade de constrição passou a resultar do fato mesmo de o imóvel destinar-se a residência, independentemente dos requisitos ali previstos. Não se me afigura possível alterar o que a lei dispõe para isso também dispensar.

Julgados deste Tribunal têm admitido a extensão do benefício, argumentando com a teleologia da norma. Entendem que o imóvel residencial locado, sendo o único, não se expõe a penhora, uma vez destinando-se a renda de aluguéis a garantir a moradia e a subsistência da família.

Se assim é, não vejo razão para reclamar-se que o imóvel seja residencial. O mesmo tratamento se haveria de dar a quem, com a renda da locação de imóvel destinado a comércio, atendesse ao necessário para alugar imóvel residencial. Também não se percebe porque a proteção só atingisse o imóvel. Bem pode suceder que, para manter sua família, inclusive propiciando moradia, se valha o devedor dos frutos produzidos por quaisquer investimentos, como ações, fundos de renda fixa e outros.

Em suma, a razão invocada para estender-se a impenhorabilidade logicamente haveria de abranger qualquer bem que propiciasse rendimentos necessários ao pagamento do aluguel imóvel utilizado pelo executado. Assim não é, porque a lei exclui da penhora apenas o imóvel destinado a residência e não é lícito ampliar aquilo que já constitui exceção à regra geral de que o patrimônio do devedor responde por seus débitos.

Com a devida vênia, conheço do recurso e dou-lhe provimento.

RECURSO ESPECIAL Nº 205.516 – SP

(Registro nº 99.0017586-7)

Relator: Ministro Ari Pargendler
Recorrente: Sincal Sociedade Industrial e Comercial Ltda
Advogados: Raul Queiroz Neves e outros
Recorrido: Leão Benedito de Araújo Novaes (espólio)
Advogados: Fernando Neves da Silva e outros
Sustentação oral: Raul Queiroz Neves (pelo recorrente) e Fernando Neves da Silva (pelo recorrido)

EMENTA: Processo Civil – Assistente – Recursos.

Seja simples, seja litisconsorcial, o assistente pode interpor recursos, ainda que o assistido não o faça. Civil. Usucapião. Terras públicas. Usucapião consumado antes do advento do Código Civil. Recurso especial não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, rejeitar a preliminar do direito de recorrer, por maioria, vencidos os Srs. Ministros Carlos Alberto Menezes Direito e Waldemar Zveiter, rejeitar a preliminar do interesse de recorrer e, por unanimidade, não conhecer do recurso especial. Participaram do julgamento os Srs. Ministros Carlos Alberto Menezes Direito, Nilson Naves, Eduardo Ribeiro e Waldemar Zveiter.

Brasília-DF, 17 de agosto de 1999 (data do julgamento).

Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, Presidente.

Ministro ARI PARGENDLER, Relator.

Publicado no DJ de 22.11.1999.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO ARI PARGENDLER: João Antônio Garcia Blaia propôs, em 12 de outubro de 1953, perante o MM. Juiz de Direito da Terceira Vara de Santos, ação de usucapião, tendo como objeto imóvel “situado em Piassaguera, próximo da Estação de Taninguá, Distrito e Município de Itanhaém, neste Estado, Comarca de Santos, perfazendo uma área total de 5.144.912,05 metros quadrados” (fl. 5, 1^a vol.).

Em 3 de setembro de 1957, o MM. Juiz de Direito Dr. Antônio Chaves julgou improcedente o pedido (fls. 1.147/1.156, 5^a vol.).

O Círculo Operário do Ipiranga, cessionário dos direitos de João Antônio Garcia Blaia, interpôs apelação (fls. 1.158/1.199, 5^a vol.) – observo que o recurso ia, presumivelmente, além da peça de fl. 1.199 (5^a vol.), que não contém o respectivo fecho; faltam, porém, as peças seguintes, porque a numeração só foi retomada à fl. 1.405, 5^a vol.

A petição de fl. 1.423 (5^a vol.) dá conta de que a União Federal também apelou, “alertada” – segundo o parecer da Subprocuradoria Geral da República de fls. 1.457/1.456 (5^a vol.) – “quanto à natureza pública da coisa demandada, parte da antiga Aldeia de São João Baptista, condição não constante da inicial transcrita na precatória com que fora citada” (fl. 1.458, 5^a vol.).

Em sessão de 19 de setembro de 1958, por maioria de votos, o apelo da União foi provido pela egrégia Segunda Turma do Tribunal Federal de Recursos, Relator designado o Ministro Caetano Estellita (fls. 1.484/1.496, 5ª vol.), “para o efeito de cassar a sentença apelada e mandar que se processasse a oposição e julgue o juiz, ação e oposição, pela mesma sentença, prejudicada, em consequência, a apelação do autor” (fl. 1.493, 5ª vol.).

Em sessão de 24 de julho de 1961, o acórdão foi mantido em grau de embargos infringentes, Relator designado o Ministro Márcio Ribeiro (fls. 1.553/1.580, 5ª vol.), e, também, em grau de recurso extraordinário, pelo Supremo Tribunal Federal, Relator o Ministro Victor Nunes, a 9 de julho de 1963 (fls. 1.623/1.639, 6ª vol.).

