



## Jurisprudência da Quarta Turma



## **RECURSO ESPECIAL N. 66.699 — RJ (1995/0025476-0)**

Relator: Ministro Aldir Passarinho Junior

Recorrente: Condomínio Residencial Barra Marina

Advogados: Elizabeth Regina Amorim Portela e outros

Recorridos: Ronaldo Sohn e cônjuge

Advogados: Adroaldo Ferreira Solon Ribeiro e outro

### **EMENTA**

Civil e Processual. Construção por administração. Condômino inadimplente. Leilão do imóvel. Saldo devedor remanescente. Cobrança da diferença pelo condomínio. Unidade adquirida pela construtora e promitente vendedora, mediante adjudicação, por preço aviltado. Responsabilidade da mesma pelo saldo que equivale ao real custo do apartamento. Enriquecimento sem causa. Dívida cessada em relação aos réus, com a perda da totalidade do imóvel. Ilegitimidade passiva.

I - Reconhecido pelo Tribunal Estadual, soberano na interpretação da prova e do contrato, que a construção, embora nominada “por administração”, representava espécie de promessa de compra e venda, tendo havido inadimplência de condômino, com o subsequente leilão da unidade habitacional, arrematada pela própria empresa construtora, que adquiriu a preço aviltado, o saldo devedor remanescente é da responsabilidade daquela, sob pena de enriquecimento sem causa.

II - Ilegitimidade dos antigos titulares, que perderam o imóvel no leilão, pelo saldo subjacente, que deve ser exigido da construtora adjudicante, que é, em essência, a própria credora da dívida.

III - Recurso especial não conhecido.

### **ACÓRDÃO**

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas. Decide a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, à unanimidade, não conhecer do recurso, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Participaram do julgamento os Srs. Ministros Sálvio de Figueiredo Teixeira, Barros Monteiro, Cesar Asfor Rocha e Fernando Gonçalves. Custas, como de lei.

Brasília (DF), 26 de junho de 2003 (data do julgamento).

Ministro Aldir Passarinho Junior, Relator

DJ de 08.09.2003

## RELATÓRIO

O Sr. Ministro Aldir Passarinho Junior: Adoto o relatório de fl. 332, **verbis**:

“Apelação dos réus em ação de cobrança, promovida pelo Condomínio de apartamento em construção por sua comissão de representantes, de saldo devedor apurado após venda extrajudicial de apartamento em construção no período de 10.03.1990 a 10.08.1991.

Sustenta o apelante que não lhe foi permitida a produção de prova, inclusive pericial, cerceando-se a sua defesa. A sentença negou aplicação do Código do Consumidor.

De qualquer forma, realizado o leilão, nenhuma cobrança mais cabia ao réu, desfeito que foi o vínculo com o promitente comprador.

Daí por que se impunha a improcedência do pedido.

Razões de apelado às fls. 311/316.”

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro deu provimento à apelação, em acórdão assim ementado (fl. 335):

“Promessa de compra e venda de imóvel e contrato de construção de apartamento em condomínio. Leilão extrajudicial da unidade por inadimplência do promitente comprador (Lei n. 4.591/1965).

Cobrança pelo condomínio de saldo do débito desde a notificação do devedor até a venda em leilão, quando a construtora, promitente vendedora do terreno e arrematante, não assumiu o total do débito em atraso. Alegação de que o leilão do apartamento importa em quitação do débito até então existente. Código de Defesa do Consumidor (art. 53) e sua eventual aplicação à hipótese.

Analogia na aplicação do que dispõe a Lei n. 5.741/1971 e o Decreto-Lei n. 70. Negócio que se realizou em tudo para que a promitente vendedora se beneficiasse isoladamente com a inadimplência do promitente comprador.

Improcedência da cobrança das diferenças.”

Opostos embargos declaratórios às fls. 342/343, rejeitados às fls. 345/346.

Inconformado, Condomínio Residencial Barra Marina interpõe, pelas letras **a** e **c** do art. 105, III, da Constituição Federal, recurso especial alegando, em síntese, que o CDC, art. 53, não é aplicável ao contrato em tela, porque anterior à Lei n. 8.078/1990, prevalecendo os dispositivos especiais da Lei n. 4.591/1964, art. 63 e parágrafos, e as normas do pacto em discussão. Rejeita a aplicação analógica, por contrariedade ao art. 126 do CPC, da Lei n. 5.741/1971 e do Decreto-Lei n. 70, em face da regra específica e especial.

Assim, diz que subsiste a norma constante do contrato, de que se após o leilão não resultar saldo favorável ao devedor, mas, sim, despesas a pagar, este responderá perante o condomínio com seu patrimônio pessoal.

Invoca dissídio jurisprudencial.

Contra-razões às fls. 365/368, pugnando pela incidência do CDC na espécie e a confirmação, conseqüente, do **decisum**.

O recurso especial foi admitido na instância de origem pelo despacho presidencial de fls. 376/379.

É o relatório.

### VOTO

O Sr. Ministro Aldir Passarinho Junior (Relator): Trata-se de recurso especial, aviado pelas letras **a** e **c** do autorizador constitucional, em que se discute sobre a possibilidade ou não de cobrança do saldo devedor de condôminos inadimplentes com prestações de contrato de construção por administração, após a venda da sua unidade habitacional em leilão, para o pagamento das dívidas.

O voto condutor do acórdão, do eminente Desembargador Décio Xavier Gama, diz o seguinte (fls. 336/340):

“1. O réu se tornou promitente comprador de fração ideal de terreno, que deveria corresponder ao apartamento n. 508 da Av. de Marapendi n. 1.680, conforme escritura que lhe outorgou a Construtora Santa Izabel em 13.06.1989. Em outra escritura o réu contratou a construção das benfeitorias do apartamento, sob regime de administração juntamente com tantos outros promitentes compradores de frações ideais no futuro edifício, tudo se fazendo expressamente numa incorporação subordinada ao regime da Lei n. 4.591/1965.

2. Tornando-se inadimplente, com a ajuste de cotas do capital para a construção, foi o réu notificado e se realizou o leilão extrajudicial, quando na primeira oferta não se encontrou lance maior de CR\$ 15.293.357,66 e, no segundo houve a arrematação pela maior oferta de CR\$ 4.017.954,00.

3. Agora quer o Condomínio cobrar o débito que sobejou e pelo qual não quer responder a arrematante. Ocorre que a arrematante foi a própria promitente vendedora da fração ideal do terreno, por escritura de dois anos antes. Nesse passo é que convém meditar nas ponderações do apelante quanto à quitação que o promitente recebe, quando, por inadimplência sua se dá o leilão judicial ou extrajudicial dos direitos que tinha com base na promessa de compra de apartamento em condomínio.

4. A Lei n. 5.741/1971 estabelece que na execução judicial do imóvel adquirido no Sistema Financeiro de Habitação, o executado é demitido da posse do imóvel, mas recebe quitação de seu débito. Não tem ele que pagar qualquer da dívida motivadora da execução (art. 7º).

5. Por outro lado, o novo Código de Defesa e Proteção do Consumidor torna nula qualquer disposição contratual que importe em perda pelo promitente comprador das quantias já pagas. Vale dizer a rescisão da promessa, por inadimplência, obriga a devolução ao réu das somas já pagas (sinal e prestações) devidamente corrigidas. É o que dispõe o seu art. 53).

6. Situação semelhante acontece com os consórcios para aquisição de bens, quando se dá a retirada do consorciado, ainda que por inadimplência com o reembolso de toda quantia entregue à administradora do Fundo devidamente corrigida, segundo norma do Banco Central e a Jurisprudência predominante (Súmula n. 35 do STJ).

7. No caso dos autos o contrato foi celebrado sob regime da antiga Lei n. 4.591/1965, de administração de preços, que se tornam cada vez mais raros por inadequados no quadro atual, face à inflação reinante.

8. Por outro lado, houve promessa de compra e venda da fração ideal do terreno e contratação da construção com a empreendedora da incorporação, ou seja, a promitente vendedora do terreno se obrigou a construir as benfeitorias e foi ela própria a arrematante do apartamento em construção. O preço da primeira oferta correspondia ao débito de quinze milhões e pouco de cruzeiros, e na segunda, efetivou-se a venda por quatro milhões e pouco. A diferença é que está sendo cobrado agora do réu.

9. Caracterizou-se o negócio, a toda luz, como promessa de venda do terreno, mas também das benfeitorias edificadas que agora voltam por quase um quarto do preço para a própria promitente vendedora beneficiária da inadimplência do réu e condutora de um negócio que não pode ficar à margem das novas concepções de proteção do destinatário enfraquecido do empreendimento. Afinal tratava-se de construir imóvel para residência que a lei

cerca de cuidados para não haver locupletamento de seus resultados somente para a empreendedora.

