



Jurisprudência da **Terceira Turma**

**AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 807.959-DF
(2006/0189789-7)**

Relator: Ministro Paulo Furtado (Desembargador convocado do TJ-BA)

Agravante: José Fernando Cirne Lima Eichenberg - Espólio

Advogados: Aristides Junqueira Alvarenga e outro(s)

Agravado: S/A Correio Braziliense

Advogados: Francisco Queiroz Caputo Neto e outro(s)

EMENTA

Processual Civil. Agravo regimental. Direito Civil. Dano moral. Indenização. Revisão do Valor no STJ. Hipótese excepcional. Afastamento da Súmula n. 7-STJ. Inocorrência de reavaliação do contexto fático e probatório. Montante arbitrado com equidade pelo Tribunal recorrido.

1. Esta Corte, cuja missão é uniformizar a interpretação do direito federal, há alguns anos começou a afastar o rigor da técnica do recurso especial para controlar o montante arbitrado pela instância ordinária a título de dano moral, com o objetivo de impedir o estabelecimento de uma “indústria do dano moral” (REsp n. 504.639-PB, Min. Sálvio de Figueiredo, DJ de 25.08.2003, p. 323).

2. O Superior Tribunal de Justiça, em situações especialíssimas como a dos autos - de arbitramento de valores por dano moral - ciente do seu relevante papel de Tribunal do Pacto Federativo, e com o escopo final de estabelecer a pacificação social, se pronuncia nos casos concretos para aferir a razoabilidade do *quantum* destinado à amenização do abalo moral (REsp n. 1.089.444-PR, Min. Nancy Andrighi, DJe de 03.02.2009).

3. Não se tem dúvida de que esta Corte, ao reexaminar o montante arbitrado pelo Tribunal *a quo* nesta situação, mergulha nas particularidades soberanamente delineadas pela instância ordinária para aferir a justiça da indenização (se ínfima, equitativa ou exorbitante), afastando-se do rigor da técnica do recurso especial, consubstanciada, na hipótese em tela, pela Súmula n. 7-STJ.

4. A atuação deste Tribunal na revisão do *quantum* arbitrado como dano moral não consubstancia reavaliação da prova, segundo a qual o STJ, mantendo as premissas delineadas pelo acórdão recorrido, e sem reexaminar a justiça ou injustiça da decisão impugnada, qualifica juridicamente os fatos soberanamente comprovados na instância ordinária (AgRg no REsp n. 461.539-RN, Min. Hélio Quaglia Barbosa, DJ de 14.02.2005, p. 244; REsp n. 327.062-MG, Min. Menezes Direito, DJ de 05.08.2002, p. 330).

5. No caso dos autos, não há desproporcionalidade no valor arbitrado pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, levando-se em consideração as condições pessoais e econômicas dos envolvidos.

6. Agravo regimental parcialmente provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, dar parcial provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Nancy Andrichi, Massami Uyeda, Sidnei Beneti e Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ-RS) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 26 de maio de 2009 (data do julgamento).

Ministro Paulo Furtado (Desembargador convocado do TJ-BA), Relator

DJe 04.06.2009

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Paulo Furtado (Desembargador convocado do TJ-BA): Trata-se de agravo regimental interposto contra decisão que negou provimento a agravo de instrumento, cuja ementa é a seguinte:

Agravo de instrumento. Recurso especial. Indenização. Dano moral. *Quantum* indenizatório. Revisão probatória. Impossibilidade. Súmula n. 7-STJ.

I – Em âmbito de recurso especial não há campo para se revisar entendimento assentado em provas, conforme está sedimentado no enunciado n. 7 da Súmula desta Corte.

II - É possível a intervenção desta Corte para reduzir ou aumentar o valor indenizatório por dano moral apenas nos casos em que o quantum arbitrado pelo acórdão recorrido se mostre irrisório ou exagerado, situação que não ocorreu no caso concreto.

Agravo improvido.

Requer o agravante a reforma do julgado, sob a alegação de que a redução drástica do valor da indenização ultrapassa as raias da razoabilidade, e que se apresenta irrisória a quantia fixada pelo Tribunal de origem.

Sustenta estar contraditória a decisão agravada, pois afirma ser inaplicável a Súmula n. 7-STJ, mas entende que no caso dos autos o valor não se afigura exorbitante ou irrisório.

Afirma, ainda, que esta Corte, em hipóteses semelhantes, tem usado como parâmetro para fixação do montante a ser pago a título de indenização valores estabelecidos entre 200 e 500 salários mínimos.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Paulo Furtado (Desembargador convocado do TJ-BA) (Relator): De fato, os argumentos alinhados pelo agravante demonstram a existência de contradição na decisão agravada, quando é analisado o valor arbitrado a título de dano moral para, em seguida, aplicar-se a Súmula n. 7-STJ.

Diante disso, importante tecer algumas considerações a respeito do tema.

O Superior Tribunal de Justiça, cuja missão é uniformizar a interpretação do direito federal, há alguns anos começou a afastar o rigor da técnica do recurso especial para controlar o montante arbitrado pela instância ordinária por dano moral, objetivando impedir o estabelecimento de uma “indústria do dano moral”, como se pode verificar nos seguintes precedentes:

Civil e Processo Civil. Negativa de prestação jurisdicional.

Ausência. Indenização. Danos morais. Carta de cobrança sem dizeres ofensivos. Dívida em juízo. Inscrição no cadastro não consumada.

Liminar observada. Indenização indevida. Recurso desacolhido. (...)

IV - A indenização por dano moral não deve ser deferida por qualquer contrariedade, não se devendo estimular o enriquecimento indevido nem a chamada "indústria do dano moral".

(REsp n. 504.639-PB, Rel. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, Quarta Turma, julgado em 26.06.2003, DJ 25.08.2003 p. 323 - sem grifos no original).

Direito Civil. Solidariedade passiva. Transação com um dos co-devedores. Outorga de quitação plena. Presunção de renúncia à solidariedade. Direito Civil. Indenização. Dano efetivo. Danos morais. Alteração pelo STJ. Valor exorbitante ou ínfimo. Possibilidade. (...)

- A intervenção do STJ, para alterar valor fixado a título de danos morais, é sempre excepcional e justifica-se tão-somente nas hipóteses em que o quantum seja ínfimo ou exorbitante, diante do quadro delimitado pelas instâncias ordinárias. Precedentes. (...)

Recurso especial parcialmente conhecido e, nesse ponto, provido.

(REsp n. 1.089.444-PR, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 09.12.2008, DJe 03.02.2009 - sem grifos no original).

Civil e Processual Civil. Recurso especial. Acidente de trabalho. Morte. Dano moral. Valor indenizatório. Revisão. Inexistência de abuso em sua fixação.

1. Possível a excepcional intervenção do STJ quando o valor do dano moral foi arbitrado em patamar irrisório ou abusivo, não condizente com os princípios da proporcionalidade e razoabilidade. (...)

3. Recurso especial não conhecido.

(REsp n. 690.975-MS, Rel. Ministro Aldir Passarinho Junior, Quarta Turma, Julgado em 07.10.2008, DJe 03.11.2008).

Não se tem dúvida de que esta Corte, ao reexaminar o montante arbitrado pelo Tribunal *a quo* nesta situação, mergulha nas particularidades do caso concreto para aferir a justiça da indenização (se ínfima, equitativa ou exorbitante), afastando-se do rigorismo da técnica do recurso especial, representada, na hipótese em tela, pela Súmula n. 7-STJ.

A atuação desta Corte na revisão do montante arbitrado como dano moral não consubstancia reavaliação da prova, segundo a qual o STJ, mantendo as premissas delineadas pelo acórdão recorrido e sem reexaminar a justiça ou injustiça da decisão impugnada, qualifica juridicamente os fatos soberanamente comprovados na instância ordinária.

Corroboram esse entendimento os seguintes arestos:

Agravo regimental no recurso especial. Reexame de matéria fático-probatória. Inexistência. Valoração da prova. Possibilidade em sede de recurso especial.

- Não há falar em incidência da Súmula n. 7 deste Sodalício quando, na verdade, ocorrer uma qualificação jurídica da prova contida nos autos.

- Recurso especial. Não ofende o princípio da Súmula n. 7 emprestar-se, no julgamento do especial, significado diverso aos fatos estabelecidos pelo acórdão recorrido. Inviável é ter como ocorridos fatos cuja existência o acórdão negou ou negar fatos que se tiveram como verificados (AgRg nos EREsp n. 134.108-DF; Rel. Ministro Eduardo Ribeiro, Corte Especial, in DJ 16.08.1999, p. 36).

- Agravo regimental não provido.

(AgRg no REsp n. 461.539-RN, Rel. Ministro Hélio Quaglia Barbosa, Sexta Turma, julgado em 16.12.2004, DJ 14.02.2005 p. 244)

Embargos à execução. Assistência. Embargos de declaração.(...)

3. A valoração da prova cuida da qualificação jurídica dos fatos demonstrados (REsp n. 5.663-SP, Relator o Senhor Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ de 20.05.1991), não autorizando novo exame de provas.

4. Recurso especial não conhecido.

(REsp n. 327.062-MG, Rel. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, Terceira Turma, julgado em 06.05.2002, DJ 05.08.2002 p. 330)

Portanto, inquestionável que o Superior Tribunal de Justiça, em situações especialíssimas como a dos autos - de arbitramento de valores a serem pagos por dano moral -, ciente do seu relevante papel de Tribunal do Pacto Federativo, e com o escopo final de promover a pacificação social, se pronuncie diante de casos concretos, para aferir a razoabilidade do *quantum* destinado à amenização do abalo moral.

Na hipótese dos autos, verifico que o valor arbitrado pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios foi justamente estipulado, sem desproporcionalidade, levando-se em consideração as condições pessoais e econômicas dos envolvidos (REsp n. 210.101-PR, Min. Carlos Fernando Mathias, Quarta Turma, DJe de 09.12.2008; AgRg no Ag n. 425.317-RS, Min. Nancy Andrichi, Terceira Turma, DJ de 02.09.2002 p. 188).

Com essas considerações, dou parcial provimento ao agravo regimental, nos termos acima explicitados.

É o voto.

**RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA N. 20.386-PR
(2005/0119781-4)**

Relator: Ministro Paulo Furtado (Desembargador convocado do TJ-BA)

Recorrente: Josué Fanini Meneguette

Advogado: Heitor Wolff Junior

T. Origem: Tribunal de Justiça do Estado do Paraná

Impetrado: Juiz de Direito da 1ª Vara Cível de Curitiba-PR

Recorrido: Elizabeth Alice de Araújo

Advogados: Jose Augusto Araujo de Noronha e outro

EMENTA

Recurso ordinário em mandado de segurança. Arrematação em execução alheia por crédito trabalhista. Possibilidade. Art. 186 do CTN. Prevalência do crédito trabalhista mesmo que garantido por penhora posterior à do crédito hipotecário.

1 - Em homenagem ao Princípio da Efetividade, é pacífico na doutrina a possibilidade de se arrematar bem em execução alheia, conforme inúmeros precedentes que envolvem credores hipotecários.

2 - O art. 186 do CTN proclama que o crédito de natureza fiscal não está sujeito a concurso de credores, razão por que os créditos de natureza trabalhista, que sobressaem em relação àqueles, por lógica, não estarão. Precedentes.

3 - Em que pese a previsão legal insculpida no art. 711 do CPC, segundo a qual a primeira penhora no tempo tem preferência no direito - *prior in tempore, potior in iure*, havendo a existência de título privilegiado, fundada em direito material, este prevalecerá. Precedentes.

4 - O credor que possui bem penhorado para garantir a execução trabalhista, pode arrematar este mesmo bem, em execução movida por terceiros contra o mesmo executado, por gozar de crédito privilegiado, incidindo, assim, o art. 690, § 2º.

5 - Ordem concedida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conceder a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Nancy Andrigli, Massami Uyeda, Sidnei Beneti e Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ-RS) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 19 de maio de 2009 (data do julgamento).

Ministro Paulo Furtado (Desembargador convocado do TJ-BA), Relator

DJe 03.06.2009

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Paulo Furtado (Desembargador convocado do TJ-BA): Trata-se de recurso em mandado de segurança interposto contra o acórdão proferido pelo Tribunal de Alçada do Estado do Paraná, assim ementado:

Mandado de segurança. Decisão sujeita à interposição de agravo de instrumento. Entendimento divergente. Terceiro que não é parte na ação. Possibilidade de impetração de mandado de segurança. Arrematação de bem em leilão. Pagamento do preço em crédito reconhecido em sentença trabalhista. Impossibilidade. Necessidade de interposição da execução. Segurança denegada.

- Cabe mandado de segurança frente à decisão judicial proferida em face de terceiro alheio à demanda.

- O privilégio do crédito trabalhista só pode ser exercido quando em disputa com outros créditos em mesmas condições. Precisa ser executado. (fl. 121)

O impetrante ofereceu lance em praça pública, pretendendo arrematar o bem por valor superior ao da avaliação, com seu crédito trabalhista junto ao mesmo executado, tendo tal pretensão sido indeferida pelo magistrado impetrado, ao mesmo tempo em que deferiu pedido de adjudicação do imóvel pela exequente, e determinou a expedição de carta de adjudicação.

O tribunal *a quo*, embora tenha concedido o pedido liminar em mandado de segurança, no mérito, denegou a ordem.

No presente recurso ordinário em mandado de segurança, alega que o bem fora penhorado pela Justiça do Trabalho, no processo de execução que o recorrente promove, e, por ocasião da segunda hasta pública, foi dado o lance com o crédito trabalhista, sendo este líquido, certo e exigível.

Assim, o recorrente pretende que liminarmente seja impedida a expedição de carta de adjudicação em favor de Elizabeth Alice de Araújo. Requer seja considerado válido o lance que ofertou e, por consequência, seja expedida a carta de arrematação em seu favor.

É o relatório

VOTO

O Sr. Ministro Paulo Furtado (Desembargador convocado do TJ-BA) (Relator): Cuidam os presentes autos de intervenção de terceiros no procedimento executivo, pelo qual pretende o credor trabalhista arrematar bem em execução alheia, promovida por credor quirografário.

Ao analisar a questão, o Tribunal de Justiça denegou a ordem entendendo que “o direito líquido e certo do impetrante de buscar a tutela jurisdicional para fazer valer seu título executivo, sequer foi exercido, pois não há prova de que tenha interposto a ação executiva, no escopo de satisfazer sua pretensão creditícia.” (fl. 123)

Neste ponto, verifica-se que o v. acórdão encontra-se equivocado, estando comprovado nos autos que a reclamação trabalhista já se encontrava em fase de execução quando da ocorrência da mencionada praça (fl. 110). Ademais, extrai-se da matrícula do imóvel que o registro de penhora (fl. 31 verso) foi realizado, por ordem da Justiça Obreira para garantir o valor da execução trabalhista, em 22.04.2007. Ressalte-se, ainda, que esta data é bem anterior à realização da praça, que apenas ocorreu em 30 de junho de 2003, conforme a certidão da praça acostada à fl. 20 dos autos.

Questão tormentosa, porém, versa sobre a possibilidade de o credor de um título executivo judicial, qual seja, sentença condenatória trabalhista, arrematar um bem em execução movida por terceiros, apenas com este crédito, incidindo assim a previsão do art. 690, § 2º.

A jurisprudência e a doutrina acenam de forma positiva, mormente levando em consideração o princípio da efetividade. Isto se verifica, por exemplo, na

possibilidade de simples protesto pela preferência, pela qual o credor com privilégio ou com direito real de garantia pode intervir na execução alheia e protestar pelo recebimento do crédito, resultante da expropriação do bem penhorado.

Com isso, em hipótese semelhante a dos autos, esta Corte tem se firmado pela possibilidade de se arrematar bem penhorado em execução de outrem, garantida a preferência de seu crédito, com a benesse do art. 690, § 2º do CPC, para credores hipotecários, *in verbis*:

Civil. Credor hipotecário. O credor hipotecário pode arrematar bem penhorado em execução de terceiro, aproveitando o crédito de que é titular, ou parte dele. Recurso especial conhecido e provido. (REsp n. 417.027-SP, Rel. Ministro Ari Pargendler, Terceira Turma, julgado em 11.04.2003, DJ 08.09.2003 p. 323)

Civil. Processual Civil. Embargos à arrematação. Advogado. Procuração. Nulidade. Inocorrência. Ausência de prejuízo. Credor hipotecário. Preferência. Necessidade de depositar o lance.

I - Não tendo o recorrente demonstrado qualquer prejuízo pelo fato do advogado do arrematante não ter procuração com poderes especiais, não se decreta a nulidade pretendida. Não se tratando de nulidade *pleno iure* e nem havendo cominação de nulidade, devem ser considerados válidos e eficazes os atos que, mesmo realizados à margem das prescrições legais, tenham alcançado a sua finalidade e não tenham redundado em efetiva lesão.

II - O credor arrematante só está obrigado a depositar o valor de seu lance, na medida em que este exceder seu crédito.

III - Recurso não conhecido. (REsp n. 140.570-SP, Rel. Ministro Waldemar Zveiter, Terceira Turma, julgado em 04.02.1999, DJ 05.04.1999 p. 124)

Lado outro, o art. 186 do CTN proclama que o crédito de natureza fiscal não está sujeito a concurso de credores, razão por que os créditos de natureza trabalhista, que sobressaem em relação àqueles, por lógica, não estarão. Ora, se o crédito trabalhista prevalece até mesmo sobre o crédito fiscal e este, por sua vez prevalece sobre o hipotecário, dedução lógica será a de que o crédito trabalhista prevalece sobre o hipotecário.

Nesse sentido, por todos:

Direito Processual Civil. Medida cautelar com o fito de conceder efeito suspensivo a recurso especial. Possibilidade, desde que demonstrados o *periculum in mora* e o *fumus boni iuris*. Recurso especial. Prequestionamento. Ausência.

Súmula n. 282-STF. Execução. Credor hipotecário. Utilização de crédito para arrematação de imóvel penhorado também em execução fiscal. Impossibilidade. Ofensa à ordem legal de preferência. Depósito em dinheiro. Arts. 711 do CPC e 186 do CTN.

(...)

- Considerando que o art. 186 do CTN estabelece que os créditos de natureza tributária preferem a qualquer outro, salvo os de natureza trabalhista, no concurso de credores previsto no art. 711 do CPC o credor hipotecário que utiliza seu crédito para arrematar o próprio imóvel dado em garantia, imóvel este que também garante execução fiscal, burla, por via transversa, a ordem legal de preferência.

- Diante disso, em situações como a presente, deve a arrematação ser feita em dinheiro, com vistas a possibilitar o efetivo respeito à ordem legal estabelecida para o concurso de credores do art. 711 do CPC.

Petição inicial liminarmente indeferida. (MC n. 14.933-MG, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 06.11.2008, DJe 18.11.2008)

Resta saber se o crédito trabalhista detém seu privilégio quando a penhora é realizada em momento posterior à penhora do credor exequente. Em que pese a previsão legal insculpida no art. 711 do CPC, segundo a qual a primeira no tempo tem preferência no direito - *prior in tempore, potior in iure*, havendo a existência de título legal à preferência, fundada em direito material, este prevalecerá.

Araken de Assis, ensina que “o art. 186 do CTN evidenciava que o crédito trabalhista gozava de um “superprivilégio”, passando à frente do crédito tributário, do crédito garantido por direito real e dos créditos pessoais” (*In. Manual da Execução* - 11ª ed. rev., ampl. e atual. com a Reforma Processual - 2006/2007 - 2ª tir. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 784).

Outrossim, havendo a multiplicidade de penhoras sobre um mesmo bem, a consequência natural é que se estabeleça o concurso especial de credores, respeitadas as preferências.

Nesse sentido tem decidido a jurisprudência desta Corte:

Credor hipotecário. Credor trabalhista. Direito de preferência. Precedentes da Corte.

1. O crédito trabalhista prefere o hipotecário, não sendo necessário que tenha havido concurso de credores ou que haja penhora na reclamação trabalhista.

2. Recurso especial conhecido e desprovido. (REsp n. 664.955-RS, Rel. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, Terceira Turma, julgado em 18.04.2006, DJ 14.08.2006 p. 278)

Civil. Crédito hipotecário. Preferência. O credor hipotecário, embora não tenha ajuizado execução, pode manifestar a sua preferência nos autos de execução proposta por terceiro. Não é possível sobrepor uma preferência processual a uma preferência de direito material. O processo existe para que o direito material se concretize. Recurso especial conhecido e provido. (REsp n. 159.930-SP, Rel. Ministro Ari Pargendler, Terceira Turma, julgado em 06.03.2003, DJ 16.06.2003 p. 332)

Por fim, conforme se verifica na espécie dos autos, ressalte-se que é requisito fundamental para que prevaleça o crédito privilegiado, a realização da penhora pelo credor trabalhista em reclamação em fase de execução, afastando o concurso de credores.

Já o credor privilegiado precisa promover a execução do seu crédito e penhorar o bem, para que possa exercer o seu privilégio. O credor privilegiado, mesmo penhorando o bem posteriormente, recebe o produto da expropriação primeiramente. É uma espécie de direito de “furar a fila das penhoras”. O credor privilegiado não pode exercer o privilégio sem ter obtido a penhora do bem objeto do concurso de créditos. (in Didier Jr, Fredie, CUNHA, Leonardo José Carneiro da, Braga, Paulo Sarna & Oliveira, Rafael. Curso de Direito Processual Civil. v. 5. Salvador: Jus Podium, 2009, p. 672)

Assim, reconhece-se o direito líquido e certo do recorrente, pois goza de título privilegiado sobre os demais, devidamente penhorado pela Justiça Trabalhista, sendo possível a arrematação do bem por este crédito, mesmo em execução aparelhada por outrem.

Finalmente, vale esclarecer que o bem foi arrematado pelo valor correspondente a integralidade de seu crédito trabalhista (fl. 20), não sendo possível requerer que seja abatido “o valor do lance ofertado (R\$ 221.000,00) em seu crédito trabalhista”, pois isto causaria alteração substancial do valor de arrematação do bem.

Ante o exposto, concedo a ordem para que seja expedida a Carta de Arrematação do bem em favor do recorrente por seu crédito trabalhista *in totum*.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 714.205-PR (2004/0183366-6)

Relator: Ministro Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ-RS)

Recorrente: Adolpho Lourenço e outros

Advogado: Clóvis Roberto de Paula

Recorrido: Hermindo Soni e outro

Advogado: Antônio Rodrigues Simões

EMENTA

Processual Civil. Recurso especial. Violação ao art. 535 do CPC não configurada. Embargos à execução. Art. 604 do CPC. Sentença homologatória de cálculos apresentados pelo contador posterior à vigência da Lei n. 8.898/1994. Trânsito em julgado. Acolhimento de nova planilha de cálculos apresentada pelo exequente. Impossibilidade. Ofensa à coisa julgada. Preclusão.

1. A motivação contrária ao interesse da parte ou mesmo omissa em relação a pontos considerados irrelevantes pelo *decisum* não se traduz em ofensa ao art. 535 do CPC.

2. A ofensa ao art. 535 do CPC somente se configura quando, na apreciação do recurso, o Tribunal de origem insiste em omitir pronunciamento sobre questão que deveria ser decidida, e não foi, o que não ocorreu na hipótese dos autos.

3. A desconsideração pura e simples, pelo juízo da execução, dos termos de anterior sentença homologatória de cálculos a liquidação, mesmo quando proferida esta em descompasso com o disposto no art. 604 do CPC, com redação dada pela Lei n. 8.898/1994, constitui ofensa à coisa julgada.

4. *In casu*, foi proferida em 1997 sentença homologatória de cálculos do contador, quando já suprimida, pela vigência da Lei n. 8.898/1994, esta modalidade de liquidação. As partes, todavia, não se insurgiram em tempo e modo oportuno contra o teor do *decisum* que, transitando em julgado, não pode ser desconsiderado pelos exequentes sem a desconstituição prévia do julgado pelas vias adequadas.

5. Entendimento que melhor reflete a orientação sedimentada desta Corte Superior, firme no sentido de que mesmo inclusão de índices de correção monetária, após o trânsito em julgado de sentença homologatória de cálculos de liquidação, constitui ofensa à coisa julgada (Precedentes: AgRg no REsp n. 1.073.057-SP, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe de 13.03.2009; e AgRg no REsp n. 744.729-SC, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe de 16.12.2008)

6. Recurso especial provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, dar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Paulo Furtado (Desembargador convocado do TJ-BA), Massami Uyeda e Sidnei Beneti votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Nancy Andrichi.

Brasília (DF), 04 de junho de 2009 (data do julgamento).

Ministro Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ-RS),
Relator

DJe 26.06.2009

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ-RS): Trata-se de recurso especial interposto por *Adolpho Lourenço e outros*, com fulcro no art. 105, inciso III, alíneas **a** e **c**, da Carta Maior, no intuito de ver reformado acórdão prolatado pelo egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, sob o fundamento de ter o mesmo malferido os arts. 244, 463, 468, 471, 473 e 535, incisos I e II, do CPC, e os arts. 104, 134, inciso II, e 1.107, do Código Civil de 1916, bem como por estar configurado dissídio jurisprudencial acerca de questão versada nos autos.

Noticiam os autos que *Hermino Soni e outros* promoveram, em 19.12.1997, a execução da sentença proferida nos autos de Ação de Declaração

de Anulabilidade de Atos ajuizada em desfavor dos ora recorrentes, objetivando, assim, o recebimento da quantia de R\$ 640.442,65 (seiscentos e quarenta mil, quatrocentos e quarenta e dois mil reais e sessenta e cinco centavos).

Regularmente citados, os ora recorrentes opuseram os embargos à execução que deram origem física aos presentes autos, aduzindo, em síntese, que nos autos donde resultante o título executivo fora proferida, em 18.08.1997, sentença homologatória de cálculos do Contador Judicial (fl. 613 - apenso), que fixou o *quantum debeatur* em R\$ 39.912,05 (trinta e nove mil, novecentos e doze reais e cinco centavos).