O processo retomou o curso, inclusive com designação de audiência de instrução e julgamento (fls. 1.743/1.744, 6ª vol.), a final não realizada, em face da reinstalação da Justiça Federal, em cujo âmbito ele prosseguiu.

A 16 de outubro de 1980, o MM. Juiz Federal designou nova data para a audiência de instrução e julgamento (fl. 2.012, 6ª vol.), logo cancelada (fl. 2.032, 6ª vol.).

A final, realizada audiência de instrução e julgamento (fl. 2.043, 6ª vol.), o MM. Juiz Federal Jorge Tadeu Flaquer Scartezzini, hoje destacado membro deste Tribunal, julgou, em 18 de junho de 1984, improcedente a oposição da União Federal, bem assim improcedente a ação de usucapião, “para declarar o domínio dos réus – espólio de Leão Benedito de Araújo Novaes – sobre a área descrita na inicial, servindo a presente de título para a competente transcrição no Registro de Imóveis” (fl. 2.126, 7ª vol.).

A egrégia Segunda Turma do Tribunal Federal de Recursos, Relator o Ministro Costa Lima, em 28 de maio de 1985, não conheceu da apelação, ordenando que o MM. Juiz Federal a apreciasse como embargos infringentes (fl. 2.233, 7ª vol.).

Sincal – Sociedade Industrial e Comercial Ltda interpôs recurso extraordinário, alegando a condição de terceiro prejudicado (fls. 2.247/2.263, 7ª vol.); a União Federal também interpôs recurso extraordinário (fls. 2.319/2.332, 8ª vol.).

A egrégia Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, Relator o Ministro Célio Borja, não conheceu do recurso extraordinário interposto por Sincal – Sociedade Industrial e Comercial Ltda, por ilegitimidade de parte; conheceu e deu provimento ao recurso extraordinário interposto pela União Federal para que “o egrégio Tribunal Federal de Recursos prossiga no julgamento das apelações” (fl. 2.440, 8ª vol.).

Por maioria de votos, em 28 de fevereiro de 1989, a egrégia Segunda Turma do Tribunal Federal de Recursos, Relator o Ministro Costa Lima, negou provimento à apelação da União Federal e deu provimento à apelação de Leão Benedito de Araújo Novaes (fls. 2.448/2.477, 8ª vol.).

Seguiram-se embargos infringentes, opostos por Sincal – Sociedade Industrial e Comercial Ltda (fls. 2.485/2.489, 8ª vol.), intitulado-se assistente da União Federal, e pela União Federal (fls. 2.501/2.505, 8ª vol.), rejeitados em 19 de fevereiro de 1997, pela egrégia Primeira Seção do Tribunal Regional Federal da Terceira Região, Relatora a Juíza Eva Regina, em acórdão assim ementado:

“Constitucional e Civil. Usucapião. Assistência. Natureza das terras adquiridas pela Coroa de Portugal, como próprio nacional e reservada para a povoação em que se cuidava da colonização de indígenas. Registro paroquial ou do vigário, criado pela Lei nº 601, de 1850. Validade. Prescrição aquisitiva. Súmula nº 340 do STF.

I – Legitimidade da segunda embargante para integrar a lide e interpor recurso, na condição de assistente da União Federal, uma vez que, nos moldes do artigo 50, parágrafo único, do Código de Processo Civil, esta forma de intervenção é permitida em todos os graus de jurisdição, desde que demonstrado o interesse jurídico em que a sentença seja favorável à parte a quem assiste.

II – As terras, objeto do usucapião, não eram devolutas, posto que adquiridas pela Coroa de Portugal, no início do século XVIII (1711), como próprio nacional, reservado para povoação em que se cuidava da colonização de indígenas. Com a extinção dos aldeamentos, nos meados do século XIX (1850), as terras foram desafetadas ao fim a que se destinavam e incorporadas aos Próprios Nacionais.

III – Pelo Registro Paroquial nº 51, datado de 1856, a área, objeto do usucapião, aparece adquirida por compra e doação, pela Mitra Diocesana de Santos. Também, quando da discriminatória promovida pelo Estado de São Paulo, em 1916, foram reconhecidas como particulares as terras da Aldeia de São João do Peruíbe e, em 1946, a Mitra vendeu tais terras ao Dr. Leão Novaes, réu no presente feito e cujo domínio foi declarado pela r. sentença recorrida, em nome de seu espólio.

IV – A União Federal, que se manteve alheia ao imóvel pelo menos desde o ano de 1856, não pode negar boa-fé ao registro paroquial,

efetivado de acordo com as solenidades legais, previstas para a época, de molde a tornar inoperante a posse imperturbada da área pela Mitra Diocesana de Santos, sob o argumento de que os bens de seu patrimônio não são usucapíveis. O Código Civil estabeleceu a não usucapibilidade dos bens dominiais da União. Porém, tal diploma legal não atinge direitos adquiridos, caso dos autos, visto que, desde 1856, o imóvel encontra-se na posse do contestante vencedor da ação, por si e por seus antecessores e sucessores e contra o qual nada de consistente se logrou articular.