10. Não importa o regime em que ele se lançou, concebido há quase trinta anos. O fato é que prometendo vender a fração ideal do terreno e readquirindo as benfeitorias por quase um quarto do que despendeu o réu, a construtora, se assim o fizer com muitos outros aderentes ao plano de construção, será o lado forte economicamente a lucrar demasiadamente com a perda do valor da fração ideal do terreno e das benfeitorias pagas pelo lado fraco dos inadimplentes. Estes estão hoje amparados por lei e pela evolução do pensamento jurídico a respeito da prestação de serviço, consumidor e promitentes compradores de lotes, casas, mercadorias. A Lei do parcelamento do solo e outras são exemplos também do cuidado do legislador com os promitentes compradores inadimplentes.

11. A aplicação do CDC (art. 53) é correta, embora figure como cobrador da diferença o Condomínio pela sua Comissão de Representantes. Trata-se de pessoa jurídica formal que vem a Juízo na forma engenhosa, ditada pela proprietária do terreno e construtora do edifício, volta-se a dizer, a grande beneficiária da inadimplência do réu, ela que tem a gerência do negócio, escalona o prazo das etapas da construção e, com isto fixa os preços das prestações ascendentes, que se elevam muito acima da capacidade de pagamento dos promitentes compradores.

12. Assim, como verdadeira promitente vendedora do terreno e das benfeitorias do apartamento e, por fim, sua arrematante a preço aviltado, a ela cabia arcar com eventuais diferenças de preço não ao réu.

13. A cobrança foi mal endereçada ao réu, sendo portanto improcedente.”

Na interpretação dada ao contrato e aos fatos pelo Tribunal Estadual, soberano no exame da prova, o contrato, embora nominado “por administração”, na realidade revela-se de verdadeira compra e venda, em que a construtora adquire um terreno, reúne um grupo de clientes seus interessados, e com eles celebra, concomitantemente, a venda da área em frações ideais e a construção do edifício, destinando a cada um uma unidade autônoma.

Em tais circunstâncias, o tratamento dado à matéria não pode ser o mesmo que se emprestaria se se cuidasse, realmente, de uma mera administração, quando, ao menos entre os condôminos, inexistiria uma relação de consumo, penso eu.

E o que justifica a decisão da Corte **a quo** é justamente o fato de que a arrematante é a própria construtora, promitente vendedora da fração ideal. Há, então,

uma situação absurda, em que o condomínio cobra do inadimplente os custos da construção que tiveram de arcar junto à construtora, enquanto esta, confortavelmente, já se apossou da unidade, cuja edificação custou muito mais, por um valor extremamente inferior a tanto. E ainda recebeu dos condôminos adimplentes, que se cotizaram, o que aqueles inadimplentes deixaram de pagar, mas, em compensação, também perderam o apartamento.

Apreciando caso assemelhado, esta Turma, decidiu que:

“Incorporação. Comissão de condôminos. Legitimidade ativa. Parcelas de custo de construção. Responsabilidade do adjudicante. SFH.

— A comissão de condôminos que, depois de destituído o incorporador, recebeu poderes da assembléia geral para prosseguir na obra, tem legitimidade para promover ação de cobrança das parcelas referentes ao custo de construção.

— O agente financeiro que promove a execução hipotecária e adjudica o bem do mutuário em atraso com o financiamento, responde pelo débito existente quanto ao custo da construção, pois, do contrário, estaria recebendo indevidamente patrimônio construído com recursos de outrem. Dívida contratual vencida que deve ser satisfeita.

— Arts. 43, VI, 49 e 50 da Lei n. 4.591/1964 e 33 do DL n. 70/1966.

— Recurso não conhecido.”

(REsp n. 255.593/SP, Relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar, unânime, DJ de 18.09.2000)

Transcrevo passagem do voto condutor, do Ministro Ruy Rosado de Aguiar, que observa o seguinte:

“A responsabilidade do agente financeiro, adjudicante das unidades, decorre da aplicação de duas ordens de argumentos: a) pelo princípio geral que veda o enriquecimento sem causa, o banco que recebe o imóvel para pagamento do seu crédito não pode deixar de pagar as parcelas correspondentes ao custo da construção, pois, do contrário, estaria incorporando ao seu patrimônio, sem nada despende, o que foi feito às custas dos demais condôminos; b) nos termos do art. 33 do DL n. 70/1966, terão preferência sobre o credor hipotecário as demais obrigações contratuais vencidas, especialmente as fiscais e os prêmios de seguro. Diante dos termos claros desse dispositivo, não se pode acolher a assertiva do recorrente, no sentido de que as obrigações contratuais vencidas são apenas as estabelecidas entre o mutuário em atraso e o agente financeiro, pois a regra principal traçada no referido artigo de lei

existe para estabelecer que os outros créditos terão preferência sobre o credor hipotecário. Se tais dívidas devem ser satisfeitas com o que for apurado no leilão, a adjudicação pelo banco lhe acarreta a responsabilidade por elas.

Lembro a especificidade da situação, porquanto a relação se estabeleceu no âmbito do Sistema Financeiro da Habitação, com regramento próprio, em que houve a adjudicação pelo agente financeiro, o que a distingue de outras hipóteses em que o terceiro adquirente de ordinário não responde pelas obrigações contratualmente assumidas pelo primitivo proprietário.”

No caso ora **sub judice**, em face do atraso a Comissão de Representantes do Condomínio levou o imóvel a leilão, e este foi adquirido pela construtora, por valor inferior à dívida, daí o saldo. Ora, se o saldo decorre dos custos da construção, exatamente daquela mesma unidade habitacional, a credora destinatária do dinheiro será a própria adquirente do bem, o que fica sem sentido, como dito antes.

Destarte, a solução encontrada pelo Tribunal Estadual, na linha, também, do precedente desta Corte, melhor se adequa à espécie. Fosse o adquirente um terceiro, como ressaltado no voto do Ministro Ruy Rosado de Aguiar, a circunstância recomendaria desfecho diverso.

Ante o exposto, não conheço do recurso especial, anotando que o condomínio autor poderá mover à construtora a cobrança do crédito alusivo ao imóvel em comento.

É como voto.

---

**RECURSO ESPECIAL N. 241.785 — PR (1999/0113940-6)**

Relator: Ministro Barros Monteiro

Recorrente: Caixa Econômica Federal — CEF

Advogados: Elza Oliveira dos Santos e outros

Recorrido: Clereci de Oliveira Alves de Carvalho

Advogados: Valdir Lemos de Carvalho e outro

**EMENTA**

Sistema Financeiro da Habitação. Transferência do mútuo e sub-rogação da dívida hipotecária. Falecimento do cessionário antes da formalização do novo contrato. Pagamento da parcela sob n. 037 por ele,

sem que a ré processasse o seguro junto à empresa seguradora. Negligência que lhe foi atribuída. Inexistência de litisconsórcio necessário em relação à companhia de seguros.

— Hipótese em que nem a lei nem a natureza da relação jurídica impõem a presença obrigatória na lide da ré e da empresa seguradora. Inexistência de contrariedade ao art. 47, e parágrafo único, do CPC.

Recurso especial não conhecido.

## ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas. Decide a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator, na forma do relatório e notas taquigráficas precedentes que integram o presente julgado. Os Srs. Ministros Cesar Asfor Rocha, Fernando Gonçalves e Aldir Passarinho Junior votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira.

Brasília, 26 de agosto de 2003 (data do julgamento).

Ministro Barros Monteiro, Relator

---

DJ de 17.11.2003

## RELATÓRIO

O Sr. Ministro Barros Monteiro: Clereci de Oliveira Alves de Carvalho ajuizou ação ordinária de indenização contra a Caixa Econômica Federal, sob a alegação de que seu marido, Dylor de Carvalho, adquiriu de José de Jesus de Souza e sua mulher imóvel financiado pela ré. Para tanto, providenciou toda a documentação necessária à transferência dominial do bem e a correspondente sub-rogação da dívida hipotecária, bem como pagou todas as importâncias referentes às taxas de serviço e transferência, ocasião em que foi emitido carnê relativo à prestação n. 037 do Contrato n. 18.622-5, já em seu nome. Esclareceu que, no entanto, seu marido, após o pagamento da referida parcela, veio a falecer em acidente de trânsito, antes de formalizada a transferência e a assunção do débito, pelo que a autora posteriormente assumiu sozinha a dívida hipotecária em seu valor original, firmando o contrato de venda e compra. Sustentando que a ré tinha a obrigação de processar o seguro ato contínuo à aceitação da proposta, pleiteou a condenação da instituição bancária ao pagamento do prejuízo no importe correspondente a 2.084,07582 UPCs.

O MM. Juiz da 3ª Vara Federal de Curitiba julgou procedente o pedido para condenar a CEF ao pagamento da quantia de Cr\$ 95.663.061,00 (noventa e cinco milhões, seiscentos e sessenta e três mil, sessenta e um cruzeiros), acrescida de custas, juros e honorários advocatícios.

Apelou a ré, suscitando a preliminar concernente ao litisconsórcio necessário e, no mérito, postulando a improcedência da pretensão, dado inexistir contrato de financiamento entre ela e o falecido, Dylor de Carvalho.