Sustentavam, assim, os então embargantes, que a execução de valores distintos daqueles homologados em liquidação representava ofensa à coisa julgada que se operara em 08.10.1997, vez que intimados para se manifestarem a respeito dos cálculos do apresentados pelo contador e intimados, posteriormente, do teor da r. sentença homologatória, quedaram-se inertes os exequentes. No mais, apontaram excesso de execução, afirmando equivocados os cálculos apresentados pelos exequentes que tomaram por base valor supostamente ajustado em contrato particular, quando deveriam se valer do constante de escritura pública de compra e venda, consoante o decidido na ação de cognição.

O juízo de primeiro grau julgou parcialmente procedentes os embargos para, tão-somente, reconhecer o excesso da execução, determinando, assim, que a base de cálculo seja a consignada em escritura pública constante das fls. 74-75 dos autos principais. No que se refere à alegação dos embargantes pela suposta preclusão decorrente do trânsito em julgado da sentença homologatória de cálculos, restou assim fundamentado o *decisum, verbis*:

Ora, é fácil concluir que a execução teve início já na vigência da Lei n. 8.894/1994, que alterou a redação do artigo 604 do Código de Processo Civil, que diz: Quando a determinação da condenação depender apenas de cálculo aritmético, o credor procederá à sua execução na forma do art. 652 e seguintes, instruindo o pedido com memória discriminada e atualizada do cálculo.

Desse modo, o exequente apresenta a memória de cálculo e o executado se defende por ocasião dos embargos, oportunidade em que poderá se insurgir contra as verbas pretendidas. No rito atual, com a nova redação do artigo 604 do Código de Processo Civil, alterada pela Lei n. 8.898/1994, corta-se caminho, desatranca a marcha da justiça até então cerceada pelo bizantismo do rito anterior.

Aliás - seja dito de passagem - a simples menção à Lei n. 8.898, de 29.06.1994, sepulta a tese ministerial (fls. 71-72), eis que na época em que foram

elaborados os cálculos (1997), já se encontrava em vigor, por óbvio, a mencionada Lei n. 8.898/1994, portanto, na época de sua elaboração, os cálculos não foram efetuados na forma legalmente estabelecida.

De modo que, conquanto iniciada no rito procedimental anterior, remetendo-se os autos à contadoria, o procedimento a ser seguido é o previsto no art. 604 do Código de Processo Civil, sendo ineficaz a remessa à conta e posterior homologação de cálculos efetuada à época.

(...) Logo, diante de tais comemorativos, resta claro que a circunstância de não ter sido oposta irrisignação contra a remessa dos autos ao contador e da decisão homologatória, não pode vedar a propositura da execução da maneira prevista no art. 604 da lei processual, ante a própria característica de precariedade do rito equivocadamente utilizado. (fls. 81-82)

Inconformados com o teor do julgado, tanto embargantes (fls. 89-99), quanto embargados (fls. 102-111), manejaram recursos de apelação. Os primeiros pretendendo a reforma do julgado no que se refere as preliminares de preclusão e ofensa à coisa julgada suscitadas. Os embargados, por seu turno, pugnaram pela utilização do valor do contrato de compra e venda constante à fl. 115 dos autos principais como critério de liquidação.

A Primeira Câmara Cível do egrégio TJ-PR, por unanimidade de votos dos seus integrantes, negou provimento ao apelo dos embargantes e proveu parcialmente o dos embargados, em aresto assim ementado:

Processo Civil. Embargos à execução de título judicial. Interesse recursal da parte vencedora. Liquidação por cálculo do contador, quando já vigente a nova redação do artigo 604, do CPC, que o suprimiu. Ausência de preclusão ou coisa julgada da decisão homologatória, vez que ineficaz, interpretação da sentença liquidanda. Omissão inexistente. Observância da imutabilidade da coisa julgada.

1. Parte vencedora no mérito, mas vencida no julgamento de preliminar. Pedidos sucessivos. Interesse em recorrer dada a possibilidade de alteração do julgado.

2. Não há preclusão ou coisa julgada da decisão que homologa cálculo do contador, quando já vigente redação que suprimiu esta forma de liquidação.

3. 'A liquidação de sentença deve guardar estrita consonância com o decidido no processo de conhecimento, para o que se impõe averiguar o sentido lógico da decisão liquidanda, por meio de análise integrada de seu conjunto. É defeso, na liquidação, modificar a sentença que julgou a lide, mas, na sua interpretação, compreende-se como expresso o que virtualmente nela se contém' (REsp n. 206.946-PR, 4ª Turma, DJU de 07.05.2001, rel. Min. S. de F. Teixeira).

Referência Legislativa: Código Civil, artigo 134, inciso II, Código de Processo Civil, artigos 21, parágrafo único, 289, 499, 500 e 604 (fls. 246-247).

Após oporem (fls. 278-283) e terem rejeitados (fls. 300-309) seus embargos de declaração, interpuseram os embargantes o recurso especial que ora se apresenta, aduzindo, preliminarmente, a nulidade do v. Acórdão exarado em sede de declaratórios, por ofensa ao art. 535, incisos I e II, do CPC.

No mérito, apontaram como malferidos os arts. 244, 463, 468, 471, 473, insistindo, assim, no argumento de que a admissão de que o feito executivo prosseguisse com base nas planilhas de cálculos apresentadas pelos exequentes importava ofensa à coisa julgada que se operou a partir do trânsito da sentença homologatória de cálculos proferida anteriormente, ratificando cálculos apresentados pelo contador judicial. Ao entender dos mesmos, não poderiam os exequentes, indiretamente, impugnar os valores encontrados na liquidação, ante a preclusão resultante do fato de terem sido intimados oportunamente para fazê-lo e, mesmo assim, terem se mantido silentes. Sobre o tema, apontaram também a existência de dissídio pretoriano.

Sustentam, ainda, restarem ofendidos os arts. 104, 134, inciso II, e 1.107, do Código Civil de 1916, bem como o próprio art. 473 do CPC, pelo fato de ter a Corte *a quo* admitido a utilização do valor do contrato de compra e venda constante à fl. 115 dos autos principais como critério de liquidação, quando a r. Sentença que serviu de título executivo fazia menção expressa às escrituras de compra e venda. Neste particular asseveraram, *verbis*: “Se o contrato comutativo que cria a obrigação de transferir o domínio do imóvel é a escritura pública de compra e venda, não resta a menor dúvida de que, adotando entendimento diverso e determinando que a evicção seja calculada pelo valor descrito em contrato particular, sem registro, o v. Acórdão acabou por negar vigência, também, ao art. 134, II, do Código Civil de 1916” (fl. 362).

Os ora recorridos apresentaram suas contra-razões ao apelo nobre (fls. 452-456), pugnando pelo desprovimento do mesmo.

Na origem, em exame de prelibação, recebeu o recurso crivo positivo de admissibilidade, ascendendo, assim, à esta Corte Superior.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ-RS) (Relator): Prequestionados, ainda que implicitamente, os dispositivos legais apontados pelos recorrentes como malferidos, demonstrado o

dissídio jurisprudencial suscitado e preenchidos os demais pressupostos de admissibilidade recursal, impõe-se o conhecimento do especial.

De início, verifica-se não ter havido a alegada negativa de prestação jurisdicional nos embargos declaratórios, visto que tal somente se configura quando, na apreciação do recurso, o Tribunal de origem insiste em omitir pronunciamento sobre questão que deveria ser decidida, e não foi. Não é o caso dos autos. A Corte de origem enfrentou a matéria posta em debate na medida necessária para o deslinde da controvérsia, consoante se infere do inteiro teor do v. Acórdão objeto de impugnação (fls. 246-267).

A propósito, o órgão julgador não está obrigado a se pronunciar acerca de todo e qualquer ponto suscitado pelas partes, mas apenas sobre os considerados suficientes para fundamentar sua decisão, o que foi feito.

A motivação contrária ao interesse da parte ou mesmo omissa em relação a pontos considerados irrelevantes pelo *decisum* não se traduz em maltrato às normas apontadas como violadas.

Nesse sentido:

Civil e Processual Civil. Agravo regimental no agravo de instrumento. Responsabilidade civil. Ação de indenização por danos morais. Inscrição em cadastro de inadimplentes. Cancelamento do registro. Inviabilidade. Súmula n. 323-STJ. Omissão, contradição ou obscuridade do acórdão recorrido. Inocorrência. Falta de prequestionamento dos demais dispositivos elencados no recurso.

I - Não se pode confundir negativa de prestação jurisdicional com tutela jurisdicional desfavorável ao interesse da parte. O Tribunal de origem decidiu corretamente o feito, baseando-se, inclusive, na jurisprudência assente desta Corte sobre a matéria. Assim, não há que se falar em violação dos artigos 458, II e III, 515, §§ 1º e 2º, 535, I e II, do Código de Processo Civil. Os demais dispositivos não foram prequestionados.

II - O registro do nome do consumidor nos órgãos de proteção ao crédito não se vincula à prescrição atinente à espécie de ação cabível. Assim, se a via executiva não puder ser exercida, mas remanescer o direito à cobrança da dívida por outro meio processual, desde que durante o prazo de 5 (cinco) anos, não há óbice à manutenção do nome do consumidor nos órgãos de controle cadastral, em vista do lapso quinquenal (Súmula n. 323-STJ).

Agravo regimental improvido. (AgRg no Ag n. 1.099.452-RS, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, julgado em 17.02.2009, DJe 05.03.2009).

No que se refere à apontada ofensa aos arts. 244, 463, 468, 471 e 473, do CPC, todavia, tenho que merecem acolhida as pretensões dos recorrentes.

Cinge-se a controvérsia, neste particular, a saber se, com o trânsito em julgado de sentença homologatória de cálculos apresentados pelo contador judicial, proferida após a vigência da Lei n. 8.898/1994, constitui ofensa à coisa julgada, o processamento do feito executivo a partir dos valores constantes das planilhas de cálculos apresentadas pelo exequente, nos termos da nova redação dada ao art. 604 do CPC pela retro citada norma, desconsiderando-se, assim, o valor homologado em liquidação.

Com efeito, a Lei n. 8.898/1994, ao modificar a redação do art. 604 do CPC, suprimiu, ao menos da condição de regra geral, a liquidação de sentença por cálculo do contador. Passou a dispor o art. 604, *litteris*:

Art. 604. Quando a determinação do valor da condenação depender apenas de cálculo aritmético, o credor procederá à sua execução na forma do art. 652 e seguintes, instruindo o pedido com a memória discriminada e atualizada do cálculo.

Assim, de fato, o procedimento adotado na hipótese vertente, em que o juiz sentenciante remeteu os autos originais ao contador, intimando para manifestação as partes interessadas e, em seqüência, proferindo sentença homologatória dos cálculos, tudo isto em 1997, quando já alterada a redação original do art. 604 do CPC, revela hipótese de *error in procedendo*, como bem constatado pelas instâncias de plena cognição.

Ocorre, porém, que, da sentença homologatória proferida pelo juízo sentenciante, mesmo resultante de procedimento não mais determinado pelo art. 604 do CPC, ambas as partes foram devidamente intimadas, não se insurgindo, no momento oportuno, contra a mesma.

Assim, ante a concordância tácita dos interessados com o teor do decidido, transitou em julgado, em 08 de outubro de 1997, a sentença homologatória de cálculos que se encontra acostada às fls. 613 dos autos principais (em apenso), pelo que constitui evidente ofensa à coisa julgada que ali se operou o processamento de execução de valores dissociados dos constantes da conta homologada.

A questão referente ao *quantum debeatur* encontra-se, destarte, preclusa, sendo admitida sua relativização somente se tivessem os exequentes, a tempo e modo oportunos, insurgido-se contra o julgado homologatório, seja pela forma recursal, seja pelo ajuizamento de ação de conteúdo rescisório.

Não sendo esta a hipótese dos autos, vez que pretenderam os exequentes, tão-somente, fosse ignorada pelo juízo da execução a existência da sentença

homologatória transitada em julgado, impõe-se a reforma do acórdão ora hostilizado, para que prossiga o feito executivo nos estreitos limites dos cálculos encontrados pelo contador judicial e posteriormente homologados.

Entendimento contrário estaria em evidente rota de colisão com a orientação sedimentada desta Corte Superior, firme no sentido de que mesmo inclusão de índices de correção monetária, após o trânsito em julgado de sentença homologatória de cálculos de liquidação, constitui ofensa à coisa julgada, *verbis*:

Tributário. Embargos à execução de título judicial. Expurgos inflacionários. Inclusão na conta de liquidação. Possibilidade. Violação à coisa julgada. Não-ocorrência.

1. É legítima a correção monetária dos débitos decorrentes de sentença judicial, nada impedindo que, no seu silêncio, os respectivos índices sejam fixados na liquidação. A ofensa ao Princípio da Imutabilidade da Coisa Julgada somente se caracterizaria na hipótese de inclusão, após o trânsito em julgado da decisão homologatória, de índices de correção monetária não considerados na conta de liquidação.

2. Na espécie, não houve sentença homologatória dos cálculos. Os expurgos inflacionários podem, portanto, ser incluídos, no intuito de garantir a exata satisfação do direito tutelado.

3. Agravo Regimental não provido. (AgRg no REsp n. 1.073.057-SP, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 09.12.2008, DJe 13.03.2009)

Processual Civil. Agravo regimental no recurso especial. Inclusão de expurgos inflacionários após sentença homologatória de liquidação transitada em julgado. Ofensa à coisa julgada. Precedente da 1ª Seção.

1. Merece ser mantida a decisão agravada baseada na jurisprudência pacífica desta Corte no sentido de não ser possível a inclusão de índices de correção monetária não considerados pela sentença homologatória da liquidação transitada em julgado, sob pena de ofensa à coisa julgada. Precedentes: REsp n. 709.400-CE, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, DJ de 10.03.2008; REsp n. 802.248-MG, Rel. Min. Castro Meira, Segunda Turma, DJ de 25.02.2008;

REsp n. 674.324-RS, Rel. Min. Denise Arruda, Primeira Seção, DJ de 26.11.2007.

2. Agravo regimental não-provido. (AgRg no REsp n. 744.729-SC, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 20.11.2008, DJe 16.12.2008)

Processual Civil. Previdenciário. Embargos à execução. Excesso na aplicação dos critérios da Súmula n. 260-TFR. Interpretação. Sentença. Homologação. Trânsito em julgado.

Embora a orientação da Súmula n. 260-TFR dirija-se no sentido da aplicação de índices integrais, não importando em equivalência salarial, descabe, na via dos embargos, rediscutir critérios de cálculos adotados na liquidação da sentença.

“O que é corrigível, a qualquer tempo, de ofício ou a requerimento da parte interessada, é o erro de cálculo, e não o critério de cálculo utilizado pelo contador que, por falta de oportuna impugnação, torna-se imutável pela coisa julgada.”
Precedentes da Corte Especial.

Recurso desprovido. (REsp n. 584.254-RJ, Rel. Ministro José Arnaldo da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 02.12.2003, DJ 02.02.2004 p. 357)

Por fim, faz-se oportuno destacar que, reconhecida a ofensa, *in casu*, dos arts. 244, 463, 468, 471 e 473, do CPC, fica parcialmente prejudicado especial, no que concerne à alegada violação dos arts. 104, 134, inciso II, e 1.107, do Código Civil de 1916, vez que estabelecido o prosseguimento da execução com base nos valores resultantes dos cálculos homologados pela sentença de fls. 613 dos autos principais.

Ante o exposto, nos termos da fundamentação supra, *dou provimento* ao presente recurso especial.

É como voto.

VOTO-VOGAL

O Sr. Ministro Massami Uyeda: Sr. Presidente, acompanho o voto do Sr. Ministro Relator, e, às considerações dos eminentes Ministros eu até faria um acréscimo, no sentido de que o escopo da alteração legislativa de 1994 foi exatamente promover a celeridade, em que se permite às partes a apresentação da memória de cálculo, digamos assim.

Mas, se adotou um modelo anterior a esse, embora posterior à edição da lei, na verdade o contraditório já estava instalado. E se não houve insurgência, por que desconstituirmos algo que, com mais amplitude de defesa, proporcionou-se às partes?

Acompanho integralmente o voto do eminente Relator, dando provimento ao recurso especial.

RECURSO ESPECIAL N. 926.755-MG (2007/0030681-5)

Relator: Ministro Sidnei Beneti

Recorrentes: Themístocles Pederneira Halfeld e outros

Advogado: Themístocles de Faria Lima

Recorrido: Companhia Siderúrgica Belgo-Mineira

Advogados: Eduardo Andrade Ribeiro de Oliveira e outro(s)

Recorrido: Estado de Minas Gerais

Procuradores: Alexandre Diniz Guimarães e outro(s)

EMENTA

Ação demarcatória. 1) Necessidade de prova do registro de imóveis de propriedade dos promoventes 2) Promoventes que alegam direito decorrente de Carta de Sesmaria. Inexistência, contudo, de prova de propriedade dos seus antecessores 3) Insuficiência da transmissão de direitos hereditários para a ação demarcatória, se neles ausente o direito de propriedade. 4) Admissão de legitimidade ativa pelo c. Supremo Tribunal Federal na anterior competência, que não implica configuração de propriedade no tocante ao julgamento de fundo. 5) Pretensão a reconhecimento de propriedade no recurso especial que esbarra, ademais, na Súmula n. 7-STJ; 6) Recurso especial não conhecido quanto ao primeiro fundamento e conhecido mas improvido quanto ao segundo.

1.- Na ação demarcatória, é absoluta a necessidade de prova documental do Registro de Imóveis de propriedade da área pelos promoventes.

2.- Alegação de direito que remonta a Carta de Sesmaria insuficiente à configuração de propriedade por parte dos antecessores dos promoventes, que receberam hereditariamente direitos da mesma natureza, isto é, sem a qualificação de propriedade.

3.- O afastamento de carência da ação, pelo c. Supremo Tribunal Federal na anterior competência, por aquisição decorrente de direito hereditário, não significa reconhecimento de direito de propriedade, visto que os direitos transmitidos *causa mortis* conservam a mesma

natureza dos direitos anteriores, ligados à carta de sesmaria, sem a conotação de direito de propriedade.

4.- Não caracterização de direito de propriedade no Acórdão recorrido, devido à análise da prova, que afasta a possibilidade de conhecimento da questão fática (Súmula n. 7-STJ).

5.- Recurso Especial não conhecido quanto à letra **c** e, quanto a letra **a** conhecido, mas improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer em parte do recurso especial e, nessa parte, negar-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ-RS), Paulo Furtado (Desembargador convocado do TJ-BA), Nancy Andrighi e Massami Uyeda votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 12 de maio de 2009 (data do julgamento).

Ministro Sidnei Beneti, Relator

DJe 04.08.2009

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Sidnei Beneti: 1.- Os autores, ora Recorrentes, *Themístocles Pederneiras Halfeld e outros*, na qualidade de sucessores de Guilherme Justino Halfeld, moveram, na Comarca de Coronel Fabriciano, Estado de Minas Gerais, no dia 07.04.1959, ação demarcatória contra o *Estado de Minas Gerais* e a *Companhia Siderúrgica Belgo Mineira*, pleiteando a demarcação e a imissão na posse de área de sesmaria, concedida segundo a legislação anterior ao regime da Lei n. 601, de 18.09.1850, situada na mesma Comarca de Coronel Fabriciano.

Alegaram na inicial que a área, “lançada nos fundos da tradicional sesmaria do bisavô dos promoventes, Carlos Augusto Halfeld, hoje de propriedade ou posse da Cia. Siderúrgica Belgo Mineira, é uma gleba quadrada de 3.300 ms de lado. Os lados são determinados pelo lançamento de quatro braços

interiores, cada um com 75 cordas, ou sejam 750 braças ou ainda 1.650ms. A linha de ligação dos quatro braços formando em suas extremas ângulos de 90° dá a quadra periférica demarcanda, imprecisa na técnica rudimentar do direito anterior. O ponto de referência é Antonio Dias Abaixo”, ou, em outros termos, “é a seguinte a linha a ser demarcada: ‘começa no Cocais Pequeno entre a barra do Cocais Seco e a barra do primeiro córrego que serve ao Cocais pequeno à direita; daí segue em linha reta direção leste, 1650ms até uma ligeira baixada vertente próxima do córrego do Veado, sempre confrontando com terras de propriedade ou posse da Belgo Mineira; quebra 90° em direção exata norte, sempre confrontando com a Belgo Mineira, prosseguindo próximo ou atravessando um braço do córrego do Veado, até 3.300 ms; quebra em direção ao oeste, 90°, cortando tributários do Cocais Pequeno e o próprio Cocaia Pequeno até 3.300ms confrontando com a Belgo, Estado ou seus sucessores; quebra em direção sul, depois de ter atingido 3.300 ms na direção oeste, segue formando um ângulo de 90°, passando pelas cabeceiras de córrego grande tributário do Cocais Pequeno até ingressar nas aguar vertentes do Cocais seco lado norte, completando 3.300ms nessas vertentes norte já confrontando com a Belgo; daí quebra 90° em direção leste confrontando com a Belgo em posse ou propriedade até o ponto de partida no Cocais Pequeno” (fl. 9).

2.- Sentença de 07.12.1959, proferida pelo Juiz *Massillon de Resende Teixeira*, julgou os promoventes carecedores da ação, por descumprimento do art. 422 do Cód. de Proc. Civil/1939, ante a falta de juntada, com a inicial, de “título de propriedade em nome dos promoventes”, não lhes bastando a mera condição de herdeiros (sentença a fls. 425-427).

Essa sentença foi reformada por Acórdão unânime de 14.08.1962, da Turma da Segunda Câmara Civil do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, Rel. Des. *Sylvio Cerqueira*, acompanhado pelos demais Desembargadores (Acórdão a fls. 471-474), consignando, o Acórdão, que os promoventes:

“poderiam exercitar o direito de demarcar o imóvel independentemente da partilha e poderiam efetuar a e depois demandar a demarcação do imóvel e de seus quinhões. Assim, porém, não procederam; ainda que o tivessem feito, não se lhes poderia exigir o registro de seus formais, pois este só é necessário para o efeito de disposição da propriedade, afim de se garantir a continuação do registro, a filiação da propriedade”, não tendo tal registro “o efeito de transmitir a propriedade, porquanto esta foi transmitida no mesmo instante do falecimento do proprietário; sua função é tão só declarar sua existência, possibilitando a alienação, a continuidade do registro, nunca a atribuição do domínio a seu titular”

(...), de modo que, em conclusão, “bastava, pois, que os autores provassem sua qualidade de herdeiros legítimos de Guilherme Justino Halfeld e o domínio deste sobre as terras da sesmaria para pleitearem a demarcação das terras por este deixadas; o fato de não estarem ditas terras registradas em seus nomes não lhes impede exercitar seus direitos de *dominus*, entre os quais o que lhes é assegurado pelo artigo 569 do Cód. Civ., por meio da ação mencionada (*sic*) no art. 422 do Cód. de Processo” (fl. 474).

Acórdão de 02.07.1964 (fls. 530-538), da e. 1ª Turma do c. Supremo Tribunal Federal, Rel. o Min. *Cândido Motta Filho*, por unanimidade, com os votos dos Ministros *Evandro Lins e Silva* e *Pedro Chaves*, não conheceu do Recurso Extraordinário n. 52.198-MG, Rectes. A Cia Siderúrgica Belgo Mineira e o Estado de Minas Gerais, redigido o Voto do Relator da seguinte forma (fls. 530-537):

Como se vê do próprio despacho recorrido, os promoventes juntam ao seu pedido a certidão do título de herdeiros, extraída do processo de sobre-partilha de bens deixados por Guilherme Justino Halfeld; nele ficou, ainda, declarado que ‘os títulos de domínio apresentados dizem respeito ao domínio dêsse antepassado, mas não provam a propriedade dos autores. Ainda que os bens não tenham sido partilhados e a propriedade demarcanda continue em nome de seu antepassado, aquela certidão, extraída do processo de sobre-partilha, legitima a presença dos autores em Juízo.

A solução ajustada ao caso deverá ser obtida harmoniosa inteligência dos artigos 1.572, parágrafo único, do artigo 1.580, 524, 532, inciso II, do art. 623 e 631, todos do Código Civil e nessa ordem de idéias vamos ter que, verificada a morte, o domínio e a posse da herança se transmitem, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários, independentemente de qualquer formalidade, de qualquer pedido ao juiz, de qualquer manifestação de vontade, tão só por uma ficção legal de que as pessoas dos herdeiros são a continuação da pessoa do defunto.

O recorrente cita vários acórdãos que diz contrariarem o decidido, porém nenhum deles faz referência, expressa ou desdobrada, ao caso em pauta.

Não vejo propriamente no acórdão impugnado, violação de lei, porque, de acordo com o art. 415 do Código de Processo Civil a ação de demarcação compete ao proprietário e ao condômino. Além disso o acórdão tendo em vista o que consta dos autos, decidiu que o proprietário, embora *pro-indiviso*, pode, como condômino, promover a ação demarcatória. Daí a opinião de Pontes de Miranda citado no douto parecer da Procuradoria, quando afirma que ‘para propor a ação (demarcatória) o condômino não precisa de mandato de outros.’

No caso reconhece o acórdão que a prova da propriedade foi feita e que os autores são condôminos e assim podiam intentar o feito. Não conheço do recurso (fls. 530-537)

3.- Após sucessivas paralisações do processo e a já produção de trabalhos de campo, sobreveio decisão que indeferiu requerimento de antecipação da tutela, formulado pelos autores sob a invocação, inclusive, da longa duração, de mais de quarenta e dois anos, do processo (Decisão do Juiz *José Augusto Lourenço dos Santos*, 28.05.2001, fls. 851-852), tendo essa decisão, denegatória de antecipação de tutela, sido confirmada cor Acórdão das Câmaras Cíveis Isoladas do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, Rel. Des. *Pinheiro Lago*, com votação unânime dos Desembargadores *Abreu Leite* e *Nilson Reis* (fls. 871-874).