V – A Súmula nº 340 do colendo Supremo Tribunal Federal delimita o tempo a partir do qual não se adquirem tais bens por usucapião, dando pela imprescritibilidade aquisitiva, desde o advento do Código Civil. **Contrario sensu**, se a prescrição aquisitiva operou-se antes da vigência do Código Civil, impõe-se o reconhecimento do usucapião, mesmo sobre bens dominiais.

VI – No caso, não há dúvida quanto à individualização do imóvel e à sua identificação com a área objeto do registro paroquial, em 1856, como adquirida por compra e doação pela Mitra Diocesana, que, em 1946, viria a vendê-la ao Sr. Leão Novaes. Desta forma, mesmo que se reconheça ao registro paroquial apenas seu valor de prova de posse declarada e não impugnada, esta é idônea para assinalar, na sua data, o termo inicial da prescrição aquisitiva quarentenária, indiscutível, se consumada antes do Código Civil (Súmula nº 340 ao **contrario sensu**).

VIII – Preliminar de ilegitimidade de parte rejeitada. Negado provimento aos embargos infringentes” (fls. 2.634/2.635, 9ª vol.).

O Tribunal **a quo** justificou, do seguinte modo, a participação de Sincal – Sociedade Industrial e Comercial Ltda como assistente da União Federal.

“Realmente, como terceiro prejudicado, não tem mais a embarcante possibilidade de recorrer, uma vez que não demonstrou o nexo de interdependência entre o seu interesse de intervir e a relação jurídica submetida à apreciação judicial, conforme manda o artigo 499, parágrafo único, do Código de Processo Civil. E esta decisão já foi coberta pelo pálio da coisa julgada formal.

Entretanto, o terceiro prejudicado não é parte e o que pretende agora a embargante é a sua integração à lide, na condição de assistente da União Federal (fls. 2.485/2.499).

Nos moldes do artigo 50, parágrafo único, do mesmo Código, esta forma de intervenção é permitida em todos os graus de jurisdição, desde que demonstrado o interesse jurídico em que a sentença seja favorável à parte a quem assiste.

Funda a embargante o seu interesse jurídico no fato de que adquiriu, em novembro de 1983, de vários proprietários, três glebas de terras atingidas por esta demanda judicial, bem como o direito preferencial que os primitivos proprietários haviam obtido junto ao Serviço de Patrimônio da União, ao aforamento de ‘terrenos de marinha e nacional interior’.

Alega, então, que a derrota da União afeta diretamente o direito de aforamento da embargante sobre as referidas terras, o qual somente terá eficácia, se a oposição for acolhida.

Documentada a transferência deste direito preferencial (escrituras de fls. 2.554/2.556, 2.557/2.559 e 2.560/2.562), entendo que a embargante demonstrou o interesse jurídico necessário para figurar no feito como assistente da União.

Outrossim, a decisão que admitiu os embargos infringentes, implicitamente deferiu o pedido de assistência (fl. 2.519), vez que, na interposição dos embargos infringentes (fls. 2.485/2.499) a Sincal, preliminarmente, justifica o seu legítimo interesse para integrar a lide como assistente da União. Tendo esta decisão restado irrecorrida, a embargante Sincal deve permanecer no feito na qualidade de assistente da União” (fls. 2.588/2.589, 9ª vol.).

Sincal – Sociedade Industrial e Comercial Ltda opôs embargos de declaração (fls. 2.640/2.650, 9ª vol.), rejeitados em 3 de junho de 1998 (fls. 2.732/2.747, 9ª vol.) – e interpôs recurso especial, com base no artigo 105, inciso III, letras a e c, da Constituição Federal, citando os artigos 923 do Código de Processo Civil, o artigo 497 do Código Civil, os §§ 5º e 11 do Decreto-Lei nº 426, de 24 de julho de 1845, os artigos 3º e 12 da Lei nº 601, de 18 de setembro de 1850, os artigos 72 a 75 do Decreto nº 1.318, de 30 de janeiro de 1854 (fls. 2.752/2.773, 10ª vol.).

O espólio de Leão Benedito de Araújo Novaes respondeu, dizendo que

Sincal – Sociedade Industrial e Comercial Ltda não é assistente, nunca foi admitida como assistente, e, se fosse assistente, faltar-lhe-ia legitimidade para recorrer, porque a União Federal, alegadamente assistida, se conformou com o julgado. Ainda em preliminar, fez ver que “a Sincal citou artigos de lei e julgados, mas é mais certo ainda que o fez sem afirmar que tais artigos tivessem sido diretamente violados pelo acórdão recorrido ou que as decisões referidas configurassem a divergência que permite a interposição de recurso para a instância extraordinária” (fl. 2.876, 10^a vol.). Por outro lado, “deixou de enfrentar um fundamento suficiente do v. acórdão recorrido, qual seja, a ocorrência da prescrição aquisitiva anterior ao Código Civil, pois o julgado privilegiou o argumento de que ainda que se quisesse negar validade ao documento de aquisição das terras, a propriedade se teria consolidado pela posse ininterrupta, sem oposição de boa-fé, desde 1856” (fl. 2.877, 10^a vol.).

A 5 de maio de 1999, os autos foram encaminhados ao meu gabinete (fl. 2.946, 10^a vol.).