O Tribunal Regional Federal da Quarta Região, à unanimidade de votos, negou provimento ao recurso, em acórdão que porta a seguinte ementa:

“Civil. Processo Civil. SFH. Ação ordinária de indenização. Litisconsórcio necessário.

1. Não há litisconsórcio necessário da seguradora para reparação de dano causado por negligência do agente financeiro.

2. Devida a reparação de dano pelo agente financeiro para a requerente, pois houve a sub-rogação no contrato de mútuo habitacional.

3. Apelo improvido.” (Fl. 186)

Inconformada, a ré manifestou este recurso especial com base nas alíneas **a** e **c** do permissor constitucional, apontando violação do art. 47 e parágrafo único do CPC, além de dissenso jurisprudencial. Sustentou que, admitido pelo v. acórdão ter a sub-rogação ocorrido a partir do recolhimento da prestação, na qual o seguro se achava embutido, obrigatória é a participação na lide da seguradora, aplicado analogicamente o art. 1.463, e seu parágrafo único, do CC/1916. Entendeu a recorrente que, tendo a seguradora recebido o **quantum** relativo ao prêmio, sujeitou-se ela à indenização do sinistro.

Sem as contra-razões, o apelo extremo foi admitido na origem.

É o relatório.

### VOTO

O Sr. Ministro Barros Monteiro (Relator): Não há falar, no caso, em contrariedade ao art. 47 e parágrafo único da lei processual civil.

A peça exordial atribui negligência ao agente financeiro, que deixou, logo após a aceitação da proposta, de processar o seguro junto à companhia seguradora. A autora, como se vê, não imputa à seguradora culpabilidade alguma pelos danos suportados. Claro está que não se pode obrigar o autor a litigar contra pessoa nem sequer por ele cogitada.

Em verdade, a hipótese não é de litisconsórcio necessário, nem mesmo por aplicação analógica do art. 1.463 e parágrafo único do antigo Código Civil, bastando que se leia com atenção a regra do art. 47, **caput**, do CPC:

“Art. 47. Há litisconsórcio necessário, quando, por disposição de lei ou pela natureza da relação jurídica, o juiz tiver de decidir a lide de modo uniforme para todas as partes; caso em que a eficácia da sentença dependerá da citação de todos os litisconsortes no processo.”

Na espécie dos autos, nem a lei nem a natureza da relação jurídica impõem a presença obrigatória na lide da ré e da Companhia de Seguros. O Professor **Ovídio A. Baptista da Silva** leciona a propósito:

“No caso de litisconsórcio necessário simples, a ausência de um ou mais litisconsortes será causa de nulidade da sentença em virtude de violação de um exposto preceito legal, precisamente por ser, neste caso, obrigatória a formação do litisconsórcio porque assim o impõe um determinado dispositivo de lei. Se, na ação de usucapião, por exemplo, não forem citados todos os que deveriam figurar na causa como litisconsortes, o resultado será a manifesta violação do art. 942 do Código de Processo Civil, como se dará nas demais hipóteses de litisconsórcio necessário simples, ou comum. Muda, porém, o problema no caso do litisconsórcio unitário. Aqui, a invalidade ou ineficácia da sentença não irá decorrer diretamente da ofensa a um determinado dispositivo da lei processual e sim da natureza una e única da relação de direito material, controvertida no processo. Neste caso, a relação processual estará mal formada em razão da não-observância de um pressuposto de direito material.”

(“Comentários ao Código de Processo Civil”, vol. 1, pp. 212/213, ed. Revista dos Tribunais, 2000).

Tampouco releva aqui a evocação do disposto no art. 1.463 do Código Civil de 1916, que, por sinal, não foi apontado como malferido pela recorrente. Diante da arguição feita, poder-se-ia cogitar da transferência do seguro ao mutuário cessionário desde logo, mediante o pagamento da prestação de n. 037. Todavia a mencionada regra efetivamente não possui nenhuma pertinência no caso em exame, não só porque se desconhece tenha a seguradora recebido o prêmio correspondente àquela parcela, mas sobretudo porque, conforme assinalado, os danos sofridos pela autora foram atribuídos exclusivamente à desídia da ré.

O dissídio de julgados, por derradeiro, não é passível de aperfeiçoar-se, seja porque a recursante não cuidou de mencionar as circunstâncias que assemelhem ou

identifiquem as hipóteses confrontadas (art. 541, parágrafo único, do CPC), seja porque, de todo modo, o aresto paradigma selecionado versou sobre questão inteiramente distinta (Cédula rural pignoratícia — Proagro).

Do quanto foi exposto, não conheço do recurso.

É como voto.

---

**RECURSO ESPECIAL N. 274.263 — RJ (2000/0086026-3)**

Relator: Ministro Barros Monteiro

Recorrente: Dilma de Jesus

Advogada: Sílvia Maria P. Âncora da Luz — Defensora Pública

Recorrido: Airton José da Silva

Advogados: Orlando Pereira Monteiro e outro

**EMENTA**

União estável. Inexistência de patrimônio comum. Serviços domésticos prestados. Cabimento da indenização.

— Não havendo patrimônio comum a partilhar, tem a companheira direito à indenização pelos serviços domésticos prestados ao companheiro durante o período de convivência. Precedentes.

Recurso especial conhecido e provido, em parte.

**ACÓRDÃO**

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas. Decide a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer do recurso e dar-lhe provimento, em parte, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator, na forma do relatório e notas taquigráficas precedentes que integram o presente julgado. Os Srs. Ministros Cesar Asfor Rocha e Aldir Passarinho Junior votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausentes, ocasionalmente, os Srs. Ministros Fernando Gonçalves e Sálvio de Figueiredo Teixeira.

Brasília, 21 de agosto de 2003 (data do julgamento).

Ministro Barros Monteiro, Relator

## RELATÓRIO

O Sr. Ministro Barros Monteiro: Dilma de Jesus ajuizou contra Airton José da Silva ação de indenização por serviços domésticos realizados, sob alegação de que convivera **more uxorio** com o réu, no período de 1972 a 1982, e que, durante esse tempo, não pôde exercer atividade remunerada, pois, como dona de casa, prestava serviços domésticos ao ex-companheiro. Aduzindo que, atualmente, em razão da idade avançada, não possui mais condições físicas para exercer profissão alguma, pugnou pela condenação do réu ao pagamento de indenização “equivalente a, pelo menos, (01) salário mínimo mensal, durante todo o tempo de vida da Autora.”

A MM<sup>a</sup>. Juíza de Direito da 6<sup>a</sup> Vara Cível da Comarca de Duque de Caxias — RJ julgou improcedente o pedido, considerando não comprovada a prestação de serviços pela autora ao réu que a autorizem haver deste a indenização. Acrescentou a magistrada que, “a título de indenização por pretensos serviços prestados, quer a autora, na realidade, haver alimentos de quem não está legalmente obrigado a prestá-los. Como é consabido, a obrigação alimentar deriva da relação de parentesco e, na hipótese de casamento, da imposição legal de mútua assistência. E só.”

A Sexta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, à unanimidade de votos, negou provimento ao apelo da autora, em acórdão que registra os seguintes fundamentos, no que ora interessa, **verbis**:

“A questão cinge-se ao reconhecimento do direito à indenização por serviços prestados em decorrência de concubinato existente entre as partes.

Cabe inicialmente ressaltar que, ao contrário do alegado pela Apelante, a sentença levou em consideração o pedido como formulado.

Quanto ao concubinato, o mesmo quedou comprovado nos autos através dos depoimentos prestados, porém, o mesmo não ocorrendo do que tange aos efetivos serviços prestados.

Nesse sentido vale citar **in** “Dos Alimentos”, de **Yussef Said Cahali**, 2<sup>a</sup> edição, Editora Revista dos Tribunais, pp. 171/172:

‘Em realidade, embora com algumas ressalvas, vem-se firmando a jurisprudência, particularmente do STF, com acolhimento nas instâncias ordinárias, no sentido de considerar indenizáveis os serviços domésticos prestados pela companheira-concubina ao amásio, durante os anos de vida em comum, quer sejam rurais, domésticos ou econômicos, os serviços assim prestados; essa remuneração, assim, tem em vista serviços domésticos ou outros lícitos e de qualquer natureza, e será representada pelos salários a que faria jus pelos serviços prestados ao companheiro;

sendo devida sem necessidade de ajuste prévio, pois de outro modo estaria admitindo enriquecimento sem causa, tendo amparo, ademais, no art. 1.216 do CC.

De nossa parte, fiel à crítica doutrinária antes reproduzida, contrária à liberalidade da jurisprudência pretoriana, e sempre no pressuposto de que a concubina não poderá ser aquinhoadada com maiores direitos do que aqueles reconhecidos à esposa legítima, optamos pelo entendimento jurisprudencial mais cauteloso, que preserva a integridade da família, ao denegar a pretensão da concubina pela simples prestação de serviços domésticos, no pressuposto de que a retribuição já teria ocorrido contemporaneamente ao concubinato; quando não tiver existido, da parte companheira, contribuição alguma para a constituição do trabalho alheio, quando a reclamante já obteve compensação econômica pela sua cooperação na sociedade familiar ilegítima, quando, for provado o vínculo empregatício junto à Justiça do Trabalho, ali já recebeu a indenização devida, quando não contribuiu para o transcurso da vida comum em ambiente de compreensão e respeito.’