4.- Sentença proferida pelo Juiz *Élito Batista de Almeida* no dia 03.04.2003 (fls. 902-908), rejeitados Embargos de Declaração a ela (fl. 941), julgou improcedente a ação, com a motivação seguinte (fl. 908):

Assim, é mister reconhecer que o registro de vigário constante dos presentes autos em nome do suposto antepassado dos autores, não conferia a ele domínio, posto ser ponto pacífico que a carta de sesmaria dependia de confirmação posterior para convalidar o domínio.

Como demonstrado, desde a sua instituição, o sistema de sesmarias tinha como objetivo principal a ocupação da terra e sua exploração. Entretanto, a prova dos autos, sobretudo o laudo pericial de fls. 774-787, mostra que o imóvel em questão encontra-se ocupado por terceiros, sendo que os autores não fizeram qualquer prova de que o antepassado sesmeiro tenha ocupado a terra, mesmo que em tempos imemoriais.

Dessa forma, não está demonstrado nos autos a propriedade do imóvel em questão pelo autor da herança.

Frise-se que a decisão de fls. 424-427, reformada pelo acórdão de fls. 471-474, fez referência somente a ausência de título dominial em nome dos autores, deixando de apreciar a validade dos títulos do autor da herança. Logo, a presente decisão não afronta o que já foi decidido nos autos, ou seja, a legitimidade dos herdeiros para propositura de ação demarcatória antes de ultimado o inventário.

Diante o exposto, julgo improcedente o pedido da inicial. Condeno os autores no pagamento das custas do processo e honorários advocatícios de 10% sobre o valor da causa (fl. 908).

5.- Interposta apelação pelos promoventes, a 7ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais reformou a sentença, por maioria de votos (fls. 1.025-1.031, rejeitados Embargos de Declaração, fls. 1.142-1.144), por Acórdão de 30.11.2004, de que Relator o e. Des. *Pinheiro Lago*, acompanhado pelo voto do Des. *Alvim Soares*, vencido o Des. *Edivaldo George* (que rejeitava preliminar e negava “provimento ao recurso, uma vez que não houve prova de domínio, e isto é uma condição da ação” - fl. 1.031), estando o Acórdão assim ementado:

Ementa: Processual Civil. Deferimento, em atenção ao pedido formulado pelos autores, da produção de prova testemunhal. Questão açambarcada pelo fenômeno da preclusão *pro judicato*, insculpido na norma do art. 471 do CPC, impedindo ao juiz a reapreciação de questões já solucionadas no processo. Não produção de tal modalidade probatória, porquanto o magistrado *a quo*, ao invés de designar data para a realização de audiência de instrução e julgamento, de molde a viabilizar ouvida das testemunhas, proferiu sentença. Ofensa ao *due process of law*. Ademais, a realização de audiência de instrução e julgamento mostrava-se imperiosa, para que o perito prestasse esclarecimentos complementares sobre o laudo, conforme pleito dos autores, nesse sentido, fundamentado na norma do art. 435, do *Codex Instrumental*. Recurso provido para cassar a sentença (fl. 1.024).

Interpostos Embargos Infringentes “com fundamento no voto do Des. Edivaldo George dos Santos, “o qual rejeita a preliminar e negou provimento ao recurso” (fl. 1.031), uma vez que não houve prova de domínio, e isto é uma condição da ação” (fl. 1.031), foi dado provimento a esses Embargos, restabelecendo-se a sentença que julgou improcedente a ação, tendo o Acórdão dos Embargos Infringentes como Relator Designado o Des. *Alvim Soares*, com votos do Des. *Pinheiro Lago* e do Des. *Wander Marotta*, vencidos o Relator Sorteado, Des. *Belisário de Lacerda* e o Des. *Edivaldo George dos Santos*, que mantinham o julgamento da Apelação.

O Acórdão dos Embargos Infringentes veio ementado da seguinte forma:

Ementa: As provas documentais trazidas para o bojo dos autos, permitem de forma suficiente, total convencimento do julgador; tal ocorrendo, tem-se que inacontece qualquer cerceamento ao direito de defesa, se julgada antecipadamente a lide.

VV.

Embargos infringentes. Provas deferidas. Decisão precoce e prematura. Devido processo legal. Obliteração.

O juiz não pode indeferir as provas requeridas pelas partes, salvo se flagrantemente desnecessárias, pena de obliterar o direito ao devido processo legal.

Acordaram “em rejeitar por unanimidade a preliminar de não-conhecimento dos embargos levantada da tribuna (pelos embargados) e acolher os embargos, vencidos o Relator e o Revisor” (fl. 1.095).

6.- Os autores interpõem Recurso Especial (fls. 1.149-1.167), com fundamento no art. 105, III, **a** e **c**, da Constituição Federal, e 541 e seguintes

do CPC, anotando, no decorrer do Recurso, os dispositivos legais que sustentam infringidos e que seguem abaixo, com os argumentos a eles correspondentes, e terminando por pedir “o processamento do presente Recurso Especial, para, no mérito lhe dar provimento, reformando a decisão recorrida para retornando os autos à 1ª instância, Comarca de Cel. Fabriciano, determinar-se àquele Juízo que defira a produção de provas a serem especificadas pelas partes e posterior designação de audiência de instrução e julgamento” (fl. 1.167).

Segundo os Recorrentes, teriam sido infringidos, de acordo com os fundamentos que expõem, os seguintes dispositivos legais:

a) Art. 471 do Cód. de Proc. Civil.- “Desde o despacho saneador complementar já estava decidida a realização da audiência de instrução e julgamento com franquia às partes para produção de outras provas. Compulsando-se os autos, verifica-se que os Autores, além de requererem a produção de prova oral, consistente na oitiva do Sr. Perito, ainda pretendiam ultimar a juntada de prova documental consistente no Registro da Carta de Sesmaria no cartório do Registro de imóveis de Antonio Dias. Além dessa prova, considerando as dificuldades já identificadas na leitura da peça de fl. 61 e seguintes que retratada por certidão judicial a sentença e demais peças na demarcatória de confirmação da Sesmaria produzida em 5 de Novembro de 1838, objetivando formalizar com o respaldo do juízo trabalho de atualização ortográfica daquela certidão, produzida particularmente pela Professora Ana Luíza de Castro Pereira, pretendiam os AA. colher o depoimento da mesma em juízo, caso não conseguissem produzir prova técnica pericial neste sentido, assinalando:

É preciso que se entenda a importância da ação demarcatória proposta e até o seu valor histórico, pois, o pai de Guilherme Justino Halfeld, foi um dos fundadores da cidade de Juiz de Fora.

Assim, a decisão antecipada do processo, sem respeitar matéria já decidida pelo juízo, feriu o direito dos AA., principalmente quando esta decisão alcançou justamente a prova, que restou inviabilizada pela decisão açodada (fl. 11.561).

b) Art. 473 do Cód. de Proc. Civil.- Esse dispositivo diz que “é defeso à parte discutir, no curso do processo as questões já decididas, a cujo respeito se operou a preclusão”.

Deste modo a decisão recorrida ao afirmar que os autores não provaram a propriedade da sesmaria, e assim julgando improcedente a ação, afrontou o

disposto no citado dispositivo processual, pois o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, ao julgar o Agravo de Petição n. 7.269 cujo acórdão se encontra às fls. 466-471 do 3º Volume e o Supremo Tribunal Federal ao julgar o Recurso Extraordinário n. 52.198 encontrado às fls. 527-536 do 4º Volume afirmaram categoricamente a legitimidade processual dos autores considerando provada a condição de herdeiros de Guilherme Justino Halfeld e a qualidade deste como proprietário da Sesmaria objeto do litígio.

Ressalta ainda destacar, também como fundamento do presente recurso, que em momento algum os AA. argüiram que Guilherme Justino Halfeld era proprietário da referida gleba de terras com base no Registro do Vigário. A titularidade de Guilherme Justino está explicitamente descrita na inicial:

2- Guilherme Justino Halfeld era titular, hoje seus sucessores, ora promoventes, de uma sesmaria na águas do Ribeirão Cocais Pequeno. Essa Sesmaria foi demarcada pela técnica do direito anterior (fls. 61 e segs). Portanto são necessários novos recursos na técnica do direito vigente.

3- O título de sesmaria no direito anterior é título de propriedade que conserva suas virtudes no direito vigente pelo princípio da continuidade do direito consagrado na Introdução ao Código Civil. Os promovidos sempre reconheceram e respeitaram tais documentos da família Halfeld.

c) Art. 435 do Cód. de Proc. Civil.- Assim argumentam os recorrentes: “Acrescente-se ainda que a decisão recorrida, negou vigência ao disposto no art. 435 do Código de Processo Civil que expressamente dispõe:

A parte que desejar esclarecimentos do perito e do assistente técnico requererá ao Juiz que mande intimá-lo a comparecer à audiência, formulando desde logo as perguntas, sob a forma de quesitos.

Parágrafo único - O perito e o assistente técnico só estarão obrigados a prestar os esclarecimentos a que se refere este artigo, quando intimados 5 (cinco) dias antes da audiência.

Deste modo a designação de Audiência com franquia de prova se impunha e o próprio órgão ministerial às fl. 898, já se manifestara pela designação de audiência, quando repentinamente o Dr. Juiz Élio Batista de Almeida, sentenciou o processo, julgando improcedente a ação, com inescusável erro de procedimento e grave lesão ao direito dos AA e ao devido processo legal. (fl. 1.167).

5.- O Recurso Especial foi devidamente processado, recebendo respostas dos Recorridos.

Os autores interpuseram também Recurso Extraordinário, devidamente processado.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Sidnei Beneti (Relator): 6.- Tem-se Recurso Especial interposto contra Acórdão que, recebendo Embargos Infringentes interpostos pelos Recorridos contra Acórdão que dera provimento a Apelação, interposta, esta, contra sentença que julgara improcedente a ação demarcatória, veio a manter a sentença -- que, repita-se, julgara improcedente a ação demarcatória, fazendo-o por não haverem os promoventes demonstrado a propriedade de seus antecessores, os quais haviam recebido área em regime de sesmaria, antes da Lei n. 601, de 18.09.1850.

7.- Inviável o Recurso Especial, devendo prevalecer o julgamento do Tribunal de Justiça de Minas Gerais nos Embargos Infringentes, isto é, a improcedência da ação demarcatória, afastada a necessidade de produção de mais provas antes do julgamento.

8.- Em primeiro lugar, óbices formais se apresentam para o próprio conhecimento do Recurso Especial.

a) Assim é que, o Recurso Especial, no tocante à letra c do inciso III do art. 105 da Constituição Federal, não pode ser conhecido, pois não preenche os requisitos legais típicos desse permissivo recursal, visto que o recurso não cotejou o Acórdão do caso com Acórdãos deste Tribunal, que dessem à questão interpretação diversa.

Ademais, nenhum dos julgados anotados pelos ora recorrentes trata de questão como a presente -- isto é, de falta de demonstração de propriedade de antecessores beneficiários de Carta de Sesmaria, conquanto tenham sido, na seqüência aquisitiva, dispensados de registro de formal de partilha, devido à *saisine* de direitos, inclusive propriedade que os antecessores houvessem, em virtude do disposto no art. 1.572, parágrafo único, do artigo 1.580, 524, 532, inciso II, do art. 623 e 631, sob cuja regência, circunscrita à transmissão dos antecessores aos ora promoventes (não dispensada a comprovação de titularidade dominial dos antecessores), o c. Supremo Tribunal Federal concluiu que “verificada a morte, o domínio e a posse da herança se transmitem, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários, independentemente de qualquer formalidade, de qualquer pedido ao juiz, de qualquer manifestação de vontade, tão só por uma ficção legal de que as pessoas dos herdeiros são a continuação da pessoa do defunto.”

b) E, quanto à interposição do Recurso Especial com fundamento na letra **a** da sede constitucional, também não teria sucesso o recurso, visto que sua interposição encontra obstáculo na Súmula n. 7 deste Tribunal, por fundar-se, o Acórdão, nos termos em que a fundamentação remonta à confirmação da sentença, no fato de, à luz da prova produzida, não estar demonstrada a propriedade dos sesmeiros, anteriormente à transmissão de direitos hereditários aos promoventes.

Vejam-se os termos da sentença e do Acórdão, referindo-se, ambos, expressamente, à falta de provas da propriedade -- e lembrando-se que jamais vieram títulos dominiais aos autos, não se podendo suprir a prova de propriedade por outros meios, como, por exemplo, a prova pericial e testemunhal, pelas quais se batem os ora recorrentes.

Os termos dos fundamentos fático-probatórios na sentença (fl. 908, *passim*) são claros:

Como demonstrado, desde a sua instituição, o sistema de sesmarias tinha como objetivo principal a ocupação da terra e sua exploração. Entretanto, a prova dos autos, sobretudo o laudo pericial de fls. 774-787, mostra que o imóvel em questão encontra-se ocupado por terceiros, sendo que os autores não fizeram qualquer prova de que o antepassado sesmeiro tenha ocupado a terra, mesmo que em tempos imemoriais.

Dessa forma, não está demonstrado nos autos a propriedade do imóvel em questão pelo autor da herança.

Essa conclusão fática da sentença, confirmada pelo Acórdão ora Recorrido do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, já tornaria impossível superar o obstáculo da Súmula n. 7 do STJ.

c) Por outro lado, mesmo examinados os autos na inteireza e profundidade, e em que pese realizada atividade pericial antecipando a segunda fase da Ação Demarcatória (quando não houvera sentença transitada em julgado quanto à primeira fase, tem-se que o requisito da demonstração dominial dos autores não se cumpriu neste processo, ante a falta de prova documental que é de rigor em matéria de ação demarcatória, não se vendo como pudesse vir a ser demonstrada propriedade por perícia e testemunhos, quando a prova registrária documental é essencial ao domínio -- de modo que não se cogita de anular o julgamento para reabrir fase probatória, o que apenas viria a mais alongar o andamento destes cinquentenários autos.

9.- Em que pese à longa duração deste processo -- duração que, frise-se, não pode ser simplesmente atribuída ao Poder Judiciário, mas, sim, às próprias características do feito, às complicações impostas pelas partes e a paralisações fáticas não resultantes de demora de atos judiciais - durante a qual certamente se nutriram esperanças de sucesso pelos promoventes, é forçoso concluir que a própria ação demarcatória nasceu inviável, como detectado, já de início, pela primeira sentença, proferida nos idos de 1959 -- sentença cuja motivação, contudo, permitiu que a questão se desfocasse para a transmissão da propriedade *causa mortis* pelos antecessores dos promoventes a estes, deixando de frisar o fato da inexistência de anterior propriedade que pudesse ser transmitida a esses mesmos promoventes.

A sentença atinou, claramente, com o problema da pretensão dos promoventes, que lhes fulmina o direito à demarcatória, localizando-o no fato da inexistência da posse anterior, sobre área, com base na qual se poderia, eventualmente, implementar a aquisição de propriedade decorrente de “Carta de Sesmaria”. Sem essa posse, não havia como adquirir propriedade naquelas condições. E sem propriedade dos antecessores, não havia propriedade a transmitir aos ora promoventes.

Lembre-se que sem propriedade não há direito à ação demarcatória, nos termos do art. 422 do Cód. de Proc. Civil/1939 e, atualmente, do art. 950 do Cód. de Proc. Civil/1973. Sempre foi assim, e continua sendo (REsp n. 20.529-7-AL, 4ª T., Rel. Min. Dias Trindade, j. 30.08.1993, v.u., DJU 20.09.1993, p. 19.179; RTJ 91/135 e RP 4/375, Em. 6, 11/239 - citados em “CPC e Leg. Proc. em Vigor”, de Theotônio Negrão, José Roberto F. Gouvêa, c/ col. Luís Guilherme Aidar Bondioli. São Paulo, Saraiva, 41ª ed., 2009, art. 946, nota 3).

Aliás, se há algo de tranqüilo e pacífico na longa tradição histórica da *actio finium regundorum*, tal é a exigência de prova documental registrária de propriedade, a exigir o histórico documentado das transmissões do domínio até os promoventes, prova de propriedade que, relembre-se o óbvio, exige e sempre exigiu, sob a legislação atual assim como sob a legislação anterior, a juntada de certidões do Registro de Imóveis competente -- o que nunca veio a estes autos.

Lembra *Humberto Theodoro Jr*: “É do direito de propriedade, por índole exclusivo, que decorre a faculdade de exigir a demarcação e a divisão. O fundamento da ‘ação’ em que se exercitam ditas faculdade outro não é, destarte, que o domínio ou propriedade”, de modo que “é lógico, portanto, que o promovente tenha de demonstrar, logo de início, a titularidade do seu direito

de propriedade sobre o imóvel demarcando” (“Terras Particulares. Demarcação, Divisão, Tapumes”, S. Paulo, Saraiva, 4ª ed, 1999, p. 126 e 256).

O mesmo doutrinador ressalva que “a ausência de título de domínio torna, em regra, incompleta a petição inicial e pode autorizar a extinção do processo sem julgamento de mérito (CPC, art. 267, I). Mas, a providência correta não será o indeferimento de plano, e sim a intimação do autor para, sendo possível, fazer a exibição no prazo de dez dias (CPC, art. 284). Só depois que se escoar dito prazo sem a diligência da parte é que o juiz, então, deverá fazer extinguir o processo (CPC, art. 284, parágrafo único)” e conclui que “o título dominial deverá, outrossim, estar transcrito no Registro Imobiliário competente, pois é pela transcrição que se transmite a propriedade imóvel nos negócios *inter vivos*, e é por meio dela que se prova ou demonstra, *erga omnes*, o domínio imobiliário adquirido por sucessão hereditária” (*Humberto Theodoro Jr*, “Terras Particulares. Demarcação, Divisão, Tapumes”, S. Paulo, Saraiva, 4ª ed, 1999, p. 257-258).

E *Antonio Carlos Marcato* arremata: “A necessidade de comprovação da titularidade do domínio decorre, como já visto, do fato de somente o proprietário ou o condômino possuir legitimidade ativa para a ação em exame (...). Ademais, é com base nos referidos títulos, entre outros elementos, que os arbitradores elaborarão o seu laudo (CPC, art. 957, *caput*) (“Procedimentos Especiais”, S. Paulo, Ed. Atlas, 12ª ed., 2006, p. 193)

A ação demarcatória em causa foi movida pelos promoventes pedindo a demarcação sob a alegação de terem propriedade da área, tanto que o pedido formulado na inicial é muito claro, ao pleitear sejam eles “imitidos na posse”, o que revela que em verdade não tenham ou tiveram a posse por si ou antecessor, à época em que ajuizaram a ação, nos idos de 1959 -- o que afasta a possibilidade de tratar-se de mera pretensão de posse fundada em queixa de esbulho, a qual, igualmente, pressuporia posse anterior e sua perda por desapossamento violento, clandestino ou precário praticado pelos promovidos, o que, aliás, jamais foi invocado pelos promoventes.

Nos autos não está demonstrado o domínio dos antecessores, sendo insuficiente a configurá-lo o direito de sesmeiro, especialmente quando desacompanhado de posse, integrativo da própria noção de Sesmaria.

A ação é, portanto, movida sob a invocação de propriedade da área, mas no sistema fundiário brasileiro, somente tem propriedade quem tem título aquisitivo registrado em seu nome (CC/1916, art. 530, a que corresponde, com outras palavras, o art. 1.245 do CC/2002).

10.- O recebimento da Carta de Sesmaria jamais se equiparou, por si só, à propriedade, no Direito Brasileiro. Sempre teve reconhecimento como justo título para posse, que, se longeva, podia e pode, amparar pretensão como ao usucapião, mas nunca tendo constituído por si só título de propriedade apto à transcrição no Registro de Imóveis, como é da essência dos títulos de propriedade.

Com efeito, o próprio conceito de Sesmaria pressupõe a posse e a utilização efetiva da terra, como explica *Roberto Moreira de Almeida*, com apoio em *Pinto Ferreira* (“Curso de Direito Agrário, S. Paulo, Saraiva, p. 107): “Sesmarias, sinteticamente, consistem nos lotes de terras abandonadas ou incultas cedidos pelos reis lusitanos a determinadas pessoas que resolvessem cultivá-las. Esses cultivadores passaram a ser conhecidos retratados por sesmeiros, ou seja, os beneficiários das sesmarias” (“Sesmarias e Terras Devolutas”, Revista de Informação Legislativa, n. 28/310, abril/junho 2003).

Como explica *Benedito Antonio Leal de Mira*, analisando decisiva etapa da regulamentação do sistema de propriedade de terras no Brasil, reportando-se a escrito de *Altir de Souza Maia*, que anotou a opção clara pela existência de posse efetiva da terra, para a transmutação das outorgas de terras em propriedade: “Nesse sistema de ocupação primária, valorizado pelos conceitos já então vigentes, de cultura efetiva e morada habitual, posteriormente consagrada na Lei n. 601, foram inegavelmente fator preponderante no sistema de ocupação do solo brasileiro, naqueles remotos tempos. E quando em 1850 a Lei n. 601 veio disciplinar tal sistema de ocupação, já encontrou uma situação de fato, e, por encontrá-la, preferiu contemplar em primeiro lugar e com uma preocupação inarredável, aquele que já ocupava o solo; que já o havia tomado; que já o havia feito produzir. Aquele que, já naquele tempo, dava à terra uma destinação consentânea com os objetivos de desenvolvimento do Império e fazia essa mesma terra cumprir o que seria hoje conhecido como função social da propriedade” (*Altir de Souza Maia*, “Terras Públicas do Brasil”, documento da Revista Encontros da UNB, p. 65, *apud* *Benedito Antonio Leal de Mira*, “Sistema Revista de Direito Imobiliário, Agrário e Empresarial”, 17/70 - Jul/Set 1981).

Benedito Antonio Leal de Mira, aliás, explicita: “Na realidade, não se há negar que, *ex facto oritur jus*, com a edição da Lei n. 601, de 18 de setembro de 1850 e sua aplicação pelo Decreto n. 1.318, de 30 de janeiro de 1854, expirou-se a *vacatio legis*, e o Governo Imperial obteve méritos incalculáveis ao delinear as linhas mestras para a regularização fundiária, *lacto sensu*, quando no

seu preâmbulo reportou-se às possuídas por títulos de sesmarias e de posses. Portanto, sem qualquer equívoco, admitindo que as sesmarias eram títulos, embora as posses fossem consideradas como tais, mesmo sem a roupagem cartular, devido à inexistência de qualquer preceito legal normatizando a expedição de Título de Pose, por parte do Império, posto que pelas Províncias poder-se-ia fazê-lo de decorrência da Lei n. 514, de 28 de outubro de 1848” (...) “Partindo do pressuposto legal de que seriam Revalidadas as Sesmarias, ou outras concessões do Governo Geral, ou provincial, que se achassem cultivadas, ou com princípios de cultura e morada habitual do respectivo sesmeiro ou concessionário, ou de seus prepostos, embora não cumprida qualquer das outras cláusulas condicionadoras com que foram concedidas (art. 4º da Lei), e legitimadas as posses mansas e pacíficas, adquiridas por ocupação primária ou havidas do primeiro ocupante, que se achassem cultivadas, ou com princípios de cultura e morada habitual do posseiro (art. 5º, §§ 1º, ao art. 4º, da Lei), o Regulamento reservou o Capítulo III para dar-lhe tratamento, sob o título Da Revalidação e Legitimação das Terras e Modo Prático de Extremar o domínio Público e Particular (“Sistema Revista de Direito Imobiliário, Agrário e Empresarial, 17/70 - Jul/Set 1981).

Com apoio em *Ruy Cirne Lima* (“Pequena História Territorial do Brasil”) e *Messias Junqueira* (“As Terras Devolutas na Reforma Agrária”), *Delmiro dos Santos* sintetiza o que resultou do marco decisivo do Regime de Terras do Brasil, constituído pela Lei de Terras de 1850 (Lei n. 601, de 18.09.1850), expondo-lhe os quatro princípios instituídos por aludido diploma legal: “a) - Proibir, a partir da vigência da Lei, a alienação ou transmissão do domínio pleno de terras devolutas, senão por título de compra e venda; b) - titular o domínio dos portadores de cartas de sesmarias de terras ou concessões outras que tivessem cumprido integralmente as condições estipuladas nos respectivos títulos de concessão, expedidos na forma das prescrições legais aplicáveis, e apenas não confirmadas pelas autoridades competentes; c) - Como medida de transigência, para não prejudicar os investimentos feitos na constituição de benfeitorias e lavouras, permitir a aquisição do domínio, a título oneroso, de terras devolutas por meio da revalidação de cartas de sesmarias ou concessões outras, cuja eficácia, à data da vigência da mesma Lei, ainda dependiam do cumprimento de condições impostas nos títulos concessórios, tais como medição, demarcação e confirmação, pelo poder concedentes, desde que estivesse cumprido o requisito de cultivo efetivo e morada habitual; d) - finalmente, permitir também a aquisição de domínio de terras devolutas por meio de legitimação das respectivas

posses, se mansas e pacíficas, preexistentes à data do mesmo diploma, adquiridas por ocupação primária, ou havidas do primeiro ocupante e que se achassem cultivadas, ou com princípios de cultura e morada habitual, do posseiro ou preposto seu” (“Sesmarias, Terras Devolutas e Registro Paroquial”, em Revista do Tribunal de Justiça do Estado do Pará, 32 e 54-55, 1984).

O requisito da utilização efetiva da terra pelo titular de Carta de Sesmaria, como condição de transformá-la em propriedade, é realçado: “No sistema sesmarial do Brasil o título constitutivo da propriedade privada, é assim a doação; mas como o regime de sesmarias pressupõe um encargo, que, como vimos, constituía uma autêntica servidão nas leis portuguesas, esse encargo, que era a exigência do efetivo aproveitamento da terra, jamais deixou de estar presente, ao longo de toda a evolução do sistema no Brasil” (ob. cit. p. 13). Assim: “Características das sesmarias eram a gratuidade e a condicionalidade”, que vinham das Ordenações Manuelinas, Livro 4º, Título LXVII, §§ 3, 7 e 15; e Ordenações Filipinas, Livro 4ºm Título XLIII, §§ 4, 7, 8 e 16, e “a condicionabilidade dizia respeito ao aproveitamento das terras em determinado tempo” (cf. *Gilberto Bercovici*, “Constituição Econômica e Desenvolvimento”, S. Paulo, Malheiros, p. 119 e 120).