PRELIMINAR

O SR. MINISTRO ARI PARGENDLER (Relator): “A assistência” – escrevi em trabalho doutrinário (A Assistência da União Federal nas Causas Cíveis, Coleção Ajuris, Porto Alegre, 1979) – “é o instituto reservado à atuação processual de quem, não estando imediatamente vinculado à relação jurídico-litigiosa, pode sofrer os reflexos da respectiva sentença e por isso tem interesse em que a solução do conflito penda para uma das partes. Daí que o assistente é um auxiliar. Evidentemente ele tem um interesse próprio e pleiteia em nome próprio, mas defende direito alheio. Para isso não basta o interesse decorrente da solidariedade para com um amigo, nem aquele meramente econômico do credor na causa do devedor. Apenas o interesse jurídico justifica a admissão do assistente. Quer dizer, este deve ser titular de uma relação jurídica – não integrante do objeto litigioso – sujeita aos efeitos da sentença.

Sem que se pudesse valer do instituto, o assistente ficaria privado da defesa dos seus interesses. Compreende-se essa circunstância, porque o assistente não formula pedido próprio; nem o pode, sequer por ação direta. A relação jurídica de que é titular está à sombra do objeto litigioso e nele não se inclui. O assistente apenas pede para a parte a quem adere. É o caso do sublocatário relativamente à ação de despejo proposta pelo locador contra o locatário. Ele não é parte no contrato de locação; participa só da relação

sublocatícia, cuja sorte depende da subsistência da locação. Nada pode pedir contra o locador, mas seus interesses ficarão irremediavelmente afetados pela procedência da ação. Que alternativa tem senão a de, como assistente, aderir à posição do locatário?

A assistência, portanto, define-se pelo fato de propiciar auxílio a uma das partes, e é esse traço que tem dado margem a infundáveis discussões sobre a natureza do assistente, se de parte ou não, com toda dificuldade radicada num aparente paradoxo: o de que o assistente, desde que movimentado o processo, não é terceiro em relação a ele, e, desde que não está legitimado a sustentar em nome próprio um dos pólos da relação jurídica, não é parte.

No Direito italiano, referindo-se ao interveniente adesivo, **Segni** e **Costa** têm-no como parte. No Direito germânico, em que o instituto também é denominado de interveniência adesiva, **Schönke** e **Lent** não o admitem como tal. Curiosamente, **Wach** – a propósito do ordenamento alemão – concluiu que a melhor maneira de definir esse interveniente é a de atribuir-lhe a condição de assistente do litigando ‘em nome próprio e por conta própria’. De fato, o vocábulo assistência, que é tradicional em nosso direito, dá uma idéia precisa de quem assim participa do processo.

No sentido tradicional, o assistente não é parte. Parte é a pessoa que pede e contra a qual se pede. O assistente nada pede para si e a sentença também não o atinge imediatamente. Mas não basta constatar que ele foge à conceituação de parte. O fato é que o direito positivo lhe assegura uma atuação processual destacada sempre que os efeitos da sentença possam refletir-se em outra relação jurídica que não a litigiosa (e de que seja titular). ‘O assistente’ – diz o art. 52 do CPC – ‘atuará como auxiliar da parte principal, exercerá os mesmos poderes e sujeitar-se-á aos mesmos ônus processuais que o assistido’. Aí se fala em parte principal por oposição a assistente e se atribui expressamente a este a função de auxiliar, donde a conclusão de que o assistente é parte, mas **sui generis**: parte auxiliar” (pp. 13/15).

“A assistência pressupõe a existência de uma relação processual. Ela tem lugar em todos os graus de jurisdição, ‘mas o assistente recebe o processo no estado em que se encontra’ (art. 50, parágrafo único). O fato de que o assistente pode ingressar no processo em qualquer grau de jurisdição é a prova final de que, no sistema vigente, ele não pleiteia direito próprio. Do contrário, não se compreenderia essa faculdade sem ofensa ao princípio do duplo grau de jurisdição” (op. cit., p. 20).

“A atuação do assistente simples cessa se a parte principal reconhecer o pedido, desistir da ação ou transigir sobre direitos controvertidos (art. 54). Questão importante é a de saber se, na ausência de recurso da parte, o assistente simples pode recorrer. O Código do Estado da Bahia já perfilhava a melhor orientação: ‘Pode o assistente intervir em qualquer período do processo, enquanto se não proferir sentença irrecorrível, sendo-lhe facultado interpor os recursos legais ainda que o não faça a parte a que assiste (art. 18). Em anotação que lhe fez, Eduardo Espínola já sinalava, porém, que ‘em hipótese alguma será o recurso do assistente obstáculo à desistência, à renúncia, à composição da parte auxiliada’” (*ib.*, pp. 20/21).

“A participação do assistente litisconsorcial independe de qualquer ato praticado pelo assistido, em relação ao qual é tido como litigante distinto. Por via de consequência, o ingresso do assistente litisconsorcial inibe a atuação da parte principal, que não pode transigir plenamente acerca da relação litigiosa” (*ibid.*, pp. 20/21).

Seja simples, seja litisconsorcial, o assistente pode, portanto, interpor recurso, ainda que o assistido não o faça.