Desta forma, não havendo comprovação da efetiva contribuição a ensejar a constituição de patrimônio comum, o que viria a caracterizar o enriquecimento sem causa do concubino em detrimento do esforço da concubina, não há como se reconhecer o direito à indenização por serviços prestados no seu sentido genérico.

Por outro lado, como bem ressaltado na sentença, o concubinato já se extinguiu há mais de 10 (dez) anos, tendo a Apelante, até então, vivido com a ajuda de vários filhos, não podendo querer por ora o reconhecimento do dever, não previsto em lei, do Apelado em indenizá-la.

Por tais razões, nega-se provimento ao recurso”. (Fls. 92/95)

Inconformada, a demandante manifestou este recurso especial com fulcro na alínea **c** do permissivo constitucional, apontando dissídio jurisprudencial com acórdãos desta Corte. Sustentou, em síntese, que, nas hipóteses como a dos autos, a indenização por serviços prestados é sempre devida, ainda que não tenha havido a formação de patrimônio, acrescentando que tal indenização não significa conceder mais direitos à concubina do que à esposa.

Contra-arrazado, o recurso foi admitido na origem, subindo os autos a esta Corte.

O parecer do Ministério Público Federal é pelo conhecimento e provimento do recurso.

É o relatório.

## VOTO

O Sr. Ministro Barros Monteiro (Relator): 1. Restou evidenciado **quantum satis** o dissenso interpretativo em torno do cabimento da indenização por serviços domésticos prestados pela companheira durante o período de convivência (REsps ns. 129.329/RJ e 182.550/SP, ambos de relatoria do Sr. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira).

2. Tanto a sentença como o v. acórdão reconheceram a existência da união estável pelo período aproximado de 10 anos. Entretanto, entenderam por bem denegar o pleito indenizatório pelos serviços domésticos prestados. A Corte Estadual, para tanto, valeu-se do escólio de **Yussef Said Cahali**, de conformidade com o qual a pretensão reparatória descabe pela simples prestação de serviços domésticos “no pressuposto de que a retribuição já teria ocorrido contemporaneamente ao concubinato” (fl. 94). Ressaltou ainda a circunstância de não ter ela contribuído para a constituição de um patrimônio comum.

Tal entendimento, todavia, não consoa com a jurisprudência dominante no Direito brasileiro, inclusive desta Corte. Evidenciada a convivência **more uxorio**, dela advindo dois filhos, pouco ou nada releva o fato de não haver o casal amealhado patrimônio comum nos dez anos de convivência. “Não havendo patrimônio a partilhar, tem o concubino o direito de pleitear indenização pelos serviços prestados ao outro” (REsp n. 129.329/RJ, Relator Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira). Idêntica diretriz adotou-se quando do julgamento dos REsps ns. 151.238/PB e 180.414/SP, de relatoria também do Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, e 50.100/RJ, Relator o Sr. Ministro Nilson Naves.

É, com efeito, pacífica a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no sentido de serem indenizáveis, nessas hipóteses, os serviços domésticos prestados pela companheira durante o período de vida em comum (REsps ns. 125.401/RJ e 303.604/SP, Relator Ministro Aldir Passarinho Junior; 229.033/SP, Relator Ministro Cesar Asfor Rocha).

Segundo o v. acórdão, a ora recorrente já teria recebido a devida retribuição por força da compensação, decorrente da assistência e auxílio que lhe teriam sido prestados pelo ex-companheiro durante o período de vida em comum. Tal orientação, entretanto, não tem como prevalecer: a retribuição dada pelo ex-companheiro contemporaneamente à vida em comum não passa de simples conjectura ou presunção. Depois, tal como teve ocasião de salientar o Ministro Eduardo Ribeiro (REsp n. 62.268-9/RJ, **in** RSTJ vol. 77, p. 193), dedicando-se a companheira exclusivamente aos afazeres do lar, de molde a permitir que o varão continuasse tranqüilamente a exercer a sua profissão, ver-se-ia ela em situação de manifesta inferioridade

quando resolvesse o companheiro **ex abrupto** romper o relacionamento. São palavras textuais de S. Exa.:

“Entretanto, percebendo o varão renda de seu trabalho, continuaria a manter-se, enquanto a mulher ficar em situação de carência. Teve-se em conta que, segundo os costumes brasileiros, a ela cabia arcar com os cuidados do lar, enquanto o homem dedicava-se a misteres profissionais, o que lhe propiciaria sustento, nada importando persistisse ou não a vida em comum. Considerou-se, então, que aqueles trabalhos domésticos mereceriam ser remunerados.”

Assim também se expressou o Ministro Ruy Rosado de Aguiar ao examinar igual alegação, **in verbis**:

“Assim, penso que o v. acórdão estipulou uma condição que não tem sido imposta para o reconhecimento do direito de a mulher ser indenizada pelos serviços que prestou ao companheiro, durante a vivência em comum, ainda que tais serviços sejam os decorrentes da própria convivência. O que a jurisprudência procurou preservar foi a situação da mulher em situação como a dos autos, que tem rompida sua relação concubinária depois de longos anos de vida em comum, durante os quais não cuidou de se colocar no mercado de trabalho, de adquirir experiência profissional, de garantir sua previdência etc. e que se vê, de uma hora para a outra, sem condições sequer de obter o próprio sustento. Não caracterizada a hipótese de partilha de patrimônio adquirido pelo esforço comum, possível o deferimento de indenização, para atender a essa exigência de justiça, quando verificados os pressupostos acima mencionados.” (REsp n. 85.954/SP)

2. A ação, nesse termos, é procedente em parte. Conhecendo do apelo extremo pela alínea **c** do admissor constitucional, passo a julgar a causa, aplicando o direito à espécie (art. 257 do RISTJ).

A união estável teve a duração de 10 anos, de 1972 a 1982. Há a alegação do réu de que é aposentado e de que ainda expende contribuição em favor da ex-esposa. Considerando-se a situação peculiar à espécie, sobretudo as condições socioeconômicas dos litigantes, tem-se como razoável determinar-se o montante indenizatório em R\$ 3.600,00 (três mil e seiscentos reais), a ser pago pelo réu em 30 (trinta) parcelas mensais, a contar de sua intimação pessoal para tal finalidade.

3. Do quanto foi exposto, conheço do recurso e dou-lhe provimento parcial, a fim de julgar procedente, em parte, a ação para condenar o réu a pagar à autora a indenização de R\$ 3.600,00 (três mil e seiscentos reais), na forma acima disposta, com juros e correção monetária de cada parcela, aqueles a contar da citação, esta a partir do atual julgamento.

Em consonância com o disposto no art. 21, parágrafo único, do CPC, o réu arcará com as custas processuais e os honorários advocatícios da parte contrária, estes últimos arbitrados em 10% sobre o importe da condenação.

É o meu voto.

---

### **RECURSO ESPECIAL N. 292.543 — PA (2000/0132361-0)**

Relator: Ministro Aldir Passarinho Junior

Recorrentes: Jales Bernardino de Souza e cônjuge

Advogados: José Leite Saraiva Filho e outros

Recorrente: Bianca Namias Alves

Assistida por: Maria Nelma Namias Alves

Advogados: Gildo Corrêa Ferraz e outros

Recorridos: Os mesmos

Sustentação oral: Gildo Corrêa Ferraz por Bianca Namias Alves, e José Leite Saraiva Filho, por Jales Bernardino de Souza e cônjuge.

### **EMENTA**

Civil e Processual. Ação investigatória de paternidade movida contra os avós, por já falecido o suposto pai. Recusa em se submeter ao exame de DNA. Sentença que julgou improcedente a ação, com base nas demais provas. Acórdão que, em face da recusa, inverte o resultado, baseado em confissão ficta dos avós, com omissão no exame do contexto fático restante. Impossibilidade. Contradição verificada entre voto e ementa, no tocante à fertilidade, por afirmá-la sem manifestação expressa a respeito da prova da vasectomia. Nulidade. CPC, arts. 131 e 535, I e II.

I - O julgamento da ação de investigação de paternidade deve obrigatoriamente considerar todo o contexto probatório trazido aos autos, e não apenas a recusa dos investigados em submeterem-se ao exame de DNA, que embora constituindo prova desfavorável, pela presunção que induz de que o resultado, se realizado fosse o teste, seria positivo em relação aos fatos narrados na inicial, sofre, no caso dos autos, razoável enfraquecimento por se cuidar de processo movido apenas contra os supostos avós — porque já falecido o suposto pai — a demandar, por isso mesmo, minucioso exame dos fatos pelo Tribunal de Justiça, já que, na

sentença, tais elementos, minuciosamente examinados pelo magistrado de 1ª instância, foram tidos como insuficientes à procedência da demanda.