Ainda que tomadas as Cartas de Sesmarias como geradoras de direito de propriedade, sempre se caracterizam elas como direito sobre coisas alheias e, no seguimento da história da terra brasileira até atualidade, as Cartas de Sesmarias em algum momento tinham de submeter-se ao regime de registro fundiário, para que se tornassem propriamente direito de propriedade, dotado de oponibilidade *erga omnes*, essencial à ação demarcatória.

Salienta *Leandro Ribeiro da Silva* que o instituto das sesmarias “não residia meramente numa posse, mas alcançava outros patamares jurídicos, já que, ao receber a posse direta da terra, o beneficiário disponha não somente de poderes, mas também deveres, conforme estatuíam as ordenações do reino”, e, reportando-se a *Custódio da Piedade Miranda* (“Revista de Direito Agrário”, Brasília, Incra, n. 9/9, 1973), explica que “as sesmarias constituíam um direito real de propriedade sobre coisa alheia, enfatizando que a servidão consistia na limitação estabelecida no direito de propriedade, em que se obrigava o proprietário a cultivar a terra recebida, desenvolvendo a lavoura, colhendo víveres para alimentação da sociedade”, de modo que, “de conformidade com o nosso entendimento, visualizava-se na propriedade o cumprimento de sua função social, como condição de sua manutenção pelo proprietário” (“Propriedade Rural, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2008, p. 65).

Não basta, pois, a titularidade de Carta de Sesmaria, que sem dúvida constitui um título, mas não de propriedade, para que automaticamente se tenha adquirido o direito de propriedade, para o qual necessário também o completamento do título com a posse e, em seguida, a transcrição no Registro de Imóveis, para que se configure, juridicamente, o domínio.

Os autores tiveram titulação que vem do sistema de Cartas de Sesmarias, mas não tiveram posse sobre a área em causa, embora porventura a tenham sobre outras áreas eventualmente abrangidas por Cartas de Sesmaria, tanto que por intermédio da presente Ação Demarcatória a pleiteiam e tanto que na petição inicial desta Ação Demarcatória nem mesmo aludiram a posse anterior, nem expuseram circunstâncias fáticas em que pudesse ela, a posse, que a inicial expressamente alude ser da promovida (fl. 9), ser vista, em favor deles, promoventes -- e, o que é de enorme relevância em termos de ação demarcatória, não tiveram jamais título transcrito anteriormente à propositura da demarcatória, de modo que falta aos autores, sem dúvida, requisito essencial à pretensão demarcatória.

Note-se que, nem mesmo posteriormente à petição inicial, os promoventes demonstraram propriedade, a qual, como se disse, exige documentação imobiliária específica, com a matrícula do imóvel, mesmo se remontando anteriormente a direito de sesmeiro, de forma que não se pode nem mesmo imaginar a abertura de oportunidade ulterior de produção de mais provas -- laudos e testemunhos ulteriores -- para discussão dominial decorrente do regime de sesmarias.

11.- Nesse ponto irrespondíveis os argumentos do Acórdão ora em exame, seja na motivação do voto do Relator Designado, Des. *Alvim Soares*, seja na dos votos vencedores, proferidos pelo Des. *Pinheiro Lago* e *Wander Marotta*, destacando-se os fundamentos pelos quais se afastam os argumentos do voto vencido dos Desembargadores *Belizário de Lacerda* e *Edivaldo Jorge* este expostos:

O Sr. Des. Pinheiro Lago:

Ouvi, com atenção, os pronunciamentos feitos da tribuna pelos ilustres patronos das partes que buscam o mesmo norte.

Quanto à preliminar de não-conhecimento agitada da tribuna, rejeito-a, acompanhando os argumentos expendidos pelos eminentes Relator e Revisor.

Quanto ao mérito, tenho voto escrito e passo à sua leitura.

Voto

Analisando detidamente todo o aqui compilado, peço vênia aos eminentes Desembargadores componentes desta Câmara Julgadora para reformular meu entendimento sobre a questão aqui debatida.

No julgamento da apelação interposta pelos aqui embargados externei meu posicionamento no sentido de que era imprescindível a produção da prova testemunhal anteriormente deferida; todavia, sopesando todas as teses aqui debatidas, tenho que a decisão singular primeva deve ser mantida; a matéria em julgamento não se vincula, necessariamente, a produção de prova oral, sendo, pois, acertada a conduta procedimental aplicada a espécie.

Colhe-se da jurisprudência pátria citada por *Theotônio Negrão*:

Presentes as condições que ensejam o julgamento antecipada da causa, é dever do juiz, e não mera faculdade, assim proceder. (STJ, 4ª Turma, REsp n. 2.832-RJ, rel. Min. Sálvio de Figueiredo) (*in* Código de Processo Civil e legislação processual em vigor, Saraiva, 30ª edição, p. 382).

Constantes dos autos elementos de prova documental suficientes para formar o convencimento do julgador, incorre cerceamento de defesa se julgada antecipadamente a controvérsia. (STJ - AgRg n. 14.952-DF - 4ª Turma - Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira - DJU 10.10.1994 - p. 27.114).

Assim, não há falar em cerceamento de defesa, eis que, para a prova do título propriedade mister a produção de prova documental.

Enfatiza-se, por oportuno, que as decisões retratadas as fls. 468-471-TJ (TJ-MG) e 527-536-TJ (STF) reconhecem a legitimidade dos embargos para a propositura da ação por serem herdeiros, mas desconhecem o tema envolvendo a propriedade da gleba de terra questionada; assim, não há falar em coisa julgada.

Par derradeiro, deixo consignado que "... a transcrição imobiliária possui um fim específico, que e a certeza da propriedade e publicidade..." e a Carta de Sesmaria é instrumento de reconhecimento da posse. A vista disso, repita-se, com renovado pedido de vênia aos eminentes Desembargadores, acolho aos presentes embargos infringentes eis que os tenho por procedentes.

É como voto.

(...)

O Sr. Des. Wander Marotta:

Ouvi, com atenção, a sustentação oral proferida pelos em. Advogados das partes.

Quanto à preliminar, também a rejeito, já que é incontestável que houve reforma da sentença com um voto vencido, pressuposto que, por si só, autoriza a admissibilidade do presente recurso, como já enfatizado.

Quanto à questão objeto do recurso, trouxe voto escrito em que a examino.

Voto

A questão em que ocorreu divergência no julgamento da apelação envolve a necessidade de produção ou não de prova testemunhal e pericial no juízo de origem.

Os doutos votos majoritários entenderam que sim (fls. 1.030); e o minoritário que não, visto que nas demarcações, não existindo prova de domínio, como aqui, tal prova era desnecessária ou inútil (fls. 1.030-1.031).

O eminente Relator destes infringentes filia-se à corrente vencedora, rejeitando os embargos.

Peço vênia a todos para dissentir e acolher os embargos.

Com efeito, como se sabe, *chamado registro paroquial não induz propriedade*. É meio probante da posse.

Como diziam *Pedro Aleixo, Ernani Satiro e Aliomar Baleeiro*:

No Brasil, o particular se dono das terras se prova que tem título legítimo direto do Estado ou do patrimônio nacional, por compra, sucessão, doação, etc., ou se, por cadeia sucessória, ou outro meio idôneo, prova que aquela terra foi desmembrada do Patrimônio Público em algum tempo (voto proferido na Comissão Especial para estudo de Emenda Constitucional para a Reforma Agrária - Congresso Nacional).

Aliomar, posteriormente, já no STF, analisando caso de discriminação de terras do Estado de Goiás, afirmava:

O Estado de Goiás não precisa provar nada, a presunção é de que a terra é dele". O particular é que tem de provar, por uma cadeia sucessória, que as terras foram desmembradas do patrimônio público. Não há nenhuma dúvida a respeito disso (in Revista de Direito - PGE - v. 5º, p. 42)

Num resumo extremamente sintético pode-se esclarecer: relativamente as terras do território nacional, a União e sucessora dos Reis de Portugal e os Estados-membros sucedem a União em virtude da Constituição de 1891 (art. 64). Afora os casos em que tenha havido desmembramento de alguma dessas terras, por vários modos, os Estados detém a propriedade das terras situadas dentro de seu território. A prova em contrário compete ao particular.

Neste processo, alega-se a desincorporação das terras dele objeto. O instrumento desse desmembramento seria o registro paroquial de uma Carta de Sesmaria.

Com esse registro nada se predispõe, como pensam alguns, para o cadastro da propriedade imóvel, base do regime hipotecário germânico. Teremos uma simples descrição estatística, mas não uma exata conta corrente de toda a propriedade

imóvel do país, demonstrando sua legitimidade e todos os seus encargos. O sistema cadastral é impossível entre nos (Consolidação das Leis Cíveis, 1896, 3ª ed., p. 533-4, nota 24).

Segundo o Decreto n. 1.318, de janeiro de 1854 (art. 93), *“as declarações de que tratam este é o artigo antecedente não conferem direito algum aos possuidores”*.

Em suma, cabe ao proprietário provar sua propriedade nos termos do art. 5º da Lei n. 3.081, ou seja, através de títulos *devidamente filiados*.

Se assim não se faz - ou não se fez - não será através de perícia - ou de esclarecimentos da perícia - ou mesmo de testemunhas - que tal se dará. *Não se produz prova inútil* - é a lição dos processualistas modernos.

O registro paroquial - ou a Carta de Sesmaria - é instrumento ou via de comprovação da posse ou da intenção de possuir. Nada mais.

Embora possa ter havido essa posse, o advento do Código Civil, em 1916 (art. 67) tornou imprescritíveis os bens públicos, tudo evoluindo para, atualmente, serem tidas as terras públicas como imprescritíveis (Súmula n. 340 STF e Constituição).

A doutrina mais autorizada no País proclama exatamente essa verdade: o registro paroquial não resulta em propriedade (*Astolfo Rezende* - Revista de Jurisprudência Brasileira - maio de 1939 - p. 158; *Witaker* - Terras - p. 105; *Francisco Morato* - Da prescrição nas ações divisórias - p. 148; *Lima Pereira* - Da propriedade no Brasil; e *Teixeira de Freitas* - Consolidação das Leis Cíveis - nota 24 ao art. 905).

Deste modo, conclua-se: o registro paroquial - ou a Carta de Sesmaria - pode ser instrumento de reconhecimento da posse - e pode até suportar pedido de usucapião. Poderia ter alicerçado pedido de legitimação. Mas nunca, por si só, como consequência desse próprio título, de reconhecimento de domínio.

Se não houve desincorporação das terras públicas, o paroquial permanece insulado, isolado, sem força probante maior que a da posse, ainda que velha.

Falta, portanto, aos embargados, título autêntico de aquisição. As terras continuam no domínio público - são chamadas devolutas - e constituem bens públicos dominiais, formando o patrimônio do Estado.

Nada disso está submetido a matéria probatória que os doutos votos majoritários deferiram, razão porque, com a vênua ao eminente Relator e aos que profeririam os votos majoritários, *acolho os infringentes*.

É como voto.

Súmula: Rejeitaram, por unanimidade, a preliminar de não-conhecimento dos embargos levantada da tribuna (pelos embargados) e acolheram os embargos, vencidos o relator e o revisor.

12.- Nessa ordem de considerações, deve ser expressamente desfeita a confusão que se estabelece na argumentação dos autores, ora Recorrentes, ao

sustentarem que o primeiro Acórdão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais e o Acórdão do c. Supremo Tribunal Federal, Rel. Min. *Cândido Mota Filho*, tenham reconhecido a propriedade ou direito à procedência da ação demarcatória em virtude de direito hereditário.

Em verdade, aludidos Acórdãos apenas garantiram aos autores, como condôminos entre si, o direito de acionar, por intermédio da Ação Demarcatória, firmando que a sucessão qualifica sucessores a acionar em lugar de seus antecessores. Quer dizer: o que ficou proclamado pelo c. Supremo Tribunal Federal foi somente a legitimidade de parte, isto é, indicação da ação, não havendo como da legitimidade de parte, matéria preliminar atinente, reputa-se a condição da ação, inferir direito de propriedade ou a ele equiparável, para o sucesso da pretensão no mérito.

Vejam-se os termos do voto do e. Min. *Cândido Mota Filho*, na própria transcrição dos autores (fl. 1.132) para se concluir que jamais foi nele reconhecido o direito de propriedade dos autores, em decorrência de Carta de Sesmaria:

O Senhor Ministro Cândido Motta Filho: - estes autos vieram-me às mãos em 29 de Novembro de 1962 e foram com vistas ao Dr. Procurador Geral da República a 5 de Dezembro do mesmo ano. E só agora voltam-me, graças a pareceste da atual Procuradoria.

Trata-se de uma ação demarcatória de que eram os recorridos condôminos por herança, porque pretendesse fixar a aviventar rumos dada a posse de pessoas estranhas o juiz de Primeiro Grau julgou os autos carecedores da ação pois só poderiam promover as mesmas após efetuada a partilha e registrada os respectivos formais.

Mas o colendo Tribunal de Minas Gerais reformou o decidido, reconhecendo que todo herdeiro à parte legítima, como condômino pode pedir a demarcatória de terras vizinhas aquelas que lhe tocarem por herança. O Estado de Minas e a Cia. Siderúrgica Mineira interpoem o presente extraordinário, porque a decisão violara os artigos 569 do Código Civil, 223, 415 e 422 do Código de Processo e por existir jurisprudência em contrário.

As partes arrazoaram e a Procuradoria Geral opinou pelo conhecimento e não provimento do recurso, dizendo a fl. 517:

Os recorridos intentaram ação demarcatória de terras já existentes entre essas terras e terreno vizinhos na posse de pessoas estranhas a sucessão.

O Juiz da 1ª instância julgou-os carecedores da ação, por achar que somente poderiam promovê-la após efetuada a partilha e registrados os respectivos formais.

O acórdão recorrido reformou tal decisão, reconhecendo que todo herdeiro a parte legítima, como condômino, para pedir demarcatória de terras vizinhas aquelas que lhe tocaram por herança.

O Estado de Minas Gerais e Cia. Siderúrgica Belgo Mineira interpõem o presente extraordinário dando como violados os arts. 569 do Cód. Civil e 2º, 223, 415 e 422 do Cód. de Processo Civil e indicando acórdãos que estariam em conflito com o recorrido. Os principais dispositivos legais de direito substantivos e adjetivos apontados como violados, estabelecem o seguinte:

Todo proprietário pode obrigar o seu confinante a proceder com ele a demarcação entre os dois prédios (art. 569 do CC).

A ação de demarcação (compete) ao proprietário ou *condômino* de um prédio contra os possuidores do prédio confinante para fixação de rumos novos ou aviventação dos existentes (art. 415 do CPC).

Sustentam os recorrentes, e com eles a sentença de 1ª Instância, que os recorridos, sendo herdeiros de herança ainda não partilhada, não eram ainda proprietários, para poder pedir demarcatória contra os vizinhos.

Trazem à colocação do acórdão do Tribunal de Justiça de Sta. Catarina esposando a mesma tese.

Contudo, parece-nos melhor elucidada a inteligência do acórdão recorrido, ao decidir que o herdeiro, sendo proprietário, embora para o indivíduo, pode, como condômino que é, promover ação demarcatória contra os confinantes.

Realmente, desde que na herança haja imóvel e este tenha limites a fixar ou aviventar como impossível na posse das pessoas estranhas ao inventário, não há como negar direito a qualquer herdeiro de promover a demarcação.

Aliás o próprio texto da lei judiciária esclarece, expressamente, que tal ação cabe não só ao proprietário exclusivo *como ao proprietário em condômino* (parte final do art. 415 do CPC)

Apenas não poderiam o condômino promover demarcatória contra os demais condôminos, porque então sua parte estando ainda em confusão com os demais proprietários isto não lhe permitia intentar a demarcação contra estes, antes de promover a divisória, indispensável para distinguir o seu quinhão dos demais condôminos.

Já o mesmo não acontece, porém, quando o herdeiro para demarcar todo o prédio, em condômino, com os vizinhos estranhos a sua propriedade indivisa.

Por isso, Pontes de Miranda ao comentar, com sua incontestável autoridade, este dispositivo da lei judiciária civil, afirma:

Para propor a ação (demarcatória) o condômino não precisa de mandato dos outros.

Porém:

Condômino *pro indiviso* não pode requerer demarcação *contra* os outros (condôminos). (Com. ao Cód. Proc. Civ. Vol. VI - p. 274).

Impedir, pois, a qualquer herdeiro o direito de propor ação demarcatória contra terceiros confinantes a imóvel herdado em comunhão, seria o mesmo que negar ao condômino o direito de demarcar sua propriedade em comum, com confinantes estranhos ao condômino.

Mas, nessa consequência ilógica esbarraria em empeco intransponível, com o próprio texto da lei que estabeleceu *expressamente*.

A ação de demarcação compete ao proprietário ou *condômino* contra os possuidores de prédio vizinho (art. 415 do CPC).

O que nos parece imprescritível, nesses casos, e que seja feita prova de propriedade do *de cuius* com a qual o herdeiro prova a filiação da propriedade.

Dessarte, qualquer herdeiro, comprovando a propriedade *de cuius. que* lhe deixou parte em herança, pode intentar ação demarcatória, porque, incontestavelmente, e condômino dessa propriedade, desde a abertura da sucessão, e esta ocorre com a morte do *de cuius*. (art. 1.572 do CC)

Assim, só se o acórdão recorrido sustentasse que o herdeiro não precisava provar a propriedade do *de cuius* para propor a lide demarcatória e que se poderia alegar malferimento ao art. 569 do CC para embasar o extraordinário.

Porém o acórdão malsinado limitando-se a afirmar, com pleno assento em texto expreso da lei, que o herdeiro, sendo condômino, e parte legítima para intentar a demarcação com os confinantes estranhos ao inventário, não enseja, o 'extraordinário' com assento em malferimento de lei.

Nada, pois, a censurar ou a merecer reforma nessa conclusão em absoluta consonância a texto expreso de lei.

Em face do exposto somos pelo conhecimento do recurso, face do dissídio de julgados de tribunais diferentes, mas opinamos pelo seu não provimento ante o acerto do acórdão malsinado.

O Senhor Ministro Cândido Motta (Relator): Diz o acórdão à fl. 464: "como se vê do próprio despacho recorrido, os promoventes juntaram ao seu pedido a certidão do título de herdeiros, extraída do processo de sobre-partilha de bens

deixados por Guilherme Justino Halfeld; nele ficou, ainda, declarado que os títulos de domínio apresentados dizem respeito do domínio desse antepassado, mas não provam a propriedade dos autores. Ainda que os bens não tenham sido partilhados e a propriedade demarcada continue em nome de seu antepassado, aquela certidão, extraída no processo de sobre-partilha, legitima a presença dos autores em Juízo”.

A solução ajustada ao caso deverá ser obtida da harmoniosa inteligência dos arts. 1.572, parágrafo único, do artigo 1.580, 524, 532, 533, inciso II, do art. 623 e 632, todos do Código Civil e nessa ordem de idéias vamos ter que, verificada a morte, o domínio e a posse da herança se transmitem, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários, independentemente de qualquer formalidade, de qualquer pedido ao juiz, de qualquer manifestação de vontade, tão só por uma ficção legal de que as pessoas dos herdeiros são a continuação da pessoa do defunto.

O recorrente cita vários acórdãos que diz contrariarem o decidido, porém nenhum deles faz referência expressa ou desdobrada ao caso em pauta.

Não vejo propriamente no acórdão impugnado, violação de lei, porque, de acordo com o art. 145 do Código de Processo Civil a ação de demarcação compete ao proprietário e ao condômino. Além disso o acórdão tendo em vista que consta dos autos, decidiu que o proprietário, embora *pro-indiviso*, pode, como condômino, promover a ação demarcatória. Daí a opinião de Pontes de Miranda citado no douto parecer da Procuradoria, quando afirma que “para propor a ação (demarcatória) o condômino não precisa de mandato de outros”.

No caso *reconhece o acórdão* que a prova da propriedade foi feita e que os autores são condôminos e assim podiam intentar o feito. Não conheço do recurso.

13.- Como se vê, tendo jamais sido reconhecido o direito dos autores à propriedade e buscando eles, desenganadamente, a ação demarcatória, que exige a título de propriedade, não era mais necessária prova nenhuma para o julgamento da controvérsia, no sentido da improcedência da ação demarcatória.

Não há, assim, razão para proclamar pretensa violação dos arts. 471, 473 e 435 do Cód. de Proc. Civil, no sentido de reforma do Acórdão para ensejar a produção de prova em audiência - nem mais prova pericial.

A prova pericial e a prova testemunhal jamais poderiam suprir a falta de título de propriedade, que os autores realmente não têm, não havendo como, de antiga Carta de Sesmaria, que legitimaria à posse, que os antecessores dos autores, contudo, ou nunca tiveram ou a perderam, tanto que na inicial claramente pretendem a “imissão”, deduzir propriedade, relativamente a área cuja posse afirmaram, expressamente, ser da promovida.

14.- Pelo exposto, não se conhece do Recurso Especial no tocante à letra **c** e, quanto à letra **a**, conhece-se, mas nega-se provimento.

VOTO

O Sr. Ministro Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ-RS): Senhor Presidente, antes de mais nada quero cumprimentar os doutos advogados que se pronunciaram.

V. Exa. foi verdadeiramente profundo na análise de toda a matéria, que, como disse V. Exa., já está tramitando há cinquenta anos nos tribunais, sem que tenhamos uma culpa direta nem indireta nessa demora e, aflorando toda a doutrina e jurisprudência, V. Exa. concluiu acertadamente, que a prova testemunhal não pode suprir o título de propriedade de sesmaria.

Assim, acompanho integralmente o belo voto de V. Exa., não conhecendo do recurso especial no tocante à letra **c** e, quanto à letra **a**, dele conhecendo, mas negando-lhe provimento.

VOTO-VOGAL

O Sr. Ministro Paulo Furtado (Desembargador convocado do TJ-BA): Sr. Presidente, quero apenas dizer que até recebi, esta semana, uma carta de um dos autores, o Sr. Themístocles Pederneira Halfeld, e pareceu-me um pedido de socorro. Em função disso, dediquei à matéria uma atenção especial.

Mas, depois de ler o voto de V. Exa., é inquestionável, não há como deixar de acompanhá-lo, de forma que estou acompanhando inteiramente o voto de V. Exa., não conhecendo do recurso especial no tocante à letra **c** e, quanto à letra **a**, dele conhecendo, mas negando-lhe provimento.

VOTO-VOGAL

O Sr. Ministro Massami Uyeda: Sr. Presidente, também tenho condições de proferir meu voto, porque havia previamente recebido o voto de V. Exa. e os memoriais das partes.

Outra não poderia ser a conclusão a chegar-se, senão a esse laborioso trabalho que V. Exa. fez, no sentido de se negar provimento a este recurso. A

despeito desse processo estar há mais de setenta anos frequentando os pretórios, na verdade o Superior Tribunal de Justiça agora é que está sendo convocado, e V. Exa. prontamente atendeu esse reclamo de prestação jurisdicional.

De maneira que, louvando e elogiando o trabalho de V. Exa., com muita percuciência, com todos esses fundamentos, esses excertos jurisprudenciais que bem ilustram o trabalho de V. Exa., que, como sempre, é esmerado, acompanho integralmente a conclusão do voto de V. Exa., não conhecendo do recurso especial no tocante à letra **c** e, quanto à letra **a**, dele conhecendo, mas negando-lhe provimento.

RECURSO ESPECIAL N. 945.027-BA (2007/0092131-2)

Relator: Ministro Ari Pargendler

Relator para acórdão: Ministro Sidnei Beneti

Recorrentes: Francisco Franco Amaral Filho e cônjuge

Advogados: José Saraiva e outro(s)

Paulo Sérgio W. Amaral e outro

Recorrido: Valéria de Sá Andrade

Advogados: Raymundo Paraná Ferreira

Paulo Joaquim de Araújo

EMENTA

Direito Civil. Fideicomisso instituído em favor de menor. Venda do imóvel fideicomitado. Alvará judicial. Aquisição de imóvel de menor valor. Fiduciário que adota a fideicomissária menor. Ação anulatória procedente. Exame de eventual boa-fé e eventual direito de retenção por parte do adquirente relegada para a execução, na peculiaridade do caso. Eventual ação de regresso contra o fiduciário ressalvada.

Patenteando-se que a venda de imóvel objeto de fideicomisso realizou-se em prejuízo de menor fideicomissária, ainda que mediante

alvará judicial em que representada pelo fiduciário, ante a aquisição de imóvel de valor sensivelmente menor, anula-se a venda do imóvel fideicomitido, reservada, nas peculiaridades do caso, da discussão a respeito de eventuais boa-fé e direito de retenção por parte do adquirente do imóvel, bem como ressalvado eventual direito de regresso contra o fiduciário e, finalmente, ressalvada a possibilidade de acionamento da fideicomissária quanto ao destino do imóvel adquirido em subrogação, matéria situada fora do objeto do presente processo.

Recurso Especial conhecido apenas em parte, por maioria de votos, sem interferência na sucumbência determinada pelo Acórdão recorrido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, prosseguindo no julgamento, após o voto-vista da Sra. Ministra Nancy Andrichi, conhecendo do recurso especial e dando-lhe parcial provimento, acompanhando o voto prevaiente do Sr. Ministro Sidnei Beneti, conhecer do recurso especial e dar-lhe parcial provimento.

Vencido o Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros, que não conhecia do recurso e, em parte, os Srs. Ministros Ari Pargendler e João Otávio de Noronha, que dele conheciam e lhe davam provimento.

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Nancy Andrichi, Sidnei Beneti, Humberto Gomes de Barros e João Otávio de Noronha.

Lavrará o acórdão o Sr. Ministro Sidnei Beneti.

Brasília (DF), 19 de agosto de 2008 (data do julgamento).