Esse também é o entendimento de **Arruda Alvim**, entre outros (Manual de Direito Processual Civil, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 6ª edição, vol. 2, pp. 132/133).

Aqui, todavia, se discute se Sincal – Sociedade Industrial e Comercial Ltda é, mesmo, assistente da União Federal.

O Tribunal **a quo** decidiu que se trata de questão preclusa, porque os indigitados embargos infringentes foram processados por decisão irrecorrida (fl. 2.590, 9ª vol.), e que, ademais, a assistência está plenamente legitimada no caso.

Os embargos infringentes opostos por Sincal – Sociedade Industrial e Comercial Ltda foram protocolados em 13 de junho de 1989, ainda perante o egrégio Tribunal Federal de Recursos (fl. 2.485, 8ª vol.); a respectiva admissão se deu, em 29 de junho de 1990, pelo Juiz Souza Pires do egrégio Tribunal Regional Federal da 3ª Região (fl. 2.519, 8ª vol.), depois de constatar-se que ainda não haviam sido processados (fl. 2.507, 8ª vol.). Essa decisão é, por natureza, irrecorrível, e não preclui, porque se trata de juízo provisório, dependente de confirmação pelo órgão competente para o respectivo julgamento. “O órgão que vai julgar o mérito” – esclareceu **Pontes de**

Miranda – “pode deixar de conhecer do recurso” (Comentários ao Código de Processo Civil, Forense, Rio, 1975, Tomo VII, 360). Só a decisão que nega seguimento aos embargos infringentes está sujeita a recurso, cujo prazo, à época, era de quarenta e oito (48) horas (CPC, art. 532, § 1^a, na sua redação originária), e hoje é de cinco (5) dias (CPC, artigo 532, **caput**, com a redação da Lei nº 8.950, de 1994). Na espécie, a legitimidade de Sincal – Sociedade Industrial e Comercial Ltda para opor os embargos infringentes foi impugnada pelo espólio de Leão Benedito de Araújo Novaes (fls. 2.523/2.529, 8^a vol). Renovada essa impugnação nas contra-razões do recurso especial (fls. 2.871/2.886, 10^a vol.), a questão relativa à assistência não está preclusa, e deve ser decidida.

Sincal – Sociedade Industrial e Comercial Ltda justificou a assistência do seguinte modo:

“Como fazem prova as escrituras de compra e venda que se encontram às fls. 264 e seguintes dos autos, a embargante adquiriu, em novembro de 1983, de vários proprietários, três glebas localizadas na Praia de Peruíbe, antigo aldeamento indígena de São João de Peruíbe, Município de Peruíbe, Comarca de Itanhaém, no Estado de São Paulo, bem como o direito preferencial, que os primitivos proprietários haviam obtido junto ao Serviço de Patrimônio da União, ao aforamento de terreno de marinha e nacional interior” (fl. 2.487, 8^a vol.).

Quer dizer, as aludidas escrituras públicas teriam transmitido apenas a posse do imóvel, com o adjecto direito preferencial ao aforamento, embora isso não esteja claro nas escrituras de compra e venda. Nelas se diz que Sinésio Silva Passos e outros “são senhores e legítimos possuidores do imóvel” (fls. 2.275v., 2.281v. e 2.287v., 7^a vol.), cujo título “ainda não” foi “registrado no competente Cartório de Registro de Imóveis, o que será feito oportunamente” (fls. 2.276, 2.282 e 2.288, 7^a vol.), e vendem “a área já descrita e caracterizada” a Sincal – Sociedade Industrial e Comercial Ltda, “cedendo-lhe e transferindo-lhe toda a posse, ação e mais direitos que tinham e vinham exercendo” (fls. 2.555 e verso, 2.558 e verso, 2.561 e verso, 9^a vol.). Há, depois disso, sem qualquer explicação, a transcrição de alvarás, a seguir reproduzidos na parte comum: “Transcrição de Alvará. ‘Serviço Público Federal. Ministério da Fazenda. Serviço de Patrimônio da União. Delegacia no Estado de São Paulo. Alvará nº 1698-83. Válido até o dia 30.01.1984. Por esta Delegacia se declara, em virtude de despacho de

26.10.1983, exarado pelo Sr. Delegado, no Processo nº 31.500/1982, que foi concedida licença a Sinésio Silva Passos; Helena da Silva; Margarida da Silva; Waldomiro Pedro Luz; Teodoro Pedro Gomes; Thereza Maria Evangelista e Marciliano da Silva, para transferir a Sincal – Sociedade Industrial e Comercial Ltda, direito preferencial ao aforamento de terreno de marinha e nacional interior, localizado na Praia de Peruíbe – antigo Aldeamento de São João de Peruíbe, no Município de Peruíbe, neste Estado, visto inexistir débito apurado até a presente data” (fls. 2.556, 2.559 e 2.562, 9ª vol.).