II - Ressalvas de fundamentação em votos-vogais.

III - Verificado, assim, que a Corte **a quo**, sem apreciar, como lhe cabe, a prova, omitiu-se a respeito, exclusivamente aplicando o princípio da confissão ficta contra os avós, inclusive incorrendo em contradição entre a ementa e o voto condutor ao tecer afirmações sobre a fertilidade do **de cujus**, filho dos réus, impõe-se a nulidade do julgamento, para que outro seja proferido, suprimindo as faltas apontadas.

IV - Recurso especial dos réus conhecido em parte e parcialmente provido, prejudicado o recurso da autora.

### ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas, decide a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, à unanimidade, conhecer em parte do recurso dos réus e, nessa parte, dar-lhe parcial provimento, julgando prejudicado o recurso da autora, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Participaram do julgamento os Srs. Ministros Sálvio de Figueiredo Teixeira, Barros Monteiro, Cesar Asfor Rocha e Ruy Rosado de Aguiar. Custas, como de lei.

Brasília (DF), 05 de dezembro de 2002 (data do julgamento).

Ministro Aldir Passarinho Junior, Relator

---

DJ de 08.09.2003

### RELATÓRIO

Sr. Ministro Aldir Passarinho Junior: Adoto o relatório de fls. 2.779/2.783, **verbis**:

“Trata-se de apelação interposta por Bianca Namias Alves, representada por sua genitora, Marta Nelma Namias Alves, contra a r. sentença proferida pela MMª. Juíza de Direito da 9ª Vara do Cível da Comarca da Capital, que julgou improcedente a ação de investigação de paternidade cumulada com petição de herança, movida pela apelante em face de Jales Bernardino de Souza e Leolinda Baia Borges de Souza, pais do investigado falecido, Jair

Bernardino de Souza, denegando os pedidos de alimentos provisionais, alimentos provisórios, provisão **ad litem**, arrolamento de bens e nulidade da partilha.

Os fatos sobre que versa o pedido inicial, constantes destes autos, compostos de 10 (dez) volumes, podem ser assim resumidos:

Nos idos de 1983, mais precisamente a partir de 21.03.1981, o investigado, Jair Bernardino de Souza, falecido em 06.10.1989, manteve com a mãe da autora relacionamento amoroso. Com ela viajou na companhia de amigos, hospedaram-se nos mesmos hotéis, pernoitaram juntos na residência do suposto pai, e nos fins de semana em sua casa de veraneio, localizada na cidade de Salinópolis, neste Estado. Desse estreito relacionamento a mãe da autora engravidou em 1988, e o suposto pai quando inteirado da situação, afastou-se da amante durante o resto da gestação, reatando, posteriormente, a antiga ligação, quando, então, se dispôs a assumir a paternidade da menor. Nesse passo, refere a apelante que o suposto pai passava a maior parte do tempo na cidade de São Paulo, ocasião em que se incumbiu, pessoalmente, de promover a venda da loja João e Maria Xique', que dera de presente à sua mãe, em 1987.

Como de início anotado, era objetivo do investigado assumir a paternidade da autora, mas que tendo ocorrido o seu brusco falecimento, num acidente aeronáutico, não chegou a concretizar aquela intenção.

Agora, pela presente via, a autora busca o reconhecimento de sua paternidade, tendo requerido, cautelarmente, o arrolamento dos bens deixados pelo **de cujus**, medida que se acha em curso perante o mesmo Juízo da 9ª Vara Cível da Comarca de Belém, com a qual pretendeu sustar os formais de partilha em favor dos requeridos, bem assim, a venda de alguns bens, e que os réus se abstivessem de praticar quaisquer atos tendentes a modificar o estado de fato e de direito desses bens, cientes os Registros Públicos competentes.

A autora especificou à demonstração do que alegou, as provas testemunhal e pericial, consistente esta no exame de DNA e na realização de perícia técnica, através de método comparativo de traços fisionômicos e outros dados antropológicos. Requestou, ainda, que fosse requisitado ao City Bank, agência de Belém, relação de cheques e depósitos, alusivos ao período compreendido entre janeiro e dezembro de 1987, da pessoa física, Jair Bernardino de Souza, e o rastreamento das contas pertencentes a Maria Nelma Namias Alves e à empresa M. N. Namias Alves, loja João e Maria Xique', existentes na agência 040 do Banco Itaú S/A., de titularidade daquelas pessoas. Requereu, também,

que fossem pedidas informações aos hotéis que indicou sobre hospedagens e despesas efetuadas, entre 1983 e 1988, por Jair Bernardino de Souza e Maria Nelma Namias Alves, que se registrou naquelas casas de hospedagem com o nome de Maria Nelma Namias de Souza, além de outros esclarecimentos relacionados com o exame de escrita do 'Grupo Belauto' e no cartão de crédito que Jair efetuava pagamentos (American Express).

Juntou documentos, para corroborar as suas afirmativas. Citados, os ora recorridos contestaram o pedido, negando tivesse existido relacionamento amoroso entre o suposto pai e a mãe da apelante, com o caráter de exclusividade alegado, aduzindo que esta era garota de programa e freqüentava o leito de outros homens. Logo, sem elementos probatórios suficientes para demonstrar os fatos irrogados na inicial, inclusive sobre o eventual relacionamento entre o **de cujus** e a genitora da recorrente, à época da concepção da criança, o que afastaria a possibilidade da paternidade a ele atribuída. Aludiram que o investigado era homem inteligente, dotado de boa situação financeira e disputado por várias mulheres, com as quais jamais assumiu qualquer compromisso. Trouxeram à colação o parecer da lavra do Professor **Sílvio Rodrigues** (fls. 171/192, do vol. I), acrescentando que de rigor a ação deve ser julgada improcedente.

A autora manifestou-se às fls. 202/217, do volume II, impugnando a contestação. E de seu turno, os requeridos, às fls. 272/301, ofereceram réplica, ocasião em que ratificaram o pedido de indeferimento da ação.

A Magistrada deferiu as provas requeridas pelas partes (fls. 317/324, do vol. II). E quanto à prova pericial, o diretor do IML 'Renato Chaves', em face da impossibilidade de realização das perícias de HLA, DNA e enzimas requerido, apontou o nome do Dr. Sérgio Danilo Pena, da Universidade Federal de Minas Gerais, para realizá-lo. Tendo havido a concordância das partes e a aceitação do encargo por aquele conceituado médico, após nomeação dos assistentes técnicos indicados pelas partes, a Dra. Juíza **a quo** ordenou a coleta de sangue da autora e sua mãe e dos requeridos. Mas quanto a estes consta dos autos termo de frustração de colheita de sangue, datado de 14.12.1992, oriundo da Comarca de São Luís de Montes Belos, no Estado de Goiás, testificando que os requeridos recusaram-se em submeter-se à colheita daquele material (fls. 542/543, do vol. II). À fl. 544 daquele mesmo volume, está acostado um telegrama do patrono dos réus, comunicando que o Juízo da 9ª Vara Cível teria determinado a suspensão da colheita em causa. Há um novo termo de frustração de colheita de sangue, dando conta de idêntica negativa dos requeridos, que apresentaram atestados expedidos pelo Hospital

Montes Belos, do Estado de Goiás, reportando proibição médica para a efetivação da referida coleta (fls. 593/594, do vol. III). A reiteração da recusa oposta pelos requeridos, deu ensejo à postulação da autora no sentido de que fossem considerados verdadeiros os fatos por ela alegados.

As testemunhas arroladas pelas partes foram ouvidas em audiência de instrução designada pela Juíza da causa, constando do assento respectivo os depoimentos pessoais da mãe e representante legal da autora e dos requeridos, que depuseram perante o Juízo da Comarca de Montes Belos, Estado de Goiás, ratificando, **de per si**, todos os termos contidos na exordial e na contestação (fls. 624/625 e fls. 798/801, do vol. IV, respectivamente).

Registre-se que as testemunhas Otilia Maria Lúcia Barbosa, residente em São Paulo, e Décio Jonas domiciliado em Portugal, deixaram de prestar os seus depoimentos, em face da desistência de suas oitivas oposta pelos réus/recorridos que as arrolaram. Em face dessa desistência, a autora/recorrente agravou de instrumento da decisão que a deferiu, recurso provido pelo venerando Acórdão n. 30.409/1996, da Segunda Câmara Cível Isolada, do qual foi Relator, o Desembargador Wilson de Jesus Marques da Silva.

A autora e o Ministério Público apresentaram memoriais (fls. 2.556/2.568 e 2.593/2.596 vol. X, respectivamente). A requerente pediu a procedência da ação, colacionando precedentes proferidos em casos assemelhados, dos quais juntou por cópias. Por sua vez, o digno representante do Ministério Público requereu a exumação dos restos mortais de Jair Bernardino de Souza, com vista ao exame de DNA, bem como, que fosse requisitado a exibição do prontuário do **de cujus** ao hospital onde teria se submetido a uma vasectomia.