Ministro Sidnei Beneti, Relator para acórdão

DJe 24.11.2008

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Ari Pargendler: Valéria de Sá Andrade Porto ajuizou ação contra Francisco Franco Amaral Filho e outros, pleiteando a nulidade

da compra e venda, com a conseqüente reivindicação do imóvel denominado “Fazenda Manjerona”, bem como perdas e danos, por ter sido realizada em desrespeito ao fideicomisso instituído por cláusula testamentária em favor de menor impúbere (fls. 02-27, 1º vol.).

A MM. Juíza de Direito Substituta, Dra. Zaudith Silva Santos, reconhecendo a prescrição, julgou extinto o processo (fls. 294-296, 2º vol.), mas a sentença foi anulada (fls. 393-396, 2º vol.), seguindo-se outra decretando a inépcia da petição inicial (fls. 495-507, 3º vol.).

A Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, relator o Desembargador Antônio Pessoa Cardoso, por maioria, deu provimento à apelação nos termos do acórdão assim ementado:

Apelação cível. Ação ordinária de cunho anulatório e reivindicatório c.c. perdas e danos. Fideicomisso. Agravo retido renunciado. Preliminar insubsistente. Inocorrência de inépcia da petição inicial. Direito inalienável do fideicomissário de reivindicar o bem quando da abertura do fideicomisso, independentemente da alienação deste ter sido autorizada por alvará judicial. Negócio jurídico plenamente resolúvel. Sentença reformada. Recurso provido (fl. 586, 3º vol.).

Lê-se no julgado:

Tem-se por certo e infismável que no fideicomisso uma pessoa (fideicomitente) transfere um bem de sua propriedade a outra pessoa (fideicomissária), ficando uma terceira pessoa (fiduciário) no encargo de mantê-lo sob seu domínio, uso e gozo por período determinado, até repassá-lo ao fideicomissário no momento pré-determinado na contratação.

Deve o fiduciário durante seu período de uso e gozo defender e preservar o bem, podendo ainda aliená-lo, ou gravá-lo de hipoteca, penhor ou uso, ficando porém claro que tal posse e domínio é em verdade precário e restrito, e sobretudo resolúvel, posto que o instituto obriga o fiduciário a, sempre e sobremaneira, manter a substância do legado e devolver tal bem integralmente ao fideicomissário na oportunidade aprazada.

Diante de tais circunstâncias, não resta qualquer dúvida quanto ao direito da apelante-fideicomissária de reivindicar o bem que o fiduciário alienou a terceiros, independentemente da tentativa de legalizar-se tal negócio através de alvará judicial.

Tal alvará, em verdade, seria desnecessário para autorizar o fiduciário a realização da alienação do imóvel, não tendo, por outro lado, o condão de tornar tal negócio jurídico irresolúvel, transferindo o domínio do bem definitivamente a terceiros, em descabida contrariedade ao instituto do fideicomisso.

E não se aproveita em favor do fiduciário a alegada compra de outro imóvel, para ser dado à fideicomissária, em substituição àquele que lhe foi confiado.

Haveria, no mínimo, de mostrar vantagens para a apelante no negócio compreendido.

A obrigação legal do fiduciário está diretamente vinculada ao bem específico sob fideicomisso, devendo este realizar a entrega deste bem, e não de qualquer outro, quando findo o período avençado.

Deve então ser o imóvel gravado sob fideicomisso passado imediatamente ao domínio da fideicomissária, sem direito de retenção pelos terceiros adquirentes, e sem prejuízo de ação regressiva destes contra o fiduciário que realizou a venda (fls. 588-589, 3º vol.).

Francisco Franco Amaral Filho e cônjuge (fls. 612-615, 4º vol.) opuseram embargos de declaração, rejeitados (fls. 617-619, 4º vol.) e, depois, embargos infringentes contra a parte não-unânime do acórdão (fls. 622-629, 4º vol.), interpondo prematuramente recurso especial contra a parte unânime, por alegada violação dos artigos 282, III e IV, 286, 293 e 295, I e II, do Código de Processo Civil, bem como divergência jurisprudencial (fls. 645-665, 4º vol.).

Os embargos infringentes, relator o Desembargador Rubem Dário Peregrino Cunha, foram rejeitados nos termos do acórdão assim ementado:

Embargos Infringentes. Processo Civil. Cabimento do Recurso dos Embargos de Infringência em face de Acórdão, na Hipótese de Aplicação do Artigo 515, § 3º, do CPC. Civil. Fideicomisso. Propriedade Resolúvel. Sub-rogação. Impossibilidade.

1. Julgado o mérito do feito, com base no artigo 515, § 3º, do CPC, cabível a interposição dos Embargos Infringentes. Inteligência do artigo 530 do CPC.

2. Para análise do cabimento daquela espécie de recurso, importa a análise da definitividade do Acórdão, não da sentença.

3. A alienação de bem gravado com fideicomisso é matéria referente ao instituto da propriedade resolúvel, como bem salientou o representante ministerial. Ademais, deveria ter sido observada a última vontade da fideicomitente.

4. Direito de seqüela presente.

5. Preliminar Afastada. Embargos Infringentes rejeitados, com a manutenção do acórdão embargado (fl. 693, 4º vol.).

Lê-se no julgado:

À Autora, então menor impúbere, foi deixado em fideicomisso bem imóvel (fazenda de gado), sendo o fiduciário legatário o Sr. Henrique de Araújo Andrade, que, posteriormente, se tornou seu pai adotivo.

Contudo, o legatário fiduciário, alegando ser a fazenda deixada em fideicomisso de administração 'tão complexa quanto difícil e de rentabilidade aleatória' (fl. 46), requereu a venda do imóvel e a sub-rogação do fideicomisso em outro bem, a ser adquirido como produto daquela alienação.

Diga-se, outrossim, que a sentença que julgou procedente o pedido de alvará formulado foi precedida de pronunciamentos do Ministério Público (conforme consta daquele *decisum*, fl. 46) e do Curador Especial (fls. 124-125) que concordaram com o pleito.

Assim, adquiriu-se outra fazenda, de cacau esta, e subrogou-se o fideicomisso nesta propriedade, tudo nos termos da sentença que julgou o alvará.

Cuida o instituto do fideicomisso de substituição testamentária, no qual o objetivo é beneficiar o fideicomissário após o implemento de uma condição suspensiva, para ele, e resolutive para o fiduciário, que pode dispor do bem. Entretanto, esta liberdade deve obedecer ao disposto sobre a propriedade resolúvel.

(...)

No caso sob comento, a testadora, fideicomitente, não possuía herdeiros necessários, logo pode dispor de todos os seus bens da forma que melhor entendeu.

Neste passo, deixou para a embargada o legado, ora reivindicado, 'Fazenda Manjerona', como meio de garantir-lhe um futuro seguro, também indicou os sujeitos capazes que seriam os fiduciários, e que deveriam agir de forma sucessiva.

No múnus do seu posto o fiduciário achou por bem adotar a fideicomissária, ora embargada. Contudo, ficou claro que esta manobra foi apenas utilizada com o intuito de chegar mais rápido aos seus objetivos: a disposição do bem legado.

(...)

Veja-se que a venda e a sub-rogação foram devidamente autorizadas pela Justiça, contudo embora legal o ato é ilegítimo, porque feriu frontalmente o direito da menor.

Relembre-se que trata o instituto de propriedade resolúvel, assim nasce para a fideicomissária o direito de perseguir o bem onde quer que ele esteja, no caso, em propriedade de quem quer esteja.

Assim, o fiduciário poderia dispor do bem, mas por outro lado deveria observar que o bem teria que ser entregue à fideicomissária da forma estipulada no testamento.

(...)

Assim, merece amparo o pleito reivindicatório formulado pela embargada, porque o bem é de propriedade resolúvel, cabendo-lhe a faculdade de exercer o direito de seqüela sobre o mesmo (fls. 699-707, 4º vol.).

Francisco Franco Amaral Filho e cônjuge opuseram embargos de declaração (fls. 726-755, 4º vol.), rejeitados com aplicação da multa prevista no artigo 538, parágrafo único, do Código de Processo Civil e sanção do artigo 15 do Código de Processo Civil (fls. 800-806, 4º vol.), renovados (fls. 809-812, 4º vol.), e acolhidos para fundamentar a aplicação da multa (fls. 833-837, 5º vol.); ainda interpuseram recurso especial, reiterando as razões do recurso especial oferecido contra a parte unânime do acórdão (fls. 645-665, 4º vol.) e, ainda, sustentando violação dos artigos 15, 131, 458, II, 535, 538, parágrafo único, e 1.111 do Código de Processo Civil, bem como dos arts. 85, 859, 1.626, 1.676, 1.677 e 1.734 do Código Civil de 1916 (fls. 858-882, 5º vol.).

VOTO

O Sr. Ministro Ari Pargendler (Relator): Os autos dão conta de que Jesuina Andrade de Almeida deixou por testamento, em regime de fideicomisso, para Valéria Ferreira de Oliveira, então menor de idade, a Fazenda Manjerona, sendo fiduciário Henrique de Araújo Andrade; o fideicomisso se extinguiria pela maioria ou pelo casamento da fideicomissária.

Na seqüência, ainda impúbere, Valéria Ferreira de Oliveira foi adotada pelo fiduciário, Henrique de Araújo Andrade, o qual – obtendo alvará judicial – alienou o aludido imóvel, subrogando o gravame em outro, alegadamente produtor de cacau.

Já casada, e com o nome resultante de seu novo estado civil, Valéria de Andrade Porto ajuizou ação ordinária contra Francisco Franco Amaral Filho e esposa, Marjorie Rose Mary Wicke Amaral, adquirentes da Fazenda Manjerona, e contra Henrique de Araújo Andrade, fiduciário, e esposa, Maria Clementina de Sá Andrade, reivindicando o imóvel (fls. 03-28, 1º vol.).

A sentença de improcedência do pedido (fls. 495-507, 3º vol.) foi, por maioria de votos, reformada pelo tribunal *a quo* no julgamento da apelação (fls. 586-609, 3º e 4º vols.), decisão confirmada no âmbito de embargos infringentes (fls. 693-707, 4º vol.).

Francisco Franco Amaral Filho e esposa, Marjorie Rose Mary Wicks Amaral, opuseram embargos de declaração, ativando os seguintes temas: (a) a nulidade do julgamento (*desembargadores que não ouviram o relatório lido na primeira sessão de julgamento, dele participaram votando na segunda sessão, Regimento Interno do Tribunal da Bahia, art. 21; só o revisor teve ciência prévia*

do relatório escrito, CPC, art. 553, fls. 729-732, 4º vol.); (b) a nulidade do acórdão (*omitiu-se de examinar a alegada boa-fé de Francisco Franco Amaral Filho e esposa, Marjorie Rose Mary Wicke Amaral, adquirentes da Fazenda Manjerona*, fls. 734-735, 4º vol.); (c) a má prestação jurisdicional (*desconsiderou “o trânsito em julgado da sentença concessiva do alvará judicial”* (fl. 736, 4º vol.); (d) a impossibilidade de julgar a causa com base no art. 515, § 3º, do Código de Processo Civil (*nenhuma prova foi produzida para autorizar um convencimento sobre a boa ou a má-fé dos adquirentes do imóvel*, fl. 741, 4º vol.); (e) o enriquecimento sem causa (*“anula-se a compra e venda (...) e nada se fala em relação ao valor pago (...) e as despesas (...) com benfeitorias do bem objeto da alienação”*, fl. 748, 4º vol.).

Os embargos de declaração foram rejeitados, tendo o tribunal *a quo* examinado apenas uma das questões neles articuladas, aquela que se refere a nulidade do julgamento (*desembargadores que não ouviram o relatório lido na primeira sessão de julgamento, dele participaram votando na segunda sessão*, Regimento Interno do Tribunal da Bahia, art. 21; só o revisor teve ciência prévia do relatório escrito, CPC, art. 553).

Data venia, a prestação jurisdicional foi incompleta, porque contraditória a motivação do acórdão (*“... embora legal o ato é ilegítimo, porque feriu frontalmente o direito da menor”* (fl. 706, 4º vol.); se *legal*, o ato não poderia ter ferido *direito* algum. Legal significa conforme o direito - e essa circunstância implicaria a anulação do acórdão proferido nos embargos de declaração, se não houvesse um motivo que exigisse a declaração de uma nulidade mais ampla. Com efeito, autorizada pelo Judiciário a subrogação do bem sobre o qual recaía o fideicomisso, o direito de quem adquiriu a Fazenda Manjerona só poderia ser preterido diante da prova de má-fé. Fora de toda dúvida, implementada a condição prevista, cessa o fideicomisso, podendo o fideicomissário reclamar a propriedade do imóvel, quer esteja em nome do fiduciário ou de outrem. Se, todavia, o imóvel gravado é, com autorização judicial, substituído por outro, só a má-fé do adquirente pode macular a alienação do imóvel originariamente subordinado ao fideicomisso. Liberada do fideicomisso, a propriedade deixa de ser resolúvel, e não pode ser reivindicada de quem a adquiriu de boa-fé.

Voto, por isso, no sentido de conhecer do recurso especial e de dar-lhe provimento para que, anulado o processo desde a sentença, outra seja proferida após regular instrução, afastada a multa aplicada com base no art. 538, parágrafo único, do Código de Processo Civil.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros: Este recurso origina-se em ação de nulidade. A autora pediu a desconstituição de compra e venda de um imóvel rural denominado Fazenda Manjerona. Tal imóvel foi objeto de fideicomisso – de que a autora era fideicomissária.

Constituído fiduciário, o Juiz de Direito Henrique de Araújo Andrade, assumiu também a guarda da autora, a quem, posteriormente, adotou.

Em outro passo, Henrique obteve, em juízo, alvará que o autorizou a alienar a Fazenda Manjerona, com sub-rogação do fideicomisso em outro imóvel rural.

Valendo-se dessa autorização, Henrique vendeu a fazenda a Francisco Franco Amaral Filho e adquiriu outro imóvel em que foi sub-rogado o fideicomisso.

Valéria de Sá Andrade Porto, a fideicomissária, postulou a declaração de nulidade da venda do imóvel. Para tanto, imputou nulidade ao alvará que autorizara a substituição do fideicomisso.

O acórdão ora recorrido – formado no julgamento de embargos infringentes – julgou procedente o pedido, porque:

a) os autos revelam nítida intenção do fiduciário de, por meios legais, burlar os institutos jurídicos e extinguir o fideicomisso;

b) no *munus* do seu posto, o fiduciário achou por bem adotar a fideicomissária, ora embargada. Contudo, ficou claro que esta manobra foi apenas utilizada com o intuito de chegar mais rápido aos seus objetivos: a disposição do bem legado;

c) colhe-se dos autos, como bem salientado pelo órgão ministerial no parecer suso mencionado, que inclusive não houve a prévia indicação do bem ao qual seria sub-rogado o legado. Note-se que, prefacialmente, o valor seria deixado em Conta Poupança, o que, todos sabem, é facilmente absorvido;

d) por outro lado, deve-se salientar, que em atenção à última vontade da fideicomitente, testadora, o outro sujeito, apontado como fiduciário, deveria ter tomado conhecimento de todos os feitos, até mesmo para que fosse impregnada uma maior segurança à menor;

e) ademais, verifica-se que, em verdade, não houve uma legítima sub-rogação, porque o bem adquirido não obedeceu ao instituto de forma a ser *igual*, obedecer aos mesmos rendimentos do imóvel legado em fideicomisso;

f) Veja-se que a venda e a sub-rogação foram devidamente autorizadas pela justiça, contudo, embora legal, o ato é ilegítimo, porque feriu frontalmente o direito da menor;

g) lembre-se que trata o instituto de propriedade resolúvel, assim nasce para a fideicomissária o direito de perseguir o bem onde quer que ele esteja, no caso, em propriedade de quem quer que esteja;

h) assim merece amparo o pleito reivindicatório formulado pela embargada, porque o bem é de propriedade resolúvel, cabendo-lhe a faculdade de exercer o direito de seqüela sobre o mesmo.

O eminente Ministro Relator proveu o recurso especial, porque considerou “contraditória a motivação do acórdão”.

No entendimento de Sua Excelência, a contradição encontra-se na expressão “... embora legal, o ato é ilegítimo, porque feriu frontalmente o direito da menor”. Com efeito, observa, se o ato é legal, não fere direito algum.

O Relator enxerga, contudo, uma deficiência mais remota: “autorizada pelo Judiciário, a sub-rogação do bem sobre o qual recaía o fideicomisso, o direito de quem adquiriu a Fazenda Manjerona só poderia ser preterido diante da prova da má-fé”. Liberada do fideicomisso por autorização judicial, a propriedade sobre o imóvel deixou de ser resolúvel. Não pode, assim, ser reclamada de quem a adquiriu em boa-fé.

Nessa linha de argumentação, o Relator declara a nulidade do processo a partir da sentença.

Ouso discordar. Para mim, o acórdão recorrido observou impecável linha de coerência. A expressão aparentemente contraditória é a conclusão de raciocínio iniciado com a observação de que

os autos revelam nítida intenção do fiduciário de, por meios legais, burlar os institutos jurídicos e extinguir o fideicomisso.

Com essa observação, o acórdão registrou a ocorrência de fraude à lei – fenômeno consistente no encadeamento de atos aparentemente lícitos, com o escopo de atingir objetivo ilícito.

A teor do acórdão, o itinerário da fraude foi percorrido em vários passos, a saber:

- a) assunção do *status* de fiduciário;
- b) adoção da fideicomissária – então menor; (Para o Tribunal *a quo*, “ficou claro que a adoção foi simples manobra para atingir o objetivo fraudulento; objetivos: a disposição do bem legado”);
- c) obtenção do alvará judicial;
- d) alienação da Fazenda Manjerona;
- e) compra de outra propriedade, a título de sub-rogação;

Esse caminho, que segundo o Tribunal *a quo* – louvado no conteúdo dos autos – foi percorrido, conduziu a uma fraude contra a disposição testamentária e o interesse da fideicomissária.

Não enxergo – data vênua – contradição ou obscuridade na frase malsinada. Com efeito, embora legal a autorização judicial, ela foi utilizada para a consumação de ato ilegítimo, “porque feriu frontalmente o direito da menor”.

Tanto mais porque, a teor do acórdão, “não houve uma legítima sub-rogação, porque o bem adquirido não obedeceu ao instituto de forma a ser igual, obedecer aos mesmos rendimentos do imóvel legado em fideicomisso”.

Bem por isso, a conclusão de que, em sendo resolúvel a propriedade sob fideicomisso, a fideicomissária tem o direito de perseguir-la, não importando sob domínio de quem esteja o respectivo bem.

Como se percebe, o acórdão não examinou a alegação de que os adquirentes (ora recorrentes) portaram-se de boa-fé. Não examinou, porque considerou desnecessário fazê-lo. É que o exercício do direito de seqüela abstrai esse elemento psicológico.

Tenho para mim que, na apreciação desse recurso especial, não podemos revolver essas conclusões assentadas no exame das provas contidas nos autos.

Por isso, rogo vênua ao eminente Relator, para não conhecer do recurso especial.



VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Sidnei Beneti: 1.- A autora, ora recorrida, moveu ação ordinária contra *Francisco Franco Amaral Filho* e sua mulher, adquirentes da

Fazenda Barra do Manjerona, *Henrique de Araújo Andrade* e sua mulher, pais adotivos da autora, ele ex-fiduciário no fideicomisso, instituído em prol da autora, fideicomissária, em testamento público por Jesuína Andrade Almeida, referente à aludida propriedade, pedindo fosse: a) “proclamada nula referida escritura de compra e venda, determinando-se, ainda, a reivindicação da Fazenda Manjerona em favor da A., sua legítima proprietária, a teor do art. 524 do Código Civil brasileiro (...), além de perdas e danos que vierem a ser apurados em liquidação”; b) devendo, no caso de eventual boa fé por parte dos adquirentes, ser “a indenização suportada por quem lhes vendeu indevidamente o imóvel, no caso o bel. Henrique de Araújo Andrade, art. 1.107 do Código Civil”; c) sem “direito de retenção (...) de alegáveis benfeitorias”, devido a anterior notificação judicial (fl. 26).

2.- Após uma primeira sentença, que julgou prescrita a ação e extinto o processo, anulada em julgamento de apelação e de embargos infringentes (Acórdãos às fls. 393-396 e 408-410), inadmitido Recurso Especial (despacho às fls. 451-457) e não acolhido Agravo contra o indeferimento (certidão de fl. 459v) uma segunda sentença, proferida em julgamento antecipado da lide, julgou extinto o processo sem julgamento do mérito, fundada no caráter meramente homologatório da decisão que concedeu alvará para a venda (CPC, arts. 267, I e IV, c.c. art. 295, I, parágrafo único, I e II – fls. 495-507), sentença que, contudo, foi reformada, com provimento no sentido da procedência da ação, pela 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça da Bahia, Rel. Juiz *Antonio Pessoa Cardoso* (fls. 586-589), vencido o Des. *José Milton Mendes de Sena*, que julgava procedente em parte a ação, para prosseguimento da ação exclusivamente com relação a pedido indenizatório formulado contra *Henrique de Araújo Andrade* e sua mulher (fls. 590-609), rejeitados Embargos de Declaração (fls. 617-619) e rejeitados Embargos Infringentes pelas Câmaras Cíveis Reunidas do Tribunal de Justiça da Bahia, Rel. Des. *Ruben Dário Peregrino Cunha* (fls. 693-707), vencido o Des. *José Milton Mendes de Sena* (fls. 708-723), rejeitados Embargos Declaratórios, com multa (fls. 800-806) e acolhidos novos Embargos de Declaração, sem nova multa (fls. 833-837).

3.- O acionado, ora recorrente, interpôs Recurso Extraordinário (fls. 840-852), respondido (fls. 897-900) e Recurso Especial (fls. 857-882), respondido pela autora (fls. 888-892), inadmitido o primeiro e admitido o segundo (fls. 1.001-1.003), acolhidos em parte Embargos de Declaração interpostos pela autora, mantida a admissão do Recurso Especial “apenas na alegada violação do art. 1.734 do CC/1916” (fls. 1.032-1.034).

4.- Neste Tribunal, já votaram: 1º) o e. Relator, Min. *Ari Pargendler*, no sentido de “conhecer do recurso especial e de dar-lhe provimento para que, anulado o processo desde a sentença, outra seja proferida após regular instrução, afastada a multa aplicada com base no art. 538, par. único, do Código de Processo Civil”; 2º) o e. Min. *João Otávio de Noronha* acompanhando o voto do Relator; 3º) O e. Min. *Humberto Gomes de Barros* divergindo, no sentido de “não conhecer do recurso especial”; 4º) a e. Min. *Nancy Andrighi* aguarda voto; 5º) Min. *Sidnei Beneti* profere o voto presente.

É o relatório.

5.- O que está em exame nestes autos, neste momento, é o que foi julgado na Apelação, pela 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça da Bahia, Rel. Juiz *Antonio Pessoa Cardoso* (fls. 586-589), rejeitados Embargos Infringentes, fundado no Voto Vencido do Des. *José Milton Mendes de Sena* (fls. 590-609) pelas Câmaras Cíveis Reunidas do Tribunal de Justiça da Bahia, Rel. Des. *Ruben Dário Peregrino Cunha* (fls. 693-707), vencido o Des. *José Milton Mendes de Sena* (fls. 708-723).

O Acórdão proferido no julgamento da apelação restou intacto, até agora, resistindo a todos os recursos interpostos no Tribunal de origem.

O Voto Vencido, proferido pelo Des. *José Milton Mendes de Sena*, também acolhia a ação, ainda que em parte, para prosseguimento apenas com relação a pedido indenizatório formulado contra Henrique de Araújo Andrade e sua mulher (fls. 590-609).

Quer dizer: o Tribunal de origem foi receptivo aos argumentos constantes da inicial, no tocante às condições em que realizada a venda da Fazenda Manjerona pelo fiduciário Henrique de Araújo Andrade e sua mulher aos ora recorrentes, Francisco Franco Amaral Filho e sua mulher.

A devolução do caso a este Tribunal Superior de Justiça deve limitar-se ao julgamento realizado no Tribunal de origem, pois aqui somente se julga no sentido da preservação da lei federal porventura violada, não constituindo, este Tribunal, instância revisora e re julgadora de todas as questões ocorridas anteriormente nos processos que lhe são submetidos, arredando-se a idéia de terceira instância de apelação.

Os limites da devolução a este Tribunal ficaram extremamente claros no despacho pelo qual se admitiu o processamento do Recurso Especial, proferido pelo Des. *Benito de A. Figueiredo*, situando-se “apenas na alegada violação do art. 1.734 do CC/1916” (fls. 1.032-1.034).

6.- O Acórdão ora recorrido, invocando expressamente o permissivo do art. 515, par. 3º, do Cód. de Proc. Civil, fundamentou-se no sentido de que: “Deve o fiduciário durante seu período de uso e gozo defender e preservar o bem, podendo ainda aliená-lo ou gravá-lo de hipoteca, penhora ou uso, ficando porém claro que tal posse e domínio é em verdade precário e restrito, e sobretudo resolúvel, posto que o instituto obriga o fiduciário a, sempre e sobremaneira, manter a substância do legado e devolver tal bem integralmente ao fideicomissário na oportunidade aprazada” (fl. 588).

Essa devolução integral, na inteireza substancial do legado, não foi, na conclusão do Acórdão ora recorrido, realizada, não tendo preservado, na inteireza e substância, a reposição do bem, pretensamente realizada mediante aquisição de imóvel de valor menor, adquirido em nome da fideicomissária autora, ora recorrida, na cidade de Itoró (67 hectares em Itoró, denominada Bela Vista). Nesse sentido foi o julgamento dos Embargos Infringentes, em que se manteve integralmente o Acórdão proferido no julgamento da Apelação.

A matéria fática, decidida pelo Tribunal de origem e agora imutável, visto que não devolvida ao julgamento do Recurso Especial, repousa na realidade da lesão à fideicomissária autora, ora recorrida, decorrente da alienação da Fazenda Manjerona, e aquisição, em seu lugar, da Fazenda Bela Vista, em Itoró, de valor bem menor.