Essas mesmas escrituras já estavam entranhadas nos autos às fls. 2.274/2.279, 2.280/2.285 e 2.286/2.291 do 7ª vol., tendo a egrégia Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, em função delas, deixado de conhecer do recurso extraordinário, nestes termos:

“No concernente ao recurso de Sincal – Sociedade Comercial e Industrial Ltda, embora admitido na origem, juntamente com o da União Federal e o do espólio adesivamente, não teve parecer favorável do Ministério Público Federal ao argumento de que: ‘O recurso de Sincal – Sociedade Comercial e Industrial Ltda não merece ser admitido, pois a recorrente não comprovou sua legitimidade para ingressar no processo, mesmo porque o fez apenas para recorrer extraordinariamente; os documentos que instruem sua petição de recurso não comprovam a aquisição do domínio por ela alegada. Também não ficou demonstrado o prejuízo que teria sofrido com o acórdão (pois é dele que recorre, não se tendo insurgido contra a sentença, embora esta fosse posterior ao negócio jurídico noticiado nos referidos documentos)’ (fl. 2.432). *Por esses fundamentos dele não conheço*” (fl. 2.440, 8ª vol. – o grifo não é do texto original.

Salvo melhor juízo, em face dessa motivação, o artigo 473 do Código de Processo Civil (“É defeso à parte discutir, no curso do processo, as questões já decididas, a cujo respeito se operou a preclusão”), não tolhe a assistência **sub judice**. Já não é possível pretender que as referidas escrituras de compra e venda tenham transmitido o alegado domínio. Na espécie, todavia, o interesse de agir como assistente dispensa o reconhecimento desse domínio. Basta, para caracterizar esse interesse, a condição de cessionário do direito preferencial ao aforamento, que, fora de toda dúvida, ficará prejudicada se a oposição da União Federal for julgada improcedente. A declaração de que o espólio de Leão Benedito de Araújo Novaes

é proprietário da área disputada implicará a perda do objeto do direito preferencial ao aforamento, que supõe a propriedade da União.

Diversa seria a conclusão, se as pretendidas escrituras tivessem por objeto a propriedade das glebas, já em função da coisa julgada formal, já pela impossibilidade lógica denunciada na impugnação aos embargos infringentes, a de que, então, assistente e assistida teriam interesses colidentes, assim demonstrada:

“... a discussão posta nesta fase comporta apenas duas soluções: ou se confirma a sentença e o acórdão e se mantém o direito do embargado sobre a área em causa; ou se acolhe a oposição e se reconhece serem as terras próprios nacionais (hipótese inviável e que não encontra amparo na prova dos autos, na doutrina, na jurisprudência ou na legislação pertinente). Ora, em qualquer das soluções o prejuízo da embargante deve ser o mesmo, pois em nenhuma delas se reconhecerá sua alegada situação de proprietária das terras” (fl. 2.528, 8ª vol.).

VOTO

O SR. MINISTRO ARI PARGENDLER (Relator): Já não se discute a respeito da ação de usucapião desde o julgamento da apelação pela egrégia Segunda Turma do Tribunal Federal de Recursos, cujo Relator, o Ministro Costa Lima, delimitou, do seguinte modo, as questões pendentes:

“As questões trazidas a este segundo grau de jurisdição são apenas duas: a) a da melhoria de honorários, contida no apelo do espólio vencedor da demanda; e n) a referente à pretensão de domínio da União, posta no apelo desta e na **remessa ex officio**” (fl. 2.451, 8ª vol). ... “Os outros (pedidos) estão prejudicados pelo trânsito em julgado da sentença” (fl. 2.451, 8ª vol.).

Nesta altura, o tema está limitado a definir se a propriedade controvertida é da União Federal ou do espólio de Leão Benedito de Araújo Novaes.

O imóvel está em nome de Leão Benedito de Araújo Novaes, como parte de uma transcrição maior levada a efeito sob nº 9.633 no Cartório do Registro de Imóveis da 3ª Circunscrição de Santos, datada de 3 de janeiro

de 1946, nos dizeres do assistente (então perito) indicado pelo autor da ação de usucapião, **in verbis**:

“... que as terras que constituem objeto da presente ação de usucapião estão compreendidas no imóvel que o Dr. Leão Benedito de Araújo Novaes adquiriu da Mitra Diocesana de Santos, por escritura de 17 de dezembro de 1945 e inscrita no Registro de Imóveis sob nº 9.633” (fl. 932 v.).

Já a propriedade da Mitra Diocesana de Santos vem da Fábrica da Matriz de Itanhaém, “pertencente à Diocese de Santos, há mais de três séculos” (fl. 76v., 1ª vol.), em cujo nome o imóvel “foi registrado em doze de maio de mil oitocentos e cinqüenta e seis, no Registro Paroquial sob número cinqüenta e três” (fl. 76v., 1ª vol.); ... “essas terras foram discriminadas pelo Governo do Estado em mil novecentos e dezesseis” (fl. 76v., 1ª vol.).

A União Federal objetou que “O título declarado no Registro Paroquial nº 53 nunca existiu” (fl. 2.186, 7ª vol.), bem assim que a sentença prolatada na ação discriminatória não pode produzir quaisquer efeitos, porque as terras **sub judice** não são devolutas: “Os terrenos dos extintos aldeamentos de índios não são devolutos, pois foram incorporados aos próprios nacionais, no governo imperial, excetuados nos que se fundaram vilas e povoados e os que se destinassem a logradouros públicos. Não sendo devolutos, não estão incluídos entre os que foram distribuídos aos Estados, por força do artigo 64 da Constituição de 1891” (trecho da ementa do parecer do então Subprocurador-Geral da República, Dr. Geraldo Andrade Fonteles, fl. 2.163, 7ª vol.).