Ouvidas as partes interessadas a respeito desses pedidos, os réus pugnaram pelo indeferimento, por considerá-los intempestivos; e a autora pronunciou-se contrária à exumação requerida pelo *Parquet*, ante a dificuldade de efetivação do exame de DNA em ossos carbonizados (fls. 2.598/2.603 e 2.604/2.605, do vol. X). Afinal, a Magistrada monocrática indeferiu as providências requeridas, como se vê à fl. 2.606 e verso do volume X.

Decidindo a causa, a Dra. Juíza **a quo**, preliminarmente, deu pela impossibilidade de cumulação da ação de investigação de paternidade, com a ação de alimentos, por ser aquela de natureza declaratória. Indeferiu a medida cautelar tentada pela autora, que visava, **in limine**, a concessão de alimentos provisórios e provisão **ad litem**, por não ter a autora produzido a prova pré-constituída da paternidade. Indeferiu, ainda, a medida cautelar de arrolamento de bens, por incabível no âmbito do procedimento eleito; e quan-

to ao pedido de arrolamento de bens, pleiteado em ação cautelar inominada com caráter preparatório de nulidade da partilha, a mesma pretensão esbarraria na disposição do art. 836, **caput**, e inciso I, do CPC, evidenciado que não se acha provado o interesse na conservação dos bens em decorrência de direito já constituído. A sentença houve por bem homologar a partilha dos bens deixados por Jair Bernardino de Souza, uma vez transitada livremente em julgado. Quanto mérito, entendeu a Magistrada que a prova documental é destituída de validade jurídica, e que, ao exame da prova testemunhal, a mesma não conseguiu positivar a coincidência entre a concepção da autora e as relações sexuais havidas entre sua mãe e o suposto pai. Assim, que a prova robusta produzida nos autos favorece aos requeridos, e dá conta que a vasectomia feita no suposto pai afastaria a possibilidade da paternidade em debate, tudo como testifica o atestado médico acostado aos autos, além da prova testemunhal reportada pelo **decisum**. De outro lado, entendeu, ainda, a Julgadora que o espermograma que “deve ter sido realizado” e que não redundou “na recanalização dos canais deferentes”, em consequência da cirurgia, que “antes é um acidente que ocorre ocasionalmente”, na proporção de 0,6% (zero vírgula seis por cento) como aludido no manual Merck de Medicina, trazido aos autos pelos requeridos (fl. 198, do vol. I).

Enfim, a dra. Juíza **a quo**, em virtude de não ter sido efetivado o exame de DNA, julgou improcedente a ação, indeferindo, à ausência de suporte legal, os pedidos de alimentos provisionais, provisórios, de provisão **ad litem**, arrolamento de bens e de nulidade da partilha. Julgou, a final, não provada a paternidade, à ausência de elementos probatórios cabais e convincentes, e no mais, indeferiu a petição de herança, condenando a autora aos ônus da sucumbência.

Irresignada, a autora interpôs recurso de apelação, suscitando, preliminarmente, que a distribuição desta ação, por estar preventa a jurisdição, deveria ter sido feita à Segunda Câmara Cível Isolada, nos termos dos arts. 106 e 253 do CPC; atendendo que aquele Colegiado apreciou e julgou agravo de instrumento interposto pela autora nestes autos, através do Acórdão n. 30.409 no DJ de 10.01.1997, do qual foi Relator o eminente Des. Wilson de Jesus Marques da Silva. Ratificou, ainda, os termos do agravo retido, por conter matéria a ser decidida, preliminarmente, antes da apreciação do mérito recursal (fls. 58/63 e 200, do volume I). Meritoriamente, sustentou a tese da confissão ficta, evidenciada através da recusa reiterada oposta pelos requeridos, em se submeterem à colheita de sangue para o exame de DNA (fls. 593/594), elencando dois argumentos: que o direito da apelante ser reconhecida como filha de Jair

Bernardino de Souza, se sobrepõe ao dos requeridos em não se submeter ao aludido exame, e, ainda, que tal recusa importa em confissão presumida. Arremata que a Magistrada equivocou-se, quando adotou a tese da inexistência de provas, em virtude da não-efetivação do exame de DNA, de molde a aceitar a insubordinação dos requeridos, em não cooperar com a Justiça, posicionamento que viola o art. 339 do CPC. Aludiu, também, que o **decisum**, ao considerar que a vasectomia a que foi submetido o investigado se constituía em prova robusta de sua infertilidade, contrariou a doutrina e a jurisprudência, desprezando, inclusive, acatada literatura médica existente a respeito. E sem ter certeza, embasando-se apenas nas afirmativas do patrono dos apelados, quanto à realização do exame, chegou a afirmar 'é óbvio que este deve ter sido realizado', fazendo **tabula rasa** da disposição contida no art. 333, II, do CPC. Aduziu que a dra. Juíza **a quo** dificultou-lhe a produção de provas, indeferindo providências que se faziam necessárias ao esclarecimento do feito, a apelante pediu, a final, o provimento do apelo.

O recurso foi recebido em seus efeitos legais, e anotado o respectivo preparo, os apelados contra-arrazoaram (fls. 2.683/2.712, do volume X), defendendo a manutenção da r. decisão recorrida. Nesta egrégia Corte, os autos foram distribuídos, sucessivamente, aos Desembargadores Albanira Lobato Bemerguy, Izabel Leão, Calistrato Alves de Matos, Osmarina Sampaio Nery, Wilson Marques da Silva e Pedro Paulo Martins, que manifestaram seus impedimentos para funcionar como Relator deste feito, vindo-me, então, conclusos para o seu julgamento.

À fl. 2.723, do volume X, despachei, determinando a oitiva da douta Procuradoria Geral de Justiça, tendo esta, através do erudito parecer da lavra da culta Procuradora dra. Wanda Luczynski, de fls., recomendado, preliminarmente, a rejeição da preliminar arguida pela apelante, de prevenção da Segunda Câmara Cível Isolada para conhecer e julgar este recurso; pelo improvimento do agravo retido, nos termos da fundamentação invocada; e acolhimento da arguição de cerceamento da defesa dos direitos da apelante, e, em consequência, a declaração de nulidade do processo, a partir do término da instrução, a fim de que fossem realizadas as diligências ali especificadas, a saber : 1) exumação dos restos mortais de Jair Bernardino de Souza, para pesquisa da paternidade; 2) requisição dos laudos de espermograma que devem ter sido feitos no **de cujus**; e 3) requisição ao Hospital das Clínicas Centro Goiano, do prontuário do mesmo, após a vasectomia a que se submeteu. E no mérito, se vencida a preliminar, pronunciou-se S. Ex<sup>ª</sup>. pelo conhecimento e provimento da apelação à reforma da r. sentença de fls., ao fim de ser decla-

rada a procedência da ação ajuizada por Bianca Namias Alves, reconhecida esta como filha de Jair Bernardino de Souza com todos os efeitos decorrentes do reconhecimento.”

O Tribunal de Justiça do Estado do Pará deu provimento à apelação da autora, para julgar procedente a ação, em acórdão assim ementado (fl. 2.786):

“Investigação de paternidade **post mortem**. As preliminares suscitadas foram rejeitadas. Acolhimento da tese da confissão ficta, ante a infundada recusa, reiteradamente oposta pelos requeridos, em se submeterem ao exame de DNA, indício veemente contra a veracidade de suas alegações. Relacionamento amoroso entre o **de cujus** e a mãe da menor autora, na época da concepção. Irrelevância de seu relacionamento com outros homens em outras épocas e falta de provas da vasectomia que tornou infértil o **de cujus**. Paternidade imputada ao investigado falecido que merece ser acreditada. Procedência dos alimentos, que deverão ser fixados por ocasião da liquidação da sentença, com incidência a partir da data desta decisão, ainda que sujeita à recurso. Apelo provido.”

Opostos embargos declaratórios às fls. 2.797/2.809 (da autora) e 2.843/2.850 (dos réus), foram ambos respectivamente rejeitados por decisões sintetizadas nos seguintes enunciados (fls. 2.861 e 2.867):

“Embargos de declaração. Em se tratando de ação, na qual foram cumulados pedidos de reconhecimento de paternidade e de alimentos, sem prova pré-constituída da relação de parentesco, as verbas alimentícias são devidas a partir da decisão embargada e não da citação inicial, como bem decidiu o v. acórdão recorrido, inclusive em relação aos alimentos provisionais ou a fixação dos alimentos provisórios ou **ad litem**. Inexistência de omissão e obscuridades no julgado, por não se aplicar à espécie a Lei n. 478/1968. Inteligência da questão sufragada, recentemente, pelo colendo STJ (REsp n. 152.895/PR, DJ de 08.09.1998), e pela doutrina, impossibilidade de dar cunho infringente aos declaratórios, como pretendido pela embargante. Embargos rejeitados.”