O Acórdão recorrido situou o motivo da nulidade da venda nessa lesão, decorrente da alienação, declarando ilegítimo o ato de alienação e atribuindo a conseqüência da nulidade com relação aos adquirentes, ora recorrentes, bem como determinando a restituição à fiduciária autora, sem direito de retenção de benfeitorias. Nesse contexto é que o acórdão, que rejeitou os Embargos Infringentes (fl. 706), consignou que, “embora legal o ato é ilegítimo, porque feriu frontalmente o direito da menor” (fl. 706, 4º. vol.). Sem dúvida o Acórdão usou as palavras no sentido não técnico, mas daí não se segue a nulidade do Acórdão, que possui consistentes fundamentos técnicos, diante dos quais se percebe que a expressão, antes de ser motivação do julgado, é mero circunlóquio redacional, que não contamina a substância dos fundamentos jurídicos expostos.

7.- Quanto à questão central, evidente o insucesso do Recurso Especial ora *sub judice*, de modo que deve ser mantida a anulação da alienação aos ora recorrentes.

É da essência do instituto do fideicomisso que o fiduciário preserve o bem com as qualidades cuja posse recebe, como atributo da propriedade resolúvel,

para transferi-la ulteriormente ao fideicomissário. Se ocorre a venda, deve ela realizar-se de maneira a que o novo bem adquirido tenha equivalência com o anterior, isto é, o mesmo peso de ativo patrimonial que possuía o bem dado em fideicomisso.

Essa equivalência não ocorreu no caso, lembrando-se que, no Tribunal de origem, próximo da realidade fundiária e comercial local e, portanto, bem apto a aquilatar valores da região, tanto o Acórdão, confirmado em Embargos Infringentes, quando o Voto Vencido, concluíram no sentido da ocorrência de prejuízo em detrimento da fideicomissária autora, ora recorrida, conclusão essa que assume, a esta altura, foros de unanimidade local – tanto que jamais se afirmou vantagem em prol da fideicomissária autora, ainda que o recorrente e os co-acionados reiteradamente aleguem o fato da substituição da Fazenda Manjerona pela fazenda em Itabuna.

8.- Não há como arrimar no alvará judicial então obtido a consistência do negócio jurídico da compra e venda realizada.

O alvará do caso foi requerido pelo fiduciário *Henrique de Araújo Andrade* e deferido, com averbação de extinção do usufruto no Registro de Imóveis, pelo então Juiz da 2ª Vara da Família de Salvador, Dr. *Benito Alcântara de Figueiredo* (decisão a fls. 125v-128), após parecer favorável do Curador, Dr. *José Júlio de Carvalho* (fl. 125), após esclarecimentos do requerente (fls. 121-123), ante reparos iniciais e pedido de esclarecimentos, formulados pelo mesmo Curador (fls. 120-120v e 124-124v). A motivação do requerimento, como consta dos esclarecimentos, foi a de que impossível manter a Fazenda Manjerona, de criação de gado, de maneira que preferível a venda, com depósito do produto em caderneta de poupança para outra destinação (que se concretizou com a aquisição da Fazenda Bela Vista, em Itoró). Do fato de haver o alvará sido deferido, com a concordância do Ministério Público, pelo mesmo Magistrado que veio posteriormente, como Desembargador, a proferir a decisão admitindo o Recurso Especial, não resultava impedimento, dado o caráter de jurisdição voluntária do primeiro provimento judicial, ou seja, o deferimento do alvará – com a concordância da Curadoria.

O alvará é etiologicamente instrumento de provimentos judiciais de diversas naturezas. É o produto final instrumentalizador formal de decisão judicial, assim como a procuração o é para o contrato de mandato. A concessão do alvará em regra não se insere no âmbito da jurisdição contenciosa, mas, sim, ubica-se na jurisdição voluntária, de maneira que não produz coisa julgada, que

possa ser invocada como broquel de resguardo a negócios jurídicos realizados mediante a sua instrumentalização.

No caso, evidente o caráter não contencioso do deferimento do alvará, tanto que obtido por quem detinha a guarda da menor fideicomissária, e que, ademais, tornou-se seu pai adotivo, de maneira que, no negócio jurídico do fideicomisso, exonerou-se do dever de prestar contas como fiduciário – dado o, à época, pátrio poder adquirido, tendo como consequência aludida dispensa de prestar contas.

Repise-se: não houve lide no processo de alvará – não se tendo nem mesmo esboçado, em nenhum momento, nenhuma resistência ao requerimento de alvará, que não se alçou à condição de pretensão processual contenciosa, *inter nolentes*, senão restou no âmbito puramente de requerimento administrativo típico da jurisdição voluntária, *inter volentes*, ou seja, situando-se formalmente ao mesmo lado a fideicomissária autora e o fiduciário, seu representante legal.

Do fato de o Ministério Público, por sua Curadoria, haver atuado no processo de alvará não se extrai caráter contencioso. Nem se torna contencioso o alvará pelo fato de o Curador haver formulado reparos, terminando, contudo, por concordar com o requerimento, pois tal atuação não ocorreu na qualidade de parte, mas somente de *custos legis*, de rigor em se tratando de processos em que há resíduos de vontade ou interesses de menores, circunstâncias, ambas, que eram presentes no caso.

Dado o caráter não contencioso do alvará, não havia que imaginar o cabimento de ação rescisória contra a sua concessão, de modo que a alienação aos ora recorrentes não se escuda em coisa julgada – que, repita-se, não ocorreu, porque não ocorre jamais no âmbito da jurisdição meramente voluntária, em que se deu a concessão do alvará.

Tem-se que, realmente, adequada a anulação da compra e venda, tal como julgado, dada a nulidade em si, decorrente do negócio em prejuízo da fideicomissária autora, ora recorrida.

9.- Quatro questões decorrentes do julgamento, merecem ainda consideração neste julgamento: a) verificação de possível boa fé por parte dos adquirentes, ora recorrentes; b) direito de retenção de benfeitorias; c) aquisição da Fazenda Boa Vista pela fideicomissária autora, ora recorrida; c) responsabilidade do fiduciário legatário Henrique de Araújo Andrade.

10.- A questão de boa-fé (n. 9, “a”, supra) é fática, de modo que não pode ser analisada por este Tribunal. No Tribunal de origem, aliás, como assinalado

pelo voto do e. Min. *Humberto Gomes de Barros*, não se examinou essa matéria, porque o Tribunal a considerou desnecessária, considerando que o direito de seqüela prescindia da indação do elemento moral da aquisição, se de boa ou de má fé.

Matéria fática, a boa ou má fé por parte dos adquirentes não pode ser enfrentada neste Recurso Especial. Como regra, a boa ou má fé deve ser determinada no julgamento do processo de conhecimento, mas, em casos em que absolutamente não se defina, como o presente, e em que, por se tratar, neste Tribunal, de jurisdição especial nacional em que vedada a análise fática, não há como deixar de relegá-la para a execução, até porque a alternativa seria uma única – a alvitada pelo e. Relator – de anulação de processo que já vem de há tempos, para volta a pronunciamento no Tribunal de origem.

11.- O eventual direito de retenção de benfeitorias construídas de boa fé (n. 9, “b”, supra) é diretamente dependente do reconhecimento, ou não, da boa fé, de maneira que também deve ser relegado para exame em execução.

Tem-se, pois, por prematura a exclusão de eventual direito de retenção de benfeitorias, constante do Acórdão ora recorrido, devendo na execução apurar-se a existência, ou não de boa fé e o conseqüente direito, ou não, de retenção de benfeitorias.

12.- O destino da propriedade da Fazenda Boa Vista (n. 9, “c”, supra), adquirida em subrogação em nome da autora, é matéria situada fora do âmbito deste Recurso Especial, de maneira que nada se pode decidir, aqui, a respeito, devendo-se, apenas, ressaltar a possibilidade de propositura eventual de ações pelos interessados, não se arredando, por prematuro, a possível consideração do valor dessa propriedade por ocasião de eventuais devoluções, em execução, pela fideicomissária autora, no caso de reconhecimento de boa fé e direito de retenção de benfeitorias.

13.- Eventual responsabilização patrimonial do fiduciário Henrique de Araújo Andrade (n. 9, c, supra) fica reservada para eventual acionamento ulterior, inclusive quanto a prejuízos decorrentes de eventual direito de indenização de benfeitorias -- aproximando-se, neste ponto, a conclusão do presente voto, da orientação constante do Voto Vencido no julgamento no Tribunal de origem, com a diferença, entretanto, de ficar a matéria para acionamento próprio em vez de decidida já neste processo, até porque matéria não devolvida ao conhecimento deste Tribunal no presente Recurso.

14.- Pelo exposto:

a) meu voto diverge do voto dos e. Ministro Relator, *Ari Pargendler*, acompanhado pelo voto do e. Min. *João Otávio Noronha*, que conhecia do Recurso Especial dos adquirentes da Fazenda Manjerona e lhe dava provimento “para que, anulado o processo desde a sentença, outra seja proferida após regular instrução, afastada a multa aplicada com base no art. 538, parágrafo único, do Cód. de Proc. Civil;

b) meu voto acompanha, em menor extensão embora, inalterada a sucumbência fixada pelo Acórdão recorrido, dada a reduzida alteração, o voto do e. Min. *Humberto Gomes de Barros*, que não conhecia *in totum* do Recurso, para, pelo meu voto, conhecer em parte do Recurso Especial, mantendo a anulação da alienação da Fazenda Manjerona, mas relegando para a execução o exame da questão atinente às benfeitorias e eventual direito de retenção pelos adquirentes, ora recorrentes – com a observação de ressalva de acionamentos futuros relativamente à Fazenda Bela Vista e à responsabilidade de Henrique de Araújo Andrade e sua mulher, por se tratar de matérias que desbordam dos limites do presente Recurso.

VOTO-VISTA

A Sra. Ministra Nancy Andrighi: Trata-se de recurso especial interposto por *Francisco Franco Amaral Filho* e sua esposa, *Marjorie Rose Mary Wicke Amaral*, visando à reforma de acórdão exarado pelo TJ-BA, no julgamento de recurso de apelação.

Ação: de reivindicação de imóvel objeto de fideicomisso, proposta pela ora recorrida, *Valéria de Sá Andrade Porto*, em face dos ora recorrentes, compradores de um imóvel rural.

O imóvel controvertido era, originalmente, de propriedade de *Jesuína Andrade Almeida* que, antes de falecer, em 1982, estabeleceu por testamento *fideicomisso* sobre ele. Nomeou seu irmão *Henrique de Araújo Andrade* como fiduciário do bem e determinou que este passaria à propriedade de sua neta *Valéria*, fideicomissária, quando esta atingisse a maioridade.

Após o falecimento da *de cuius*, o fiduciário *Henrique* houve por bem *substituir* o imóvel sobre o qual havia sido instituído o fideicomisso. Assim, solicitou e obteve *alvará judicial* para promover a venda do bem ao ora requerente, comprando, em seguida, outro imóvel sobre o qual passou a recair o fideicomisso que originalmente onerara o imóvel *sub judice*.

A requerida, todavia, ao atingir a maioridade, optou por reivindicar o imóvel sobre o qual o fideicomisso fora originalmente imposto, rejeitando a venda e a substituição promovidas. Argumenta com a existência de irregularidades no alvará expedido. Em primeiro lugar, afirma que, não obstante ela fosse menor impúbere à época, não teria sido nomeado curador especial que lhe representasse os interesses. Em segundo lugar, que o alvará foi deferido sem que se tivesse indicado para qual propriedade o fideicomisso seria transmitido. Assim, o judiciário não pôde, à época, controlar a equivalência entre os dois bens.

A defesa dos ora requerentes se fundamentou em que, ainda que algum vício pudesse ser cogitado no processo de jurisdição voluntária pelo qual foi autorizada a venda inicial do imóvel, não seria possível prejudicar aqueles que, na qualidade de terceiros de boa fé, adquiram o bem confiando no alvará judicial pelos vendedores.

Sentença: inicialmente, o processo foi extinto com resolução de mérito por acolhimento de prescrição. Essa sentença foi modificada no TJ-BA, que determinou que outra fosse proferida, em seu lugar. Retornados os autos, o Juízo de Primeiro Grau julgou extinto sem resolução de mérito o processo, por considerar inepta a petição inicial. O fundamento é o de que não foi incluído, pelo autor, pedido de anulação do alvará que deu base à compra e venda cuja nulidade se pretendia ver reconhecida (fls. 492- 507).

Acórdão: interposto recurso de apelação pela a autora, o TJ-BA houve por bem dar-lhe provimento, nos termos da seguinte ementa:

Apelação cível. Ação ordinária de cunho anulatório e reivindicatório c.c. perdas e danos. Fideicomisso. Agravo retido renunciado. Preliminar insubsistente. Inocorrência de inépcia da petição inicial. Direito inalienável do fideicomissário de reivindicar o bem quando da abertura do fideicomisso, independentemente da alienação deste ter sido autorizada por alvará judicial. Negócio jurídico plenamente resolúvel. Sentença reformada. Recurso provido.

Em termos práticos, por esse julgamento a venda promovida pelo fiduciário, mediante alvará judicial, foi considerada resolúvel.

No julgamento do recurso, há extenso voto-vencido proferido pelo d. Des. José Milton de Mendes Sena (cuja cópia está, inicialmente, às fls. 588 a 597 do 3º Volume e, após, às fls. 156 a 163 do 1º Volume).

Embargos de declaração: rejeitados.

Embargos infringentes: interpostos, foram rejeitados, com a manutenção do acórdão recorrido. Eis a ementa

Embargos Infringentes. Processo Civil. Cabimento do Recurso dos Embargos de Infringência em face de Acórdão, na Hipótese de Aplicação do Artigo 515, §3º, do CPC. Civil. Fideicomisso. Propriedade Resolúvel. Subrogação. Impossibilidade.

1. Julgado o mérito do feito, com base no artigo 515, §3º, do CPC, cabível a interposição dos Embargos Infringentes. Inteligência do artigo 530, do CPC.

2. Para análise do cabimento daquela espécie de recurso, importa a análise da *definitividade* do acórdão, não da sentença.

3. Alienação de bem gravado com fideicomisso é matéria referente ao instituto da propriedade resolúvel, como bem salientou o representante ministerial. Ademais, deveria ter sido observada a última vontade da fideicomitente.

4. Direito de seqüela presente.

5. Preliminar Afastada. Embargos Infringentes rejeitados, com a manutenção do acórdão embargado.

Embargos de declaração: opostos, foram rejeitados mediante a aplicação de multa.

Novos embargos de declaração: opostos, foram parcialmente acolhidos.

Recurso especial: interposto mediante alegação de violação dos arts. 15, 131, 158, II, 535, 538, parágrafo único, e 1.111 do CPC, e arts. 85, 859, 1.626, 1.616, 1.677 e 1.734 do CC/1916.

Recurso extraordinário: interposto, foi rejeitado.

Medida Cautelar: proposta, por ocasião da interposição do recurso especial, visando a atribuir-lhe efeito suspensivo. A medida me foi encaminhada na ausência do i. Min. Relator Ari Pargendler. Deferi a medida liminar pleiteada.

Votos precedentes: O i. Min. Relator houve por bem dar provimento ao recurso especial para o fim de anular o processo desde a sentença, inclusive, com a determinação de ingresso na fase probatória para que seja possível apurar a existência de boa-fé dos adquirentes do imóvel controvertido. O relator foi acompanhado pelo i. Min. João Otávio Noronha.

Inaugurando a divergência, o i. Min. Humberto Gomes de Barros votou pelo não conhecimento do recurso especial.

O i. Min. Sidnei Beneti votou no sentido de dar parcial provimento ao recurso especial, para o fim de deferir o pedido de retomada do imóvel pela

fideicomissária, porém permitindo-se a comprovação, pelos adquirentes, de sua boa fé no momento da execução da sentença, de modo que lhes sejam, conforme o caso, indenizadas as benfeitorias.

Revisados os fatos, decido.

I - Delimitação da controvérsia

Cinge-se a controvérsia a definir a possibilidade de a autora reivindicar fazenda que lhe fora legada, por testamento, em fideicomisso, na hipótese em que o fiduciário, coberto por alvará judicial, vendeu o bem para a compra de outro, transferindo o fideicomisso. É peculiaridade da causa que na época da transferência do fideicomisso, a autora era menor impúbere e que o fiduciário, que promoveu a venda do bem, era seu pai adotivo. Também é uma particularidade do processo o fato de que a autora alega a existência de diversas irregularidades no alvará que autorizou a venda do bem.

II - Solução: a impugnação do alvará judicial

A primeira questão que é indispensável pôr posta em relevo é a de que a venda ora discutida foi feita *ao abrigo de um alvará judicial*. Desconstituir um negócio jurídico feito nessas condições deve, sempre, ser medida de exceção, sob pena de abrir-se um perigoso precedente que venha a desestabilizar, no futuro, qualquer venda feita por essa modalidade, com enorme prejuízo, tanto aos jurisdicionados que venham a precisar promover alienações nessas condições, como do prestígio e da coerência do poder judiciário. Desconstituir uma venda feita ao abrigo de um alvará, claro, não é impossível. Mas também não pode se tornar um procedimento banal.

O cerne da questão, portanto, está em verificar a correção do procedimento de jurisdição voluntária mediante o qual foi concedido o indigitado alvará. Há discussão, neste processo, sobre a possibilidade de se argüir, aqui, a nulidade do referido alvará, pela falta de pedido expresso formulado na petição inicial. A solução dada pelo Tribunal *a quo* a essa matéria, porém, é irretocável. Nos processos judiciais, a lide se deduz da análise de toda a petição inicial, e não apenas do capítulo referente ao pedido. A autora, ora recorrida, sem qualquer dúvida, dedica uma parcela considerável da petição judicial à demonstração da nulidade do procedimento de jurisdição voluntária que culminou na venda do imóvel controvertido, chegando a requerê-lo a fls. 20. Considerar o pedido não formulado simplesmente porque ele não foi reproduzido no capítulo final seria prezar demais pela forma em detrimento da efetividade do processo.

Estabelecido isso, nota-se que, como bem individualizado no voto vencido, a análise da questão deve ser feita em duas etapas. Em primeiro lugar, é importante que se defina se *é possível* a venda de um imóvel objeto de fideicomisso, pelo fideicomissário. Em segundo lugar, se a venda promovida na hipótese *sub judice* observou todos os requisitos necessários para tanto.

A resposta à primeira questão se encontra muito bem respondida pelo voto vencido proferido neste processo. Com efeito, se é possível que, tanto o fiduciário, como o fideicomissário, *renunciem* ao legado estabelecido no testamento, nada impediria que eles, de comum acordo, dispusessem sobre a venda do bem. Nesse sentido é a opinião de *Calmon de Passos*, no parecer apresentado neste processo e citado à fl. 603.

A resposta à segunda questão, porém, merece maior reflexão. Se a autora, fideicomissária, era menor impúbere à época em que a venda foi promovida, seria necessário que esta fosse precedida de alvará *regular*. Esse alvará, como bem observado na petição inicial, deveria ser requisitado com a participação de um curador especial (art. 387 do CC/1916) e mediante um procedimento formal e materialmente válido.

A participação de curador especial não apresenta maiores dificuldades. Em que pese a alegação, feita na petição inicial, de que esse requisito não foi observado, o acórdão recorrido, notadamente no voto vencido, afirma expressamente que o curador participou de todo o processo. Não há, portanto, nulidade decorrente desse fato.

No que diz respeito à regularidade material do alvará, porém, o acórdão recorrido estabeleceu, em análise soberana do substrato fático da causa (Súmula n. 7-STJ), que a substituição do fideicomisso não observou a equivalência necessária entre o bem no qual ele incidia, e o bem que o substituiu. Confira-se (fl. 706):

Ademais, verifica-se que, em verdade, não houve uma legítima sub-rogação, porque o bem adquirido não obedeceu ao instituto de forma a ser *igual*, obedecer aos mesmos rendimentos do imóvel legado em fideicomisso.

Essa constatação, que não pode ser revisada nesta sede, macula o procedimento de obtenção do alvará e dá sustentação à pretensão de reivindicação da propriedade. E, a obstar essa conclusão, não se pode argumentar que o alvará tornou-se imutável, salvo circunstância superveniente e ressalvado os efeitos produzidos (art. 1.111 do CPC). No recurso de apelação interposto

pela autora para questionamento do deferimento de tal medida, o Tribunal *a quo* ressaltou de maneira expressa seu direito de contestar o alvará em ação para reivindicação da Fazenda.

Disso decorre que o argumento, utilizado no voto vencido proferido pelo i. Des. *José Milton Mendes de Sena*, por ocasião do julgamento do recurso de apelação e dos embargos infringentes, no sentido de que, por estarem de *boa fé* os adquirentes, não se poderia admitir a anulação do negócio, não prospera. Isso porque, aqui, à boa-fé dos adquirentes se opõe a boa-fé da menor impúbere, que à época se via prejudicada pelo negócio sem sequer compreender o que acontecia à sua volta. Em uma situação como essa, não há sentido em privilegiar a inocência de uns, em detrimento da inocência de outros. Havendo irregularidade na concessão do alvará, a proteção da menor se impõe.

A transferência do fideicomisso, portanto, foi irregular e a propriedade vendida aos recorrentes continua resolúvel, do que decorre a procedência do pedido de restituição. A alegação de boa-fé dos adquirentes somente assume relevo, como bem observado pelo i. Min. Sidnei Beneti, por ocasião da execução do julgado, na qual ela poderá ser formulada para indenização das benfeitorias mediante embargos de retenção. Ressalva-se também, naturalmente, o direito dos adquirentes de exercerem, em ação autônoma, sua pretensão para ressarcimento dos prejuízos experimentados.

Forte em tais razões, acompanho integralmente o voto proferido pelo i. Min. Sidnei Beneti.

RECURSO ESPECIAL N. 980.860-SP (2007/0197831-1)

Relatora: Ministra Nancy Andrichi

Recorrente: Unilever Bestfoods Brasil Ltda

Advogados: Patrícia Guimarães Hernandez

Fioravante Cannoni

Márcio Gomez Martin

Paulo Magalhães Nasser

Recorridos: Samantha Claudino Lima e outro

Advogado: João Luiz Marques Salvadori

EMENTA

Direito do consumidor. Recurso especial. Ação de indenização por danos morais e materiais. Consumo de produto colocado em circulação quando seu prazo de validade já havia transcorrido. “Arrozina Tradicional” vencida que foi consumida por bebês que tinham apenas três meses de vida, causando-lhes gastroenterite aguda. Vício de segurança. Responsabilidade do fabricante. Possibilidade. Comerciante que não pode ser tido como terceiro estranho à relação de consumo. Não configuração de culpa exclusiva de terceiro.

- Produto alimentício destinado especificamente para bebês exposto em gôndola de supermercado, com o prazo de validade vencido, que coloca em risco a saúde de bebês com apenas três meses de vida, causando-lhe gastroenterite aguda, enseja a responsabilização por fato do produto, ante a existência de vício de segurança previsto no art. 12 do CDC.

- O comerciante e o fabricante estão inseridos no âmbito da cadeia de produção e distribuição, razão pela qual não podem ser tidos como terceiros estranhos à relação de consumo.

- A eventual configuração da culpa do comerciante que coloca à venda produto com prazo de validade vencido não tem o condão de afastar o direito de o consumidor propor ação de reparação pelos danos resultantes da ingestão da mercadoria estragada em face do fabricante.

Recurso especial não provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas constantes dos autos, retificar-se a decisão proferida na sessão do dia 17.04.2008 para: negar provimento ao recurso especial. Votou vencido o Sr. Ministro Ari Pargendler. Os Srs. Ministros Massami Uyeda e Paulo Furtado votaram com a Sra. Ministra Relatora. Impedido o Sr. Ministro Sidnei Beneti. Presidiu o julgamento a Sra. Ministra Nancy Andrichi.

Brasília (DF), 23 de abril de 2009 (data do julgamento).

Ministra Nancy Andrighi, Relatora

DJe 02.06.2009

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Nancy Andrighi: Cuida-se de recurso especial, interposto por *Unilever Bestfoods Brasil Ltda*, com fundamento nas alíneas **a** e **c** do permissivo constitucional, contra acórdão exarado pelo TJ-SP.

Ação: de indenização por danos morais e materiais, ajuizada por *Samantha Claudino Lima e outro*, em face da recorrente.

Em síntese, sustentaram as recorridas, irmãs gêmeas representadas neste processo por seu genitor, *Edson Freitas Lima*, que, em maio de 1999, quando possuíam apenas três meses de vida, consumiram o produto “Arrozina Tradicional”, fabricado pela recorrida, que havia sido adquirido pelos pais das crianças quando já se encontrava deteriorado e com o prazo de validade vencido desde 20 de fevereiro de 1998.

Segundo o relato contido na inicial, as recorridas, após a ingestão do produto, passaram mal e tiveram de ser levadas a um hospital, onde foi diagnosticada a ocorrência de gastroenterite aguda.

Com base em tal narrativa, as recorridas pleitearam indenização pelos danos materiais sofridos no valor de R\$ 3.000,00 (três mil reais) e compensação por danos morais em quantia não inferior a R\$ 17.000,00 (dezessete mil reais).

Sentença: julgou improcedente o pedido por considerar que a culpa pela manutenção nas gôndolas de produto deteriorado e com prazo de validade vencido seria exclusiva do comerciante, o que afastaria a responsabilidade da fabricante/recorrente.

Acórdão: conferiu parcial provimento ao apelo das recorridas para condenar a recorrente ao pagamento de R\$ 12.000,00 (doze mil reais), a título de compensação por danos morais, nos termos da seguinte ementa:

Responsabilidade civil. Fato do produto. Bebês que ingerem produto deteriorado, comercializado com validade vencida [ingrediente para mingau e papas]; obrigação do produtor de indenizar, na forma do art. 12, da Lei n. 8.078/1990, ressalvando-se a possibilidade de exigir, do comerciante, em direito

de regresso, a restituição do que pagar, por não ser possível discutir a culpa pela venda de produto impróprio na ação do consumidor lesado. Provimento, em parte, para que o valor “responsabilidade” predomine sobre a “culpabilidade” (fl. 309).