O acórdão recorrido decidiu que as terras não eram devolutas.

Lê-se no julgado:

“Realmente, ficou incontroverso, desde a sentença, que as terras em questão, com área de cerca de 5.144.912 metros quadrados, no local denominado ‘Piassaguera’, Município de Itanhaém, não eram devolutas, uma vez que adquiridas pela Coroa de Portugal, no início do século XVIII (1711), como próprio nacional, reservado para a povoação em que se cuidava da colonização de indígenas. Com a extinção dos aldeamentos, nos meados do século XIX (1850), as terras foram desafetadas ao fim a que se destinavam e incorporadas aos Próprios Nacionais” (fl. 2.594, 9ª vol.).

Mas, sem embargo da natureza que lhes atribuiu, isto é, de terras não devolutas, e sim integradas entre os próprios nacionais, o Tribunal a quo reconheceu que elas passaram para o patrimônio da Mitra Diocesana de Santos, por força de usucapião consumado antes do Código Civil.

“Todavia” – está dito no acórdão – “em 1850, a Lei nº 601 criou o Registro Paroquial ou do Vigário (registro feito perante o Vigário da Paróquia).

Embora persista grande discussão sobre a natureza desse Registro, sendo que para alguns tinha mero efeito estatístico, sendo imprestável para comprovar posse ou outorgar propriedade, certo é que pelo Registro Paroquial nº 53, datado de 1856, a área, objeto do usucapião, aparece adquirida por compra e doação, pela Mitra Diocesana de Santos (fls. 76/79).

Também, quando da discriminatória promovida pelo Estado de São Paulo, em 1916, foram reconhecidas como particulares as terras da Aldeia de São João do Peruíbe (fl. 177). Em 1946, a Mitra vendeu tais terras ao Dr. Leão Novaes, réu no presente feito e cujo domínio foi declarado pela r. sentença recorrida, em nome do seu espólio.

Trata-se, pois de saber se a União Federal, que se manteve alheia ao imóvel pelo menos desde o ano de 1856, pode agora pretender negar boa-fé ao Registro Paroquial, efetivado de acordo com as solenidades legais, previstas para a época, de molde a tornar inoperante a posse imperturbada da área pela Mitra Diocesana de Santos, desde aquela data, sob o argumento de que os bens de seu patrimônio não são usucapíveis.

Entendo que não.

Entre nós, o diploma legislativo que estabeleceu a não usucapibilidade dos bens dominiais da União foi o Código Civil. Porém, tal diploma legal não atinge direitos adquiridos.

No caso dos autos, ainda que se quisesse negar validade ao documento paroquial citado, que data de 1856, ao menos há que se reconhecer que, desde aquela data, o imóvel encontra-se na posse do contestante vencedor da ação, por si e por seus antecessores e sucessores e contra o qual nada de consistente se logrou articular.

A Súmula nº 340 do colendo Supremo Tribunal Federal delimita o tempo a partir do qual não se adquirem tais bens por usucapião, dando pela imprescritibilidade aquisitiva, desde o advento do Código Civil, quando estipula: ‘Desde a vigência do Código Civil, os bens dominiais, como os demais bens públicos, não podem ser adquiridos por usucapião’.

Contrario sensu, se a prescrição aquisitiva operou-se antes da vigência do Código Civil, impõe-se o reconhecimento do usucapião, mesmo que sobre bens dominiais” (fl. 2.596, 9ª vol.).

Em suma, sem negar ao Registro do Vigário o **ius in re**, o acórdão recorrido é explícito no sentido de que a improcedência da oposição decorre da posse continuada, exteriorizada pela Mitra Diocesana de Santos, que deu origem ao usucapião antes da vigência do Código Civil.

A respeito desse fundamento, as razões do recurso especial ou são omissas ou mal aparelhadas, dependendo da tolerância do intérprete.

Pela letra **a**, referem o artigo 923 do Código de Processo Civil (‘Na pendência do processo possessório é defeso, assim ao autor como ao réu, intentar ação de reconhecimento de domínio’) e o artigo 497 do Código Civil (‘Não induzem posse os atos de mera permissão ou tolerância’).

Sobre não terem sido prequestionadas, essas normas são inaplicáveis à espécie; a primeira, porque aqui não se trata de processo possessório; a segunda, porque a tese do acórdão é a de que o usucapião se consumou antes do advento do Código Civil, quando as normas deste ainda não estavam em vigor.

Pela letra **c**, o recurso especial aponta como paradigma o acórdão proferido pela egrégia Terceira Turma do Tribunal Federal de Recursos, Relator o Ministro Carlos Madeira, que, todavia, não diverge no particular, admitindo pudessem os bens públicos ser adquiridos por usucapião antes do Código Civil – tal qual demonstrado pelo Tribunal **a quo**, nestes termos:

“Outrossim, conforme bem lembrado pelo espólio de Leão Benedito de Araújo Novaes, na impugnação aos embargos (fls. 2.530/2.540), o precedente trazido à colação pelo Ministério Público Federal, em seu parecer, constante de fls. 2.163/2.193 e consistente na AC nº 49.107, de 10.12.1982, relator o eminente Ministro Carlos Madeira, Revista de Direito Agrário, 10/72, não aproveita na espécie à União.