(...)

“Embargos de declaração. Os pontos que ensejaram os esclarecimentos requeridos, e cuja declaração é pretendida, foram resumidos nos quesitos formulados pelos embargantes, sem elidirem a tese fundamental esposada pelo v. acórdão recorrido, que repousa na confissão ficta, ante reiterada e infundada recusa oposta pelos embargantes em se submeterem ao exame de DNA. Ademais, pela simples leitura da ementa do aresto embargado, constata-se que não houve demonstração, por parte dos embargantes, sobre os vícios alega-

dos, do que resulta que o que objetivam é conseguir a revisão do que foi decidido anteriormente, de modo unânime, importando isso em novo julgamento, o que é inadmissível nesta sede recursal. De outro lado, estes embargos de declaração, com o extenso questionário apresentado pelos recorrentes, não servem como instrumento de consulta. Embargos de declaração rejeitados, admitidas ao efeito do prequestionamento, as matérias trazidas a balha pelos embargantes.”

Inconformada, a autora, Bianca Namias Alves interpõe, pelas letras **a** e **c** do art. 105, III, da Constituição Federal, recurso especial alegando, em síntese, violação aos arts. 13, parágrafo 2º, da Lei n. 5.478/1968, 4º e 5º da Lei n. 883/1949, 4º, 5º, 22 e 26 da Lei n. 8.069/1990 (ECA), bem assim divergência com a jurisprudência.

Aduz que o reconhecimento da paternidade atrai a procedência dos pedidos cumulativos de petição de herança e decretação da nulidade da partilha procedida sem a presença do herdeiro, porque a última acontece de pleno direito, sem necessidade de ação própria.

Salienta, quanto aos alimentos, que deveriam ter sido fixados no curso da lide, como provisionais, ou definitivos após o acórdão que reconheceu a paternidade, e que, consoante o entendimento do STJ, devem retroagir à data da citação inicial.

Também irresignados, os réus Jales Bernardino de Souza e sua mulher Leolinda Baia Borges e Souza, aviam recurso especial, com base nas letras **a** e **c** do autorizador constitucional.

Destacam, em primeiro, que não são os investigados, mas sim seu falecido filho, Jair Bernardino da Silva, morto em 06.08.1989.

Afirmam que a ação foi julgada improcedente em 1º grau e reformada na instância revisora, porém sem o exame das provas e das circunstâncias da causa, notadamente em relação ao atestado de vasectomia realizada em 22.09.1987, à prova de concubinato entre a mãe da autora, Maria Nelma, e José Marcolino da Costa, vulgo “Zélio”, e, principalmente, porque, como avós, a sua recusa ao exame de DNA não pode servir de prova positiva ao pedido de reconhecimento, o que somente acontece em relação ao próprio investigado, o pai.

Ressaltam a coabitação de Maria Nelma com o companheiro José Marcolino, com o qual residia à Rua dos Munducus n. 1.907, apto. 601, até a morte do mesmo em 15.08.1988, portanto ainda dentro do período de presunção legal de paternidade de 300 dias previsto no art. 338, II, do Código Civil, a demonstrar que a autora, Bianca, era filha dele e não de Jair Bernardino da Silva.

Dizem, ainda, que não havia concubinato entre a mãe da autora e Jair Bernardino, e não existem provas conclusivas de que eram mantidas entre os mesmos relações sexuais.

Ante essas evidências, e a vasectomia de Jair, no mínimo a genitora estaria a manter relações com mais de dois homens, o que, à falta de outros elementos, teria forçosamente de levar à improcedência da ação.

Tais questões foram apontadas como omissões e contradições em embargos declaratórios opostos ao acórdão estadual, porém rejeitados sem o exame pertinente, pelo que, sustentam os recorrentes, deu-se ofensa aos arts. 131 e 535 do CPC.

Apontam violação, por igual, ao art. 338, II, em face da presunção legal de paternidade, que se aplica ao companheiro (José Marcolino), pela prova do concubinato da genitora com o mesmo em parte dos trezentos dias anteriores ao nascimento da autora, e, bem assim ao art. 334, eis que havendo presunção legal, independe de prova do fato, cuja presunção milita a favor dos réus.

Invocam dissídio jurisprudencial.

Contra-razões pela autora às fls. 3.042/3.053, afirmando que a conclusão do acórdão se baseou na confissão ficta dos avós pela recusa em prestar o exame de DNA, e que há outras provas em que se alicerçou o acórdão estadual, como na data provável da concepção, em 10.09.1998 (**sic**). Impugna o dissídio, por não atender às exigências legais e regimentais. No mérito, assere que José Marcolino da Costa padecia de câncer, de modo que em estágio final não lhe poderia ser atribuída a paternidade, e que a relação da mãe da autora com o mesmo se deu em época em que suas relações com Jair Bernardino, o investigado, estavam mal, daí aproximando-se de José Marcolino, que já padecia da doença, “apiedando-se da sua situação, oferecendo-lhe conforto moral e solidariedade humana, dispondo-se a acompanhá-lo a São Paulo em sua viagem derradeira...” (fls. 3.045/3.046, **sic**). Diz que depositou honorários e custas da perícia de DNA, frustrada pelos réus, e que a possibilidade de ser efetuada a pesquisa nos restos mortais de Jair Bernardino de Souza foi evitada pela juíza processante, “...que ao invés de usar de seu poder para determiná-la preferiu ouvir as partes, deixando-se conduzir pelas alegações de intempestividade, falta de base de convicção e impossibilidade” (fl. 3.049). Destaca que o atestado de vasectomia é suspeito, porque firmado por um médico irmão de Jair, Dr. Mário Bernardino de Souza, e que deixou de ser considerado como prova porque não fora comprovada a realização do indispensável espermograma, como exige a literatura médica.

Sem contra-razões dos réus.

A douta Subprocuradoria Geral da República se manifesta às fls. 3.067/3.072, pelo Dr. Miguel Guskow, no sentido do não-conhecimento do recurso especial dos réus e no conhecimento e provimento do recurso da autora.

É o relatório.

### VOTO

O Sr. Ministro Aldir Passarinho Junior (Relator): Bianca Namias Alves move ação de investigação de paternidade, cumulada com alimentos, petição de herança e nulidade de partilha, contra Jales Bernardino de Souza e sua mulher, objetivando o reconhecimento de que o filho dos réus, Jair Bernardino de Souza, falecido de acidente aéreo de jato particular em 06.08.1989, era seu pai.

A ação foi julgada improcedente em 1ª instância e procedente no Tribunal de Justiça do Estado do Pará, inconformando-se ambas as partes, que interpuseram recursos especiais pugnando a reforma total (os réus) e parcial (a autora), do acórdão.

Examino, primeiramente, o recurso dos réus, de fls. 2.973/2.997, que vem amparado em dissídio jurisprudencial e ofensa aos arts. 131, 535, 334 e 338. II, do CPC.

Dado provimento à apelação da autora, os réus opuseram embargos de declaração às fls. 2.844/2.860, alegando omissão do acórdão sobre as provas por eles produzidas, notadamente no concernente ao atestado de vasectomia do investigado e ao concubinato de Nelma, mãe da autora, e José Marcolino (de apelido “Zélio”), à presunção legal da paternidade do art. 338, II, do CPC, e sobre a ausência de obrigatoriedade de os pais do **de cujus** se submeterem a exame de DNA. Apontaram, ainda, omissão quanto à fundamentação para a assertiva sobre as demais provas dos autos, que não restaram especificadas.

A tal questionamento respondeu o acórdão que decidiu os aclaratórios, de fls. 2.871/2.872, que a tese fundamental do Tribunal se baseou na confissão ficta, pela recusa dos avós de se submeterem ao exame do DNA, o que teria apoio no art. 27 do ECA, que prevê que o reconhecimento do estado de filiação pode ser intentado contra os pais ou seus herdeiros, sem restrições. No mais, entendeu a Corte que a pretensão era meramente infringente.

Já o acórdão da apelação, portanto anterior a este, dissera, em essência, que (fl. 2.789):

“Torna-se, pois, irrecusável a imprescindibilidade de sua realização em casos que tais, em que está em jogo interesse fundamental de menor, que sob

o pálio da tutela judicial busca saber a sua própria e real identidade genética, ao amparo do art. 227, § 6º, da Carta Magna e do Estatuto da Criança e do Adolescente, que no seu art. 27 dispõe que o direito de reconhecimento do estado de filiação pode ser exercitado contra os pais ou seus herdeiros, sem quaisquer restrição, observado o segredo de Justiça.

Se assim o é, ainda que a tese sustentada pelos apelados da **exceptio plurium concubentium**, atribuindo à mãe da autora a condição de garota de programa e freqüentadora assídua do leito de outros homens; e mais que o **de cujus** teria se submetido, em vida, a uma vasectomia que o tornou infértil, não é de molde a afastar a necessidade do exame de DNA.”

(...)