Embargos infringentes: interpostos pela recorrente, foram rejeitados em julgado assim ementado:

Embargos infringentes. Acidente de consumo. Vício do produto comercializado com prazo de validade vencido e causou danos às duas crianças que figuram no pólo ativo da demanda. Divergência que se circunscreve à existência de responsabilidade por fato do produto da fabricante, em razão do ato ilícito imputável ao comerciante. Perante o consumidor, o processo de produção e anulação do processo é uno e a ausência de qualidade em qualquer dessas fases contamina o produtor. A excludente de responsabilidade prevista no artigo 14, § 3º, II do Código de Defesa do Consumidor, de culpa - *rectius*, ato imputável - exclusiva de terceiro, não abrange o comerciante ou o retalhista. O comerciante é responsável solidário quando praticar ato imputável, em acréscimo à responsabilidade do fabricante. Os integrantes da cadeia produtiva jamais podem ser terceiros uns em relação aos outros, para efeito de responsabilidade, sob pena de quebrar o princípio da solidariedade, em detrimento do consumidor. Prevalência do voto condutor. Embargos infringentes rejeitados. (fl. 354)

Embargos de declaração: foram rejeitados.

Recurso especial: alega a recorrente violação ao art. 12, § 3º, III, do CDC, além de dissídio jurisprudencial.

Em suma, sustenta que a responsabilidade pela venda do produto fora do seu prazo de validade caberia exclusivamente ao comerciante. Assim, requer o reconhecimento da culpa exclusiva de terceiro, causa excludente da responsabilidade do fabricante prevista no dispositivo do CDC tido como violado.

Prévio juízo de admissibilidade: após a apresentação das contra-razões das recorridas, foi o presente recurso admitido na origem (fl. 424).

Parecer do MPF: o i. Subprocurador-Geral da República, Dr. Pedro Henrique Távora Niess opinou pelo parcial conhecimento do recurso especial e, nesta parte, pelo seu desprovimento (fls. 435-441).

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Nancy Andriahi (Relatora): Cinge-se a controvérsia em determinar a possibilidade de responsabilização do fabricante pelos danos morais e materiais decorrentes da ingestão de produto adquirido pelo consumidor final com o prazo de validade vencido, e cujo consumo trouxe riscos à sua integridade física.

I - Do sistema de responsabilidade pela qualidade dos produtos e serviços fixado pelo CDC.

De acordo com o CDC, a responsabilidade pela qualidade dos produtos e serviços pode ser analisada de duas maneiras: i) em virtude da exigência de adequação; ii) pela segurança, tudo considerando o que razoavelmente o consumidor pode esperar. Assim, há de um lado a responsabilidade pelo fato do produto ou do serviço, que diz respeito aos vícios de segurança, e de outro a responsabilidade por vício do produto ou do serviço, que se relaciona com os vícios de inadequação.

Conforme anotam Cláudia Lima Marques, o i. Min. Antônio Herman Benjamin e Bruno Miragem, “haveria vícios de qualidade por inadequação (art. 18 e ss.) e vícios de qualidade por insegurança (arts. 12 a 17). O CDC não menciona os vícios por insegurança, e sim a responsabilidade pelo fato do produto ou do serviço e a noção de defeito; esta terminologia nova, porém, é muito didática, ajudando na interpretação do novo sistema de responsabilidade” (Comentários ao Código de Defesa do Consumidor. Arts. 1º ao 74 – Aspectos Materiais. São Paulo: RT, 1ª Ed., 2003, p. 225).

Observado este sistema adotado pelo CDC, um produto ou serviço apresentará vício de adequação sempre que não corresponder à legítima expectativa do consumidor quanto à sua utilização ou fruição, ou seja, quando a desconformidade do produto ou do serviço comprometer a sua prestabilidade ou servibilidade.

Por outro lado, um produto ou serviço apresentará defeito de segurança quando, além de não corresponder à expectativa do consumidor, sua utilização ou fruição for capaz de criar riscos à sua incolumidade ou de terceiros.

A insegurança, portanto, é um vício de qualidade que se agrega ao produto ou serviço como um novo elemento de desvalia e que transcende a simples frustração de expectativas.

A causa de pedir contida nesses autos, conforme decidido pelo Tribunal de origem, revela exemplo típico de vício de segurança. A gravidade do defeito - deterioração por vencimento da validade - existente no produto “Arrozina Tradicional” não apenas impediu a sua utilização da maneira esperada, mas principalmente gerou risco para a saúde das bebês recorridas, e disso decorre a responsabilidade da recorrente, caracterizada pelo fato do produto - vício de insegurança -, nos termos do art. 12 do CDC.

II – Da violação ao art. 12, § 3º, III, do CDC – Análise da existência de culpa exclusiva de terceiro (comerciante que oferece produto alimentício com prazo de validade vencido em suas gôndolas).

Nos termos do art. 12 do CDC, o fabricante responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos, instituindo a lei taxativamente as causas excludentes de responsabilidade.

Na presente hipótese, sustenta a recorrente, com base no inciso III do § 3º do referido art. 12 do CDC, que na condição de fabricante não pode ser responsabilizada pelos danos sofridos pelas recorridas, pois há culpa exclusiva de terceiro, isto é, do comerciante, proprietário do supermercado que ofereceu a mercadoria à venda em suas gôndolas sem observar que o prazo de validade já havia expirado.

Todavia, o sistema adotado pelo CDC insere o comerciante e o fabricante na cadeia de produção e distribuição do produto viciado, e por isso não podem ser considerados terceiros estranhos à relação de consumo. Assim, mesmo havendo configuração da culpa de qualquer um deles, esta não tem o condão de afastar o direito de o consumidor propor ação de reparação quer em face do fabricante, quer em face do comerciante.

Acerca do tema, Sergio Cavalieri Filho destaca que “o comerciante, repetimos, não é terceiro em relação ao fabricante (produtor ou importador), pois é ele que o escolhe para vender os seus produtos. Logo, responde - o fabricante - também por qualquer defeito do produto ou serviço, mesmo que surja já no processo de comercialização. O dever jurídico do fabricante é duplo: colocar no mercado produtos sem vícios de qualidade e impedir que aqueles que os comercializam, em seu benefício, maculem sua qualidade original.” (Programa de Responsabilidade Civil. 4ª Ed. São Paulo: Melhoramentos, 2003, p. 479).

Esse posicionamento é respaldado, ainda, pelas lições do i. Min. Antônio Herman Benjamin, que, em obra doutrinária, sustenta que “o réu (fabricante, produtor, construtor ou importador), em ação indenizatória por acidente do consumo, não pode furtar-se ao dever de indenizar, com fulcro no art. 12, § 3º, III, sob o argumento de que o dano foi causado por culpa exclusiva do comerciante, entendendo este como terceiro.” (Fato do produto e do serviço. BDJur, Brasília, DF. 30 jan. 2008, p. 29. Disponível em: <http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/16340>>).

Dessa forma, o comerciante, tido pela recorrente/fabricante como único e exclusivo culpado para a ocorrência dos danos sofridos pelas recorridas, não pode ser tido como terceiro estranho à relação de consumo, de maneira que se mostra inviável o reconhecimento da excludente de responsabilidade prevista no inciso III do parágrafo 3º do art. 12 do CDC, devidamente interpretado pelo TJ-SP na presente hipótese.

Forte em tais razões, *nego provimento* ao recurso especial.

VOTO

O Sr. Ministro Massami Uyeda: Srs. Ministros, quero inicialmente cumprimentar o ilustre advogado pela forma sintética, objetiva da sua exposição, inclusive ressaltando o aspecto nuclear da controvérsia, que seria a constatação da responsabilidade do terceiro, que é o comerciante, que pôs o produto na gôndola.

Mas como tivemos a oportunidade de ouvir aqui o percuciente voto da eminente Ministra Relatora, que com muita propriedade deu a interpretação adequada e, aliás, a única que se poderia dar à dicção do inciso III, do § 1º, do art. 12, da Lei Consumerista quando diz que o produto defeituoso, quando não oferece segurança que dele legitimamente se espera, levando-se em consideração circunstâncias relevantes, entre as quais que o fabricante, o consultor ou produtor só será responsabilizado quando provar a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro, este terceiro, nessa cadeia de produção e distribuição, naturalmente alcança o comerciante que expõe o produto.

Na verdade, a observação que a eminente Ministra fez também dá impedimento da denúncia à lide, exatamente para evitar a eternização desse tipo de processo em detrimento dos interesses dos consumidores e partes, o que

não quer dizer que, independentemente de não se poder exercitar a denúncia à lide, o regresso poderá ser feito em uma ação distinta contra o comerciante. Mas isso também serve como referencial para que, também dentro da cadeia de produção, o fabricante, que é, relativamente ao comerciante, pois se fôssemos analisar o comerciante em um prisma de uma grande cadeia de supermercados, às vezes até a expressão econômica-financeira do comerciante passa a ser maior até do que a do próprio fabricante, haverá então uma necessidade periódica de fiscalização para evitar esses tipos de situações. Não se pode transferir isso ao usuário, ao consumidor que, dentro de uma ótica, inclusive de esclarecimento de direito à cidadania, deveria tomar as cautelas necessárias de poder verificar o prazo de validade.

Particularmente, nas vezes em que tenho ido, como pessoa normal, ao supermercado, opto pela marca do produto. Um conceituado produtor, vamos dizer, Unilever, é uma grande empresa que tem todos os seus produtos... apanhos no freezer ou no balcão frigorífico e, quando volto para casa, minha esposa fala que está cansada de me falar para eu verificar a data de validade, que o produto está para vencer. Mas, como saber? E, aliás, a indicação do prazo de validade de fabricação e consumo é um mistério, porque estão nos lugares mais inacessíveis: “Veja o fundo da embalagem”. Quando verifico o fundo da embalagem, não sei onde encontro, quer dizer, é um código tão indecifrável quanto o Código de Processo na interpretação: validade, fabricação e vencimento.

Então, é preciso – e o Superior Tribunal de Justiça, como o foro adequado, inclusive, para uniformizar a jurisprudência correta, a aplicação da lei federal – que esses casos, como esse agora, relatado e bem decidido pela Sra. Ministra Nancy Andriighi, sirvam de paradigmas, não tanto para punir o fabricante, mas para aperfeiçoar, porque o que se espera é que o consumidor que, ao final, é o destinatário de toda essa cadeia, seja respeitado.

Com todo o respeito à sustentação, mas louvando também o posicionamento bem ético, porque S. Exa., o Advogado, ressaltou ser o tema controvertido, se analisarmos essa questão em uma ótica exclusivamente linear, da leitura do inciso III do § 3º do art. 12, o terceiro poderia ser qualquer um, mas, nessa cadeia específica de consumo, o terceiro comerciante integra, evidentemente, a linha da produção e da distribuição.

Acompanho integralmente o voto da eminente Relatora.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Ari Pargendler: Nos autos da ação ordinária proposta por Samantha Claudino Lima e Sabrina Claudino Lima contra Unilever (fls. 02-07), o MM. Juiz de Direito Dr. José Luiz de Carvalho julgou improcedente o pedido (fls. 249-254).

Os atos foram assim sumariados na sentença:

As autoras dizem, na inicial, que duas embalagens do produto Arrozina, fabricado pela requerida, foi adquirido por sua mãe, em um supermercado, no dia 02 de maio de 1999. Ingerido o produto, no dia seguinte, as autoras foram acometidas por gastroenterite, que lhes causou até risco de morte, em vista de sua tenra idade.

A mãe das autoras percebeu, então, que o produto adquirido se encontrava com o prazo de validade vencido.

Como obteve a informação de que a doença havia sido provocada nas crianças por alimento, entendeu a mãe das autoras que foi (*sic*) o produto estava deteriorado.

A inicial foi distribuída em março de 2000, quase um ano depois da data da compra do produto, o que dificulta a constatação pericial de que se tratava de alimento deteriorado, capaz de causar o mal que acometeu as autoras.

O produto foi adquirido em um supermercado, Sonda, no dia 02 de maio de 1999. E estava com o prazo de validade vencido desde 20 de fevereiro de 1998 (informe das autoras, na inicial, a fl. 04, segundo parágrafo).

Abrindo o envelope de fl. 86, constatei pessoalmente que na parte inferior do produto se encontra a inscrição, em letras grandes, na cor verde: '*Data de validade no fundo!*'. E, de fato, na parte inferior da embalagem se encontra a inscrição: '*Válido até:*'; encontrando-se abaixo dessa inscrição uma parte onde está estampada, em relevo, a data de validade.

É evidente que o fabricante, empresa requerida, preocupou-se em dar ao consumidor uma informação clara e eficiente a respeito da data em que o prazo de validade havia expirado (fl. 251).

À base desses fatos, o MM. Juiz de Direito decidiu neste termos:

Sabe-se, pois que é de conhecimento geral e notório, que os fabricantes entregam seus produtos aos supermercados dentro dos respectivos prazos de validade. Nenhum mercado iria receber mercadorias com validade vencida.

As circunstâncias indicam que a culpa pela manutenção, nas gôndolas do mercado, de produto perecível com data de validade vencido, por (*sic*) exclusiva do supermercado. Não do fabricante de produto.

Entender de forma diversa seria, com a devida vênia dos que assim possam pensar, praticar uma injustiça e criar uma obrigação impossível de ser satisfeita pelo fabricante: a de fiscalizar, em todo o país, todos os estabelecimentos que vendem os produtos por ele fabricados (fls. 253 e 260).

No âmbito de apelação, vencido o Desembargador Teixeira Leite, o tribunal *a quo* reformou a sentença (fls. 309-321), seguindo-se embargos infringentes (fls. 324-333), rejeitados (fls. 354-366).

Lê na ementa do acórdão, redigida pelo relator designado, Desembargador Francisco Loureiro:

Embargos infringentes. Acidente de consumo. Vício do produto comercializado com prazo de validade vencido e (*sic*) causou dano às duas crianças que figuram no polo ativo da demanda. Divergência que se circunscreve à existência de responsabilidade por fato do produto da fabricante, em razão de ato ilícito imputável ao comerciante. Perante o consumidor, o processo de produção e distribuição é uno e a ausência de qualidade em qualquer de suas fases contamina o produtor. A excludente de responsabilidade prevista no artigo 14, § 3º, II do Código de Defesa do Consumidor, de culpa – *rectius*, ato imputável – exclusiva de terceiro, não abrange o comerciante ou o retalhista. O comerciante é responsável solidário quando praticar o ato imputável, em acréscimo à responsabilidade do fabricante. Os integrantes da cadeia produtiva jamais podem ser terceiros em relação aos outros, para efeito de exclusão de responsabilidade, sob pena de quebrar o princípio da solidariedade, em detrimento do consumidor. Prevalência do voto condutor. Embargos infringentes rejeitados (fl. 354).

Ficou vencido o relator originário, Desembargador Natan Zelinschi de Arruda, para quem

... não consta que o produto não assegurasse ao consumidor a utilização e fruição satisfatórias, esperadas por ocasião da aquisição, mas existe circunstância relevante que foi a comercialização em data imprópria, o que não pode ser atribuído ao fabricante.

O produtor responde integralmente pela qualidade do produto, observadas as condições e especificidades, não podendo fiscalizar o território nacional se um supermercado da periferia de uma cidade distante da região de produção vende produto depois de expirada sua validade, ou acondiciona produto perecível sem observar normas técnicas pertinentes, cabendo, então, ao vendedor a responsabilidade pela inadequação procedimental que origina as conseqüências desfavoráveis ao adquirente.

Por último, é comum a redistribuição de produtos por meio de empresas atacadistas ou até intermediárias, portanto, o fabricante não tem instrumento

adequado para acompanhar a mercadoria saída das instalações da produção até a gôndola do varejista (fls. 365-366).

Unilever Bestfoods Brasil Ltda. opôs embargos de declaração (fls. 372-373), rejeitados (fls. 378-379), e interpôs recurso especial com base no art. 105, inc. III, alíneas **a** e **c**, da Constituição Federal (fls. 383-396).

O Ministério Público Federal, em parecer da lavra do Subprocurador-Geral da República Dr. Pedro Henrique Távora Niess, opinou no sentido de que, conhecido o recurso especial pela letra **c** seja-lhe negado provimento (fls. 435-440).

A relatora, Ministra Nancy Andrighi, não conheceu do recurso especial.

2. “O fabricante,” – está dito no art. 12 do Código de Defesa do Consumidor

o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos.

§ 1º - O produto é defeituoso quando não oferece a segurança que dele legitimamente se espera, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais:

- I – sua apresentação;
- II – o uso e os riscos que razoavelmente dele se esperam;
- III – a época em que foi colocado em circulação.

Na espécie, o tribunal *a quo*, reconhecendo que o comerciante pôs em circulação produto alimentício cujo prazo de validade já se esgotara, condenou o fabricante a reparar os prejuízos.

Data venia, o art. 12 do Código de Defesa do Consumidor dispõe acerca da responsabilidade do fabricante pelo fato do produto, e é sob esse viés que devem ser examinados os casos em que produtos alimentícios são consumidos fora do prazo da respectiva validade. De acordo com o § 1º, o fabricante responde pela época em que o produto é colocado em circulação, e esta se dá no momento em que o produto sai do seu estabelecimento. A comercialização pelo varejista não pode, por isso, constituir responsabilidade do fabricante.

Disse bem o Desembargador Teixeira Leite ao proferir o voto vencido no julgamento da apelação:

... fundamental esse momento que é o da circulação do produto no mercado, em que se corta o cordão umbilical entre o produtor ou o fabricante e o mesmo. O controle direto do produto já não é do fabricante que, evidentemente, não tem como fiscalizar qualquer conduta do comerciante, o que se afirma por motivos de logística de distribuição, distâncias e imensidade das regiões, tempo de durabilidade dos produtos, ou, o que ordinariamente acontece, mas subordinando todos aos chamados riscos do desenvolvimento. Veja-se, por exemplo, a moderna figura do atacadista, intermediário entre o fabricante e o comerciante em geral (fl. 318).

A despeito do que possa parecer, essa interpretação não descarta dos direitos do consumidor. A *“Arrozina”* continuará a ser fabricada mesmo que se impute ao fabricante essa responsabilidade que é, pela natureza das coisas, e pela lei, do varejista. O fabricante simplesmente transferirá para o respectivo preço os custos dessa responsabilidade, em detrimento dos consumidores atentos para o prazo de validade dos produtos alimentícios. Será o preço a ser pago pela sociedade por uma interpretação que só na aparência protege o consumidor.

Essa responsabilidade do fabricante não será, então, hipótese de responsabilidade objetiva ou de outra qualquer; será um seguro, embutido no preço do produto, que todos pagarão. Com efeito, como se pode falar em responsabilidade sem um nexo de causalidade?

Voto, por isso, no sentido de conhecer do recurso especial e de dar-lhe provimento para restabelecer a autoridade da sentença de 1º grau, da lavra do MM. Juiz de Direito Dr. José Luiz de Carvalho.

VOTO-VOGAL

O Sr. Ministro Paulo Furtado (Desembargador convocado do TJ-BA): Sra. Ministra Presidente, a lição que V. Exa. destaca do eminente Ministro Herman Benjamin parece que foi escrita para o caso. Diz S. Exa. que o fabricante não pode furtar-se ao dever de indenizar sob o argumento de que o dano foi causado por culpa exclusiva do comerciante, entendendo este como terceiro, e que o Juiz, muito ao contrário, deve condená-lo a ressarcir o prejuízo, cabendo-lhe, posteriormente, se for o caso, propor ação de regresso contra o outro agente da relação de consumo, isto é, o comerciante.

Acompanho inteiramente o voto de V. Exa., negando provimento ao recurso especial.

RECURSO ESPECIAL N. 1.032.014-RS (2008/0033686-0)

Relatora: Ministra Nancy Andrighi
Recorrente: Souza Cruz S/A
Advogados: Paula Rago Faller e outro(s)
Recorrido: Grafisa Grafica Zanella
Recorrido: Tania Maria Oliveira dos Santos
Advogado: Antônio Alberto Caser

EMENTA

Direito Empresarial. Contrafação de marca. Produto falsificado cuja qualidade, em comparação com o original, não pôde ser aferida pelo Tribunal de Justiça. Violação da marca que atinge a identidade do fornecedor. Direito de personalidade das pessoas jurídicas. Danos morais reconhecidos.

- O dano moral corresponde, em nosso sistema legal, à lesão a direito de personalidade, ou seja, a bem não suscetível de avaliação em dinheiro.

- Na contrafação, o consumidor é enganado e vê subtraída, de forma ardil, sua faculdade de escolha. O consumidor não consegue perceber quem lhe fornece o produto e, como consequência, também o fabricante não pode ser identificado por boa parte de seu público alvo. Assim, a contrafação é verdadeira usurpação de parte da identidade do fabricante. O contrafator cria confusão de produtos e, nesse passo, se faz passar pelo legítimo fabricante de bens que circulam no mercado.

- Certos direitos de personalidade são extensíveis às pessoas jurídicas, nos termos do art. 52 do CC/2002 e, entre eles, se encontra a identidade.

- Compensam-se os danos morais do fabricante que teve seu direito de identidade lesado pela contrafação de seus produtos.

Recurso especial provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas constantes dos autos, por unanimidade, dar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Massami Uyeda, Sidnei Beneti e Paulo Furtado votaram com a Sra. Ministra Relatora. Impedido o Sr. Ministro Vasco Della Giustina.

Brasília (DF), 26 de maio de 2009 (data do julgamento).

Ministra Nancy Andrighi, Relatora

DJe 04.06.2009

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Nancy Andrighi: Cuida-se de recurso especial interposto por Souza Cruz S/A, com fundamento no art. 105, III, **a** e **c** da CF, contra acórdão proferido pelo TJ-RS.

Ação: A recorrente ajuizou ação indenizatória cumulada com preceito cominatório em face de Grafisa Gráfica Zanella e Tânia Maria de Oliveira dos Santos, alegando que as recorridas são autoras de contrafação, pois produzem papéis para cigarros, valendo-se, sem sua autorização, de suas marcas exclusivas Colomy e Trevo. Além dos prejuízos inerentes à contrafação, aduz que sua imagem perante os consumidores foi afetada, fazendo jus à compensação dos danos morais.

Sentença: Reconheceu que “a semelhança da embalagem Frevo e da original Trevo é muito grande, fl. 138, havendo de ser reconhecida a falsificação, como constatou a perícia da fl. 139, que conclui que ‘mesmo com nomes diferentes, estes não são suficientes para diferenciar um produto de outro; (...) as figuras e seus conjuntos são suficientemente semelhantes para confundir’” (fl. 160).

Os pedidos foram julgados parcialmente procedentes para condenar as recorridas a “se abster de imprimir, reproduzir, ocultar ou manter em estoque, sem prévia autorização, embalagem e papéis com as marcas Trevo e Colomy e outras registradas pela autora, sob pena de multa de R\$ 5.000,00, sem prejuízo da responsabilidade criminal, devendo ressarcir os gastos demonstrados neste processo, além de pagar a título de danos morais pela falsificação de papéis para cigarros o valor simbólico de R\$10.000,00” (fl. 160).

Acórdão: As circunstâncias fáticas identificadas pelo TJ-RS revelam que a comerciante individual Tânia Maria Oliveira dos Santos exercia atividade empresarial gráfica sob o nome fantasia Grafisa. Fabricava papel para cigarro e ao menos 3.000 embalagens foram rotuladas com marcas de titularidade da recorrente, sendo que a recorrida jamais teve autorização para tanto.

Embora constate a contrafação, o TJ-RS não reconheceu quaisquer danos de ordem extra-patrimonial, pois “inexistem evidências de que a autora tenha tido sua honra objetiva (leia-se: reputação comercial) maculada pela atividade da demandada, porquanto desconhecida a qualidade dos produtos contrafeitos (...)” (fl. 222).

Com isso, o TJ-RS deu parcial provimento à apelação das recorridas, para afastar a condenação por dano moral. Por outro lado, negou-se provimento à apelação interposta pela recorrente.

O acórdão foi assim ementado:

Indenização. Contrafação. Danos morais. Pessoa jurídica. Dano moral não configurado.

Gráfica ré que confessa a produção de grande quantidade de embalagens do produto contrafeito, alegadamente sob encomenda de terceiro, da qual, contudo, deixou de produzir prova. A despeito de arquivado o inquérito policial por formação de quadrilha voltada à contrafação dos produtos da autora, todas as circunstâncias reforçam a suspeita de conluio entre a ré e os sócios de outras duas empresas na comercialização de embalagens e papéis para cigarro de marca da autora.

Posto pacífica a possibilidade de a pessoa jurídica sofrer dano moral (Súmula n. 227 do STJ), no caso concreto inexistem evidências de que a autora tenha tido sua honra objetiva maculada pela atividade da demandada, porquanto desconhecida a qualidade dos produtos contrafeitos comercializados nas embalagens por ela produzidas, bem como em qual quantidade. Insuficiente, a contrafação por si só para configurar dano moral, até mesmo porque somente produtos de renome e qualidade prestam-se para imitações. O dano indenizável é tipicamente material e como tal deveria ter sido postulado. Apelação da ré provida em parte, a fim de excluída a condenação à reparação de dano moral. Recurso da autora improvido. Unânime.

Embargos de declaração: Interpostos pela recorrente e rejeitados pelo TJ-RS.

Recurso Especial: Sustentou haver violação aos seguintes dispositivos da legislação federal: (i) art. 535 do CPC, pois o acórdão impugnado não supriu as omissões e contradições apontadas em embargos de declaração; (ii) arts. 208,

209 e 210 da Lei n. 9.279/1996, bem como arts. 186 e 927 do CC/2002, pois não reconhecida a existência dos danos morais sofridos. Apontou a existência de dissídio jurisprudencial.