Naquele julgado realmente ficou estabelecido que os terrenos dos antigos aldeamentos indígenas não eram devolutos porque foram incorporados aos próprios nacionais. De conseguinte, não estariam incluídos entre os que foram distribuídos aos Estados, por força do art. 64 da Constituição de 1891. E concluiu por julgar improcedente o usucapião. Todavia ficou ressalvado, no último parágrafo da ementa:

‘Ementa. Bens do domínio da União. Terrenos de extintos aldeamentos de índios. Usucapião.

.....

Tratando-se de terras públicas, e não demonstrada a prescrição aquisitiva anterior ao Código Civil, não são mais suscetíveis de usucapião (Súmula nº 340 do STF).’

No caso, não há dúvida quanto à individualização do imóvel e à sua identificação com a área objeto do registro paroquial, em 1856, como adquirida por compra e doação pela Mitra Diocesana, que, em 1946, viria a vendê-la ao Sr. Leão Novaes.

Desta forma, mesmo que se reconheça ao registro paroquial apenas seu valor de prova de posse declarada e não impugnada, esta é idônea para assinalar, na sua data, o termo inicial da prescrição aquisitiva quarentenária, indiscutível, se consumada antes do Código Civil (Súmula nº 340 a **contrario sensu**)” (fls. 2.598/2.599, 9ª vol.).

O mais, tanto pela letra **a** quanto pela letra **c**, diz respeito à natureza das terras **sub judice**, que não seriam devolutas – mas isso foi exatamente o que o acórdão recorrido afirmou.

Voto, por isso, no sentido de não conhecer do recurso especial.

VOTO-VENCIDO

O SR. MINISTRO CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO: Srs. Ministros, peço vênias ao eminente Ministro-Relator para dele dissentir. Entendo que o processo é o mesmo. Houve o recurso extraordinário e o Supremo Tribunal Federal desqualificou o interesse da empresa para funcionar no processo. Nessa medida, se há essa decisão do Supremo Tribunal Federal, entendo que não cabe a interposição do recurso.

Acolho a preliminar e não conheço do recurso especial.

VOTO (1ª PRELIMINAR)

O SR. MINISTRO NILSON NAVES: Sr. Presidente, peço vênias a V. Exa. para, quanto à preliminar em discussão, acompanhar o Relator.

VOTO (PRELIMINAR)

O SR. MINISTRO EDUARDO RIBEIRO: Sr. Presidente, o Supremo

Tribunal Federal negou a ele a qualidade de terceiro prejudicado, mas o fez apenas à consideração de que não tinha o domínio. Pretende agora a condição de assistente, com outro fundamento. Não pretende simplesmente recorrer como terceiro, mas ser assistente, embora os pressupostos da assistência e do terceiro sejam praticamente os mesmos. De qualquer sorte, é a outro título, e penso que se pode admitir. Peço vênias para acompanhar o Sr. Ministro-Relator.

1ª PRELIMINAR (VOTO-VENCIDO)

O SR. MINISTRO WALDEMAR ZVEITER: Sr. Ministro Ari Pargendler, estou de acordo com V. Exa., mas lamento não poder colher a mesma interpretação que V. Exa. e os eminentes Ministros que me antecederam na votação, Nilson Naves e Eduardo Ribeiro, depreenderam desta decisão do Supremo Tribunal Federal.

Pelas razões que vinha expondo até agora, embora esclarecido – e agradeço a V. Exa. pelos esclarecimentos – coloco-me também na posição do eminente Ministro Carlos Alberto Menezes Direito. Tenho para mim que o Supremo Tribunal Federal, tendo declarado às expensas – e relembro que a condição em que o Supremo Tribunal Federal examinou a qualidade em que se situava nos autos esta recorrente, afirmando que o fazia na qualidade de terceiro interessado ou prejudicado – não admitiu o seu recurso porque não viu legitimação para que ela estivesse nos autos, estou de acordo com o voto do Sr. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, porque se o Supremo Tribunal Federal disse que ela não estava legitimada, não tinha esse interesse, seja porque declaradamente, segundo a parte, se fincava no domínio, seja porque representava um mero interesse e então, com os esclarecimentos, ficou consignado que ele se referia a um direito preferencial de aforamento, cuja origem estava nos alvarás concedidos, que já constavam também dos autos examinados pela douta Procuradora, encampado pelo eminente Ministro Célio Borja, peço vênias a V. Exa. e aos eminentes Ministros Nilson Naves e Eduardo Ribeiro, para acolher a preliminar e, nesse sentido, não conhecer do recurso.

VOTO (2ª PRELIMINAR)

O SR. MINISTRO NILSON NAVES: Sr. Presidente, das peças que tive em mãos, de sua leitura e das sustentações, a impressão que também me fica é a da deficiência do especial, bem como a circunstância de que se decidiu à luz das provas. Não conheço do recurso.