Juízo Prévio de Admissibilidade: Decorrido *in albis* o prazo para contrarrazões, o TJ-RS admitiu o recurso especial, determinando a subida dos autos ao STJ.

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Nancy Andrighi (Relatora): Cinge-se a lide a definir se decorrem danos morais indenizáveis da violação ao direito de marca.

I. Violação ao art. 535 do CPC.

Os embargos de declaração interpostos pela recorrente não revelavam a existência de qualquer contradição ou omissão, mas apenas demonstram a irresignação contra o acórdão impugnado. Esse recurso era, portanto, manifestamente incabível, não havendo que se falar em negativa de vigência ao art. 535 do CPC.

II. Dano moral (arts. 208, 209 e 210 da Lei n. 9.279/1996; arts. 186 e 927 do CC/2002).

A existência de dano moral vem sendo discutida desde o ajuizamento da ação. O TJ-RS analisou detidamente o tema, concluindo pela inexistência de prejuízos à recorrente. Assim, ainda que não tenha feito menção expressa aos artigos tidos como violados pelo recurso especial, deve-se reconhecer que o tema foi devidamente prequestionado.

Por outro lado, o TJ-RS delineou o contorno fático-probatório da lide e o recurso especial não busca o reexame de provas, mas apenas questiona a exatidão das conclusões jurídicas a que chegou o acórdão recorrido.

Isso é o quanto basta para a admissibilidade do recurso especial.

A temática dos danos extra-patrimoniais não está adstrita apenas à violação da honra e da moral. Agostinho Alvim dá ao dano moral conceito condizente com sua expressão atual, tratando-o como “o dano causado injustamente a outrem, que não atinja ou diminua o seu patrimônio” e, por isso, afirma que “o dano moral há de ser não patrimonial. Aquele que for patrimonial, não é moral”

(ALVIM, Agostinho. *Inexecução das Obrigações e suas Conseqüências*. Rio de Janeiro: Ed. Jurídica e Universitária, 1965, p. 215). Daí porque Genevieve Viney admite que os danos a interesses extra-patrimoniais são impropriamente denominados morais (VINEY, Genevieve, e JOURDAIN, Patrice. *Traité de Droit Civil sous la direction de Jacques Ghestin*. Paris: LGDJ, 1998, p. 24).

É fundamental ressaltar que a recorrente, por ser pessoa jurídica, igualmente detém certos direitos de personalidade, em conformidade com o art. 52 do CC/2002 e com a doutrina (CHINELLATO, Silmara Juny. *Da responsabilidade Civil no Código de 2002 – Aspectos fundamentais. Tendências do Direito Contemporâneo*. In *O Direito e o Tempo: Embates Jurídicos e Utopias Contemporâneas*. Coord. Gustavo Tepedino e Luiz Edson Fachin. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 939-968). Não por outro motivo, a Súmula n. 227-STJ reconhece que “a pessoa jurídica pode sofrer dano moral”.

Assim, a premissa de fundamental importância para o deslinde da presente controvérsia é que o dano moral da pessoa jurídica corresponde, hoje, em nosso sistema legal, à lesão a direito de personalidade, ou seja, a bem não suscetível de avaliação em dinheiro.

Estabelecido esse ponto de partida, deve-se questionar se o direito de marca integra a personalidade do seu titular. A resposta é negativa. A marca apenas designa um produto e sua violação traz diretamente danos materiais. O contrafator se beneficia, porque usurpa a clientela do titular da marca ou porque deixa de lhe pagar *royalties* devidos. Esse é, aliás, o claro conteúdo do art. 210 da Lei n. 9.279/1996.

Ocorre que o problema não se esgota nessa primeira observação. A contrafação de marca pode ter conseqüências que vão além da simples diferença entre o que foi vendido e o que poderia ter sido comercializado. A análise de algumas hipóteses exemplificativas pode ajudar a visualizar a questão.

Em primeiro lugar, tome-se o julgamento desta 3ª Turma no REsp n. 466.761-RJ, minha relatoria, DJ 04.08.2003. Naquela oportunidade, produtos voltados a público exclusivo foram vulgarizados com a exposição comercial do produto falsificado. Não só a marca era violada naquela situação, mas a própria reputação comercial de seu titular era atingida na medida em que este prezava a imagem de exclusividade de seus produtos perante consumidores de alta renda. Por isso, se concluiu que “a prática de falsificação, em razão dos efeitos que irradia, fere o direito à imagem do titular da marca, o que autoriza, em conseqüência, a reparação por danos morais”.

Para além da questão da vulgarização, deve-se reconhecer que a contrafação também pode lesar a honra objetiva do titular da marca na medida em que os produtos contrafeitos revelem qualidade precária. A má-qualidade dos produtos ordinariamente é acompanhada da insatisfação do consumidor, que deixa de comprar produtos semelhantes e, sobretudo, passa a ter uma imagem negativa do fornecedor. No entanto, quem passa a ser mal visto não é o contrafator, mas o empresário vítima da contrafação.

A presente hipótese tem, no entanto, peculiaridades, pois não se sabe se produto contrafeito se distingue perante o consumidor por exclusividade ou por qualidade. Como ressaltou o TJ-RS, é “desconhecida a qualidade dos produtos contrafeitos (...)”. Por esses motivos, o mais correto é tratar o produto (papel de cigarro) como uma *commodity*, ou seja, um bem básico com qualidades uniformes.

Nessa espécie peculiar de contrafação, há pelo menos um aspecto a ser considerado. Aqui, como em outras hipóteses, o consumidor é enganado e vê subtraída, de forma ardil, sua faculdade de escolha. O consumidor compra o produto contrafeito na crença de que adquire o original.

Sob essa perspectiva fica mais fácil visualizar que, se o consumidor não consegue perceber quem lhe fornece o produto, também é verdade que o fabricante não consegue ser identificado por boa parte de seu público alvo. Assim, o fornecedor se mostra ao consumidor mais por suas marcas exclusivas que propriamente por seu nome comercial. A marca designa o produto e, direta ou indiretamente, também indica quem é o seu fabricante. A contrafação é verdadeira usurpação de parte da identidade do fabricante. O contrafator cria confusão de produtos e, nesse passo, se faz passar pelo legítimo fabricante de bens que circulam no mercado.

Essa separação e interrelação entre marca e identidade não passou despercebida pelo legislador. Na clara na dicção do art. 209 da Lei n. 9.279/1996, ressalva-se “ao prejudicado o direito de haver perdas e danos em ressarcimento de prejuízos causados por atos de violação de direitos de propriedade industrial e atos de concorrência desleal não previstos nesta Lei, tendentes a prejudicar a reputação ou os negócios alheios, a criar confusão entre estabelecimentos comerciais, industriais ou prestadores de serviço, ou entre os produtos e serviços postos no comércio”. Isto é, o prejudicado, além da violação à marca, pode buscar ressarcimento pela diluição de sua identidade junto ao público consumidor. A identidade é deturpada quando o causador do dano consegue criar na mente

dos consumidores confusão sobre quem são os diversos competidores do mercado, duplicando os fornecedores de um produto que deveria ser colocado em circulação apenas por aquele que é titular de sua marca.

Nessa linha de raciocínio, a usurpação de marca alheia pode ser vista como a violação a esse essencial direito de personalidade, qual seja, o direito à identidade.

Como bem destaca Carlos Alberto Bittar, a identidade é certamente um desses direitos de personalidade extensíveis às pessoas jurídicas (Os direitos da personalidade. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 127). Tanto é assim que um dos aspectos da personalidade é o nome comercial e, dada essa sua característica, o direito pátrio lhe confere proteção. Com a proteção do nome comercial, que deve ser original (art. 1.163 do CC/2002) e é inalienável (art. 1.164 do CC/2002), resta evidente que a legislação pátria visa proteger a identidade da pessoa jurídica.

Com essas digressões, pode-se concluir que houve violação aos arts. 209 da Lei n. 9.279/1996, 186 e 927 do CC/2002, pois a recorrente teve seu direito de identidade lesado pela contrafação levada a cabo pela recorrida e, por isso, faz jus à reparação dos danos morais sofridos.

Destaco, por fim, a importância do caráter de desestímulo dos danos morais diante das circunstâncias reconhecidas pelo acórdão recorrido. A prova dos autos revela que, com os produtos contrafeitos, foram apreendidas notas fiscais de sociedades ligadas à recorrida Tânia Maria Oliveira dos Santos e a seus familiares. Ademais, o TJ-RS asseverou que “a despeito de arquivado o inquérito policial por formação de quadrilha voltada à contrafação dos produtos da autora, todas as circunstâncias acima analisadas reforçam a suspeita de conluio entre as rés e os sócios das empresas Verapel e Mediapel na comercialização de embalagens e papéis para cigarro” (fls. 220-211).

Essa pluralidade de sociedades e contratos com terceiros revela que as recorridas têm facilidade para se furta à proibição imposta pelo acórdão impugnado, delegando a braços de sua organização empresarial a prática ilícita. Assim, só a imposição do dever de reparar os danos morais pode servir, efetivamente, de sanção à contrafação.

Destaco que o valor dos danos morais foi adequadamente fixado pelo juízo em primeiro grau de jurisdição. Dez mil reais são suficientes para compensar o dano à identidade da recorrente, sobretudo “considerando a pequena apreensão

de material e a apuração de produção modesta, mas como forma de inibir a reincidência da prática proibida (...)” (fl. 160).

Forte em tais razões, *dou provimento* ao recurso especial, para condenar as recorridas em danos morais, fixando-se estes em R\$ 10.000,00 (dez mil reais). A correção monetária incidirá desde esta data, nos termos da Súmula n. 362-STJ. Os juros de mora serão contados desde a data da busca e apreensão, considerando-se esta a data do ilícito extracontratual, tudo nos termos da Súmula n. 54-STJ. As recorridas arcarão com as despesas processuais e honorários de sucumbência, estes que fixo em 15% sobre o valor da condenação.

RECURSO ESPECIAL N. 1.056.704-MA (2008/0103209-1)

Relator: Ministro Massami Uyeda
Recorrente: Franere - Comércio Construções e Imobiliária Ltda
Advogados: Pedro Américo Dias Vieira e outro(s)
Recorrido: Fabíola do Socorro Ericeira Pereira
Advogados: Eduardo José Leal Moreira e outro(s)

EMENTA

Recurso especial. Contrato de promessa de compra e venda. Resilição pelo promitente-comprador. Retenção das arras. Impossibilidade. Devolução dos valores pagos. Percentual que deve incidir sobre todos os valores vertidos e que, na hipótese, se coaduna com a realidade dos autos. Majoração. Impossibilidade, na espécie. Recurso especial improvido.

1. A colenda Segunda Seção deste Superior Tribunal de Justiça já decidiu que o promitente-comprador, por motivo de dificuldade financeira, pode ajuizar ação de rescisão contratual e, objetivando, também reaver o reembolso dos valores vertidos (EREsp n. 59.870-SP, 2ª Seção, Rel. Min. Barros, DJ 09.12.2002, p. 281).

2. As arras confirmatórias constituem um pacto anexo cuja finalidade é a entrega de algum bem, em geral determinada soma em dinheiro, para assegurar ou confirmar a obrigação principal assumida e, de igual modo, para garantir o exercício do direito de desistência.

3. Por ocasião da rescisão contratual o valor dado a título de sinal (arras) deve ser restituído ao *reus debendi*, sob pena de enriquecimento ilícito.

4. O artigo 53 do Código de Defesa do Consumidor não revogou o disposto no artigo 418 do Código Civil, ao contrário, apenas positivou na ordem jurídica o princípio consubstanciado na vedação do enriquecimento ilícito, portanto, não é de se admitir a retenção total do sinal dado ao promitente-vendedor.

5. O percentual a ser devolvido tem como base de cálculo todo o montante vertido pelo promitente-comprador, nele se incluindo as parcelas propriamente ditas e as arras.

6. É inviável alterar o percentual da retenção quando, das peculiaridades do caso concreto, tal montante se afigura razoavelmente fixado.

7. Recurso especial improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, a Turma, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Sidnei Beneti, Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ-RS), Paulo Furtado (Desembargador convocado do TJ-BA) e Nancy Andrichi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 28 de abril de 2009 (data do julgamento).

Ministro Massami Uyeda, Relator



RELATÓRIO

O Sr. Ministro Massami Uyeda: Cuida-se de recurso especial interposto por *Franere - Comércio Construções e Imobiliária Ltda* com fundamento no artigo 105, III, **a e c**, da Constituição Federal em que se alega violação dos artigos 53 do CDC e 418 do CC, além de dissídio jurisprudencial.

Os elementos existentes nos autos dão conta de que *Fabiola do Socorro Ericeira Pereira*, Recorrida, ajuizou ação ordinária contra *Franere - Comércio Construções e Imobiliária Ltda*, objetivando: a) “que seja declarada abusiva e nula a alínea **a.4** do item 33 do contrato de promessa de compra e venda firmado entre as partes em 2 de janeiro de 2002”; b) “que seja a ré condenada a devolver-lhe a quantia que pagou pelo preço do negócio, devidamente atualizada segundo os índices do próprio contrato, retendo-se apenas um valor razoável a título de despesas administrativas, que a tutora sugere seja arbitrado em 10% (dez por cento) do seu crédito”; c) “seja a ré condenada a pagar os honorários dos advogados que esta subscrevem, que a autora pede sejam arbitrados em 20% (vinte por cento) do valor dado à causa, e ao reembolso das custas processuais pagas” (fl. 12). Em aditamento à petição inicial requereu, ainda, “que a ré seja condenada a pagar-lhe juros de 1% (um por cento) ao mês pela indevida utilização do capital que ela vier a ser condenada a restituir-lhe, tudo a contar da data da rescisão do contrato, i. e., maio de 2003, quando o valor cobrado nesta ação já poderia ter sido devolvido à autora” (fl. 56).

O Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão, ao julgar o recurso de apelação, manteve a sentença que julgou parcialmente procedente o pedido para “anular o item a.4, da cláusula 33 do Contrato Particular de Promessa de Compra e Venda de n. 048/01, firmado entre a autora *Fabiola do Socorro Ericeira Pereira* e a demandada *Franere - Comércio Construções e Imobiliária Ltda*. Como consequência da desconstituição de cláusula contratual, na forma acima precedida, condeno a empresa suplicada a devolver à autora, de uma só vez, todas as prestações recebidas em decorrência do referido contrato, correspondentes aos recibos acostados à inicial, corrigidas segundo os índices do mesmo contrato a partir do efetivo desembolso de cada uma das prestações, acrescidas dos juros de mora, de um por cento ao mês, a contar da citação, em face da aplicação do art. 219 do CPC (...). Caberá à demandada o direito de retenção, a título de cláusula penal, do valor correspondente a 10% (dez por cento) do total das prestações recebidas devidamente atualizadas” (fl. 149). O aresto recorrido restou assim ementado:

Consumidor. Contrato de promessa de compra e venda de imóvel. Rescisão. Retenção do percentual de 30% pelo promitente-vendedor. Impossibilidade. Manutenção da sentença recorrida.

1. A cláusula que determina a retenção do percentual de 30% do valor do imóvel pela promitente-vendedora mostra-se abusiva, mormente porque a promitente-compradora sequer ocupou o imóvel. Precedentes. Redimensionamento do patamar para 10%.

2. O CDC é claro ao determinar a modificação de cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais colocando o consumidor em situação de notória desvantagem. Temperamento do *pacta sunt servanda*.

3. A sentença recorrida contém em seu bojo todos os fundamentos jurídicos aplicáveis à espécie, não merecendo reforma.

4. Apelação conhecida e improvida.

Busca *Franere - Comércio Construções e Imobiliária Ltda* a reforma do v. acórdão, argumentando, em síntese, que, de acordo com a legislação de regência, não há qualquer ilegalidade na cláusula inserta em contrato de promessa de compra e venda de imóvel que prevê, para o caso de inadimplemento contratual, a retenção de 30% dos valores até então pagos pela recorrida, promitente-compradora (*Fabíola do Socorro Ericeira Pereira*) do bem em questão. Afirma, outrossim, que a legalidade da referida cláusula tem respaldo, ainda, na possibilidade de que a parte que não deu causa à rescisão da avença reter o montante dado a título de arras.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Massami Uyeda (Relator): O inconformismo não merece prosperar.

Com efeito.

Inicialmente, verifica-se que a colenda 2ª Seção deste Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido de que o promitente-comprador que deixa de cumprir o contrato, em razão da insuportabilidade da avença pactuada, tem o direito de promover ação a fim de receber a restituição parcial das importâncias pagas. Nesse sentido, assim já decidiu:

Promessa de venda e compra. Resilição. Denúncia pelo compromissário comprador em face da insuportabilidade no pagamento das prestações.

Restituição. – O compromissário comprador que deixa de cumprir o contrato em face da insuportabilidade da obrigação assumida tem o direito de promover ação a fim de receber a restituição das importâncias pagas. Embargos de divergência conhecidos e recebidos, em parte. (REsp n. 59.870-SP, 2ª Seção, Rel. Min. Barros Monteiro, Segunda Seção, DJ 09.12.2002, p. 281, RSTJ 171/206).

E ainda: REsp n. 476.780-MG, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, 2ª Seção, DJ de 12.08.2008.

Fixada esta premissa, devem ser analisadas as teses articuladas pela *Franere – Comércio Construções e Imobiliária Ltda*, ora recorrente, em suas razões do recurso especial. Pretende-se, por meio do presente apelo, a retenção do percentual de 30% de todas as parcelas pagas por *Fabiola do Socorro Ericeira Pereira*, ora recorrida, em razão do negócio jurídico avençado, qual seja, promessa de contrato de compra e venda de imóvel. Entretanto, observa-se que “todas as parcelas pagas” compreendem as arras e as parcelas propriamente ditas.

As arras, quando confirmatórias, constituem um pacto acessório que tem como finalidade a entrega de algum bem, em geral determinada soma em dinheiro, para assegurar ou confirmar a obrigação principal assumida e, de igual modo, para garantir o direito de desistência (cf. Nader, Paulo. Curso de Direito Civil. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 452).

No caso *sub examine*, houve, conforme consta da petição inicial (fls. 05 e 55-56) bem como da sentença (fl. 134), o desfazimento contratual em razão da impossibilidade da autora (Fabiola do Socorro Ericeira Pereira), promitente-compradora, arcar com as prestações pactuadas, hipótese em que o sinal ou as arras devem ser devolvidas ao *reus debendi*, sob pena de enriquecimento ilícito. A propósito, confira-se o seguinte excerto da lição do eminente jurista Paulo Nader: “Na hipótese de desfazimento do negócio principal, seja por mútuo consenso ou por motivo de força maior, as arras devem ser devolvidas ao *reus debendi*, sob pena de caracterizar-se enriquecimento sem causa” (Curso de Direito Civil. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 454).

Demais disso, observa-se que o artigo 53 do CDC de modo algum revogou o artigo 1.097 do CC de 1916, atual 418 do CC de 2002. Na espécie, se por um lado o artigo 418 da lei civil garante, em favor daquele que não deu causa à resolução do contrato, a retenção das arras, por outro, o artigo 53 da Lei Consumerista, positiva no ordenamento o princípio jurídico consubstanciado na vedação do locupletamento ilícito, proibindo, assim, a retenção de todo o montante dado a título de sinal. De fato, dos ensinamentos de César Fiúza

observa-se que: “O artigo 53 do Código do Consumidor, na verdade, tão-somente positivou regra antiga, dedutível do princípio do enriquecimento sem causa. Segundo o CDC, o devedor que der causa à resolução do contrato por não pagar as prestações não perderá totalmente o que já houver pago. Conclui-se que é permitida cláusula estipulando a perda parcial das parcelas pagas. De qualquer forma, o devedor terá descontados, do que tiver a receber de volta, os prejuízos que sua inadimplência tiver causado mais o saldo que tiver obtido com o uso ou fruição do bem” (Direito Civil: curso completo. 10. ed. Belo Horizonte: Del Rey, p. 457).

Veja-se, por oportuno, que tal entendimento doutrinário, encontra guarida na jurisprudência deste Tribunal Superior. A propósito, assim já se decidiu:

Civil e Processual. Compromisso de compra e venda. Resilição pelo comprador por insuportabilidade da prestação. Possibilidade. Retenção sobre parte das parcelas pagas. Arras. Inclusão. Código de Defesa do Consumidor, arts. 51, II, 53 e 54. Código Civil, art. 924. I. (...) II. O desfazimento do contrato dá ao comprador o direito à restituição das parcelas pagas, porém não em sua integralidade, em face do desgaste no imóvel devolvido e das despesas realizadas pela vendedora com corretagem, propaganda, administrativas e assemelhadas, sob pena de injustificada redução patrimonial em seu desfavor, sem que, no caso, tenha dado causa ao desfazimento do pacto. Retenção aumentada em favor da vendedora-recorrente. Precedentes. III. Compreendem-se no percentual a ser devolvido ao promitente comprador todos valores pagos à construtora, inclusive as arras. IV. Recurso especial conhecido e parcialmente provido (REsp n. 355.818-MG, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, DJ 25.08.2003).

Da fundamentação do referido julgado, Sua Excelência, o eminente Ministro Aldir Passarinho Junior, deixou assente que: “Relativamente à pretensão de perdimento do valor prestado a título de arras, também não há como reconhecer-se razão à recorrente. De efeito, todos os valores prestados pelo recorrido devem ser considerados para fins de cálculo do percentual a ser devolvido, inclusive tal parcela. Tal solução encontra respaldo na jurisprudência desta Corte, não merecendo reparo algum”.

Assim, da exegese dos artigos 418 do CC c.c. 53 do CDC, tem-se que o percentual a ser devolvido deve ser calculado sobre a totalidade dos valores vertidos pela promitente-compradora, compreendidos neste montante tanto as arras como as parcelas propriamente ditas.

No tocante ao percentual a ser retido pelo recorrente (*Franere - Comércio Construções e Imobiliária*), promitente vendedor, veja-se que este Superior

Tribunal de Justiça entende como razoável a retenção fixada entre 10% e 20% da importância vertida pelo promissário comprador para fazer frente às despesas administrativas. Nesse sentido, confira-se o seguinte precedente:

Promessa de compra e venda. Extinção do contrato. Comprador inadimplente. - A orientação que terminou prevalecendo na Segunda Seção, depois de inicial controvérsia, é no sentido de que o promissário comprador que se torna inadimplente em razão da insuportabilidade do contrato assim como pretendido executar pela promitente vendedora tem o direito de promover a extinção da avença e de receber a restituição de parte substancial do que pagou, retendo a construtora uma parcela a título de indenização pelo rompimento do contrato. - Essa quantia a ficar retida varia de caso para caso; ordinariamente tem sido estipulada entre 10% e 20%, para cobertura das despesas com publicidade e corretagem, podendo ser majorada quando o imóvel vem a ser ocupado pelo comprador. Não há razão para que tudo ou quase tudo do que foi pago fique com a vendedora, uma vez que por força do desfazimento do negócio ela fica com o imóvel, normalmente valorizado, construído também com o aporte do comprador. - Precedente. - Recurso conhecido e provido em parte (REsp n. 476.775-MG, Rel. Ministro Ruy Rosado de Aguiar, Quarta Turma, DJU 04.08.2003, p. 317).

E ainda: REsp n. 896.246-RJ, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, 3ª Turma, DJ de 15.10.2007, p. 263.

Não se olvide, ainda, que este Superior Tribunal de Justiça tem precedentes fixando o percentual de retenção no patamar de 25% do total do valor pago (cf REsp n. 712.408-MG, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, AgRg no REsp n. 735.827-MG, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, DJ 11.09.2006, REsp n. 907.856-DF, Rel. Min. Sidnei Beneti, DJe 1º.07.2008, dentre outros). Da jurisprudência desta Corte extrai-se, por oportuno, o seguinte precedente:

Compra e venda de imóvel. Desistência do comprador que se viu impossibilitado de pagar. Acordo judicial não cumprido. Percentual de redução. Precedentes da Corte. 1. De acordo com a realidade dos autos, a Corte tem admitido variação no percentual de retenção do valor a restituir ao comprador. 2. O cenário destes autos recomenda a elevação do percentual fixado no acórdão. 3. Recurso especial conhecido e provido, em parte. (REsp n. 715.012-SP, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJ 15.05.2006 p. 205).

Do voto do eminente Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, por ocasião do julgamento do referido recurso especial, a majoração do percentual teve o seguinte fundamento: “No presente caso, o pedido é nesse sentido, ou seja,

houve mesmo a ocupação do apartamento, com evidente depreciação do valor do imóvel, durante cerca de três anos, segundo afirmou a empresa ré. Tenho que em tais circunstâncias o percentual deferido não é razoável, beneficiando o comprador inadimplente, e, ainda, que descumpra a transação judicial. Penso, destarte, que ao invés de fixar a indenização sobre o valor locatício, na esteira da mais uniforme jurisprudência da Corte, preferível seria trabalhar sobre o percentual de retenção. Assim, entendo mais correto que seja elevado o percentual de retenção a 25% do valor da restituição devida”.

Conquanto tais respeitáveis precedentes tenham estabelecido o referido percentual (25%), no caso em concreto, e analisando detidamente a hipótese em julgamento, tem-se que a majoração do valor a ser retido não se afigura razoável.

In casu, o imóvel objeto da avença sequer foi ocupado (fl. 293), porquanto, conforme colhe-se da sentença o bem não foi ao menos entregue (fl. 145), sendo de relevo, ainda, a observação feita, também pelo MM. Juiz Raimundo Moraes Bogéa, no sentido de que: “O benefício resultante dessa situação foi exclusivo da ré que, desde a data de recebimento de cada prestação, investiu os valores de cada uma delas, auferindo lucro com o dinheiro de terceiro, ganho esse multiplicado com a nova venda do apartamento, que sequer chegou a ser ocupado pela autora” (fl. 145). Portanto, não se afigura razoável, na espécie, admitir a majoração do percentual, nos termos em que fixados pelas instâncias ordinárias, de 10% sobre todos os valores pagos.

Nega-se, pois, provimento ao recurso.

É o voto.