“Logo, se os demandados, demonstrando insegurança ou mesmo receio em verem desmistificadas as suas alegativas, se furtaram à coleta de sangue à realização do DNA, recusando-se em se submeter ao exame hematológico, sem motivos ponderáveis que justificassem a obstinada recusa, deixaram evidenciado que não poderiam sustentar, como o fizeram, a negativa da paternidade da autora, até porque do conjunto probatório existente nos autos, emerge, inquestionavelmente, ter havido relacionamento amoroso entre o **de cujus** e a mãe da menor autora, contemporâneo à concepção.”

(...)

“Deste modo, irretorquivelmente, tem toda procedência a questão civil posta, acrescentando-se em reforço ao juízo de procedência desta ação, as judiciosas considerações expendidas pela culta Procuradora de Justiça, que oficiou nestes autos, que as incorporo a esta declaração de voto, por sua pertinência e acuidade jurídica, **verbis**:

(...)

6º) Ante a afirmação, pelos requeridos, de que Jair Bernardino de Souza era vasectomizado e, portanto, infértil, a reiterada negativa daqueles em doar sangue para a realização do exame de DNA soa muito estranha e estabelece a certeza de que eles temiam o resultado.

Tal fato mais favorece a autora/apelante porque, constatada a injustiça da recusa (ver depoimento dos requeridos), presume-se a paternidade.”

Na ementa do aresto, foi destacado que a recusa importava na confissão ficta e “Irrelevância de seu relacionamento com outros homens em outras épocas e falta de provas da vasectomia que tornou infértil o **de cujus**.”

Ora, a toda evidência, a ementa não guarda consonância, por inteiro, com o voto condutor do acórdão, eis que em momento algum a vasectomia é tratada, senão como fator irrelevante em face da confissão ficta pela recusa dos avós ao teste de DNA.

Poderia até se considerar que não houve prova da vasectomia. Mas a realidade é que a sentença de 1º grau aponta a existência de documento a respeito, à fl. 196, subscrita pelo Dr. Benedito César Caldas, com firma reconhecida, afirmando a realização de cirurgia no dia 22.09.1987.

Assim, se há documento relativo à vasectomia e o voto condutor dele não cuidou e nem fala sobre infertilidade, a ementa do acórdão que diz da inexistência da prova da infertilidade se acha em descompasso com a fundamentação do aresto.

Cabia, pois, ao Tribunal, ao julgar os aclaratórios, manifestar-se detidamente a respeito, o que não fez, havendo omissão e, é claro, contradição, entre a ementa e o voto, silente a respeito.

Também foi omissa a relação ao pedido de explicitação das provas em que se baseou. De efeito, ao calcar-se na confissão ficta, limitou-se o acórdão da apelação, à fl. 2.789, a dizer que "...do conjunto probatório existente nos autos, emerge, inquestionavelmente, ter havido relacionamento amoroso entre o **de cujus** e a mãe da menor autora, contemporâneo à concepção" (**sic**).

Acontece que, como já observado, a sentença monocrática, aliás bastante minuciosa, apreciou as provas materiais e testemunhais, destacando depoimentos, inclusive ratificadores da vasectomia (fl. 2.634), apresentando argumentos refutando a desvalia do resultado da cirurgia e apontando incoincidência em assinatura de uma das testemunhas da autora, Alzino de Souza Coimbra (fls. 2.626/2.627 e 2.629). Também foi dito na sentença que o atestado da vasectomia não está assinado pelo irmão do **de cujus**, mas por médico diverso, sendo que aquele participou do ato cirúrgico como assistente (fl. 2.634).

Não se está, aqui, reexaminando prova, porém constatando que a sentença singular nela penetrou profunda e trabalhosamente, para entender pela improcedência da ação, enquanto o Tribunal Estadual, **data venia** perfunctoriamente, sem revelar quais os elementos contrários tirados do quadro fático, chegou a posição inversa, como dito, apenas dizendo que daí emergia prova do relacionamento amoroso entre a genitora e Jair Bernardino de Souza, contemporâneo à concepção.

Há, nessas circunstâncias, omissão e contradição no acórdão, que devem ser expungidas, sob pena de cerceamento da defesa dos réus.

A propósito da recusa em oferecer material para teste de DNA, a jurisprudência do STJ é no sentido de que a negativa do pai constitui elemento de prova. Mas não é, por si só, suficiente, em absoluto.

No julgamento do REsp n. 434.825/PR, o eminente Ministro Ruy Rosado de Aguiar, destacou que:

“Quando se trata de ação de Estado, como a investigatória de paternidade, promovida por pessoa pobre, tem sido admitido que o juiz, de ofício, ordene a realização do exame de DNA, para melhor esclarecimento dos fatos. Para isso, porém, alguns elementos devem estar presentes a fim de que o órgão julgador possa avaliar a existência de um mínimo de indícios que amparem a pretensão do autor”.

Destarte, consoante o julgado acima retratado, que traduz a orientação da Turma, não basta, por si só, o exame de DNA, de sorte que sem outros elementos, inviável até o prosseguimento da ação investigatória apenas lastreada em tal teste.

Ainda pertinente trazer à colação outro julgado desta Turma, desta feita de minha relatoria, quando fiz reparo à presunção da sentença sobre a confissão ficta, a saber:

“É que há uma diferença considerável entre presumir-se a recusa como prova a favor do investigante, contra a defesa do investigado, e a automática presunção de que os fatos articulados na inicial são verdadeiros, tal como decretado pelo juízo singular.

A mera recusa à submissão ao exame não leva diretamente à conclusão de que o investigado é o pai, absolutamente. Serve como mais um elemento para tanto, porém não é definitivo. Faz-se necessário cotejá-lo com os demais dados coligidos nos autos, sob pena de vincular-se o Judiciário, cegamente, tanto ao resultado do teste de DNA, como à recusa do réu em fazê-lo.

Portanto, está errado o despacho de fl. 9 (fl. 54 dos autos principais), em advertir o réu no sentido de que “este juízo presumirá verdadeiros os fatos articulados na vestibular” (**sic**).

O correto, como se viu, é apenas presumir a recusa como elemento probatório a favor do investigante e contra o investigado, mas sem o caráter preempatório emprestado no aludido despacho”.

O aresto ficou sintetizado dessa forma:

“Civil e Processual. Ação de Investigação de Paternidade. Pedido de adiamento para realização de sustentação oral. CPC, art. 565. Julgamento na data

prevista na pauta. Prequestionamento. Ausência. Súmula n. 211-STJ. Exame de DNA. Recusa pelo réu. Presunção como prova. Limites.

I - “Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo tribunal **a quo**” — Súmula n. 211/STJ.

II - Segundo a jurisprudência do STJ, a recusa do investigado em submeter-se ao exame de DNA constitui prova desfavorável ao réu, pela presunção que induz de que o resultado, se realizado fosse o teste, seria positivo em relação aos fatos narrados na inicial, já que temido pelo alegado pai.

III - Todavia, tal presunção não é absoluta, de modo que incorreto o despacho monocrático ao exceder seu alcance, afirmando, que a negativa levaria o juízo a de logo presumir como verdadeiros os fatos, já que não há cega vinculação ao resultado do exame de DNA ou à sua recusa, que deve ser apreciado em conjunto com o contexto probatório global dos autos.

IV - Recurso especial conhecido em parte e parcialmente provido, para limitar a extensão dos efeitos da aludida recusa do investigado”.

(REsp n. 409.285/PR, Quarta Turma, unânime, DJ de 26.08.2002).

Tais razões, por si só, já seriam suficientes para desfazer a decisão do Tribunal **a quo**. Primeiro, porque não há confissão ficta automaticamente, porém, apenas, elemento de prova na recusa do investigado em realizar o teste de DNA, que deve vir corroborada por outras mais. E, em segundo, porquanto, em relação às demais provas, não foram elas elencadas pela Corte, mas, sim, e *em contrário*, pelo juízo monocrático.

Não fora isso, há outro aspecto relevante, que difere a espécie em comento dos demais precedentes desta Corte a respeito dos efeitos da recusa na submissão ao teste de DNA.

É que não se trata de recusa do pai investigado, mas dos avós.

Esgrimiu o acórdão estadual com o art. 27 do ECA, que reza:

“Art. 27. O reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercitado contra os pais ou seus herdeiros, sem qualquer distinção, observado o segredo de justiça”.

Sem dúvida que tal postulação, nos termos expressos da lei, é viável e legítima contra os avós, herdeiros do investigado.

Mas à recusa, **concessa venia**, não poderia, de logo, e sem o exame dos demais elementos fáticos, ser dada a mesma relevância que se atribui quando aquela parte do próprio investigado.

Os pais do pai investigado não têm, a toda evidência, conhecimento, ou plena ciência, da vida amorosa e sexual de seu filho, que a ele diz respeito exclusivamente, quando maior de idade, de sorte que a suposição de que se negam ao teste de DNA por saberem que revelaria uma verdade que, pessoalmente, já o conheceriam, perde razoável força, pelo enfraquecimento da chamada “certeza moral”.

Ademais, não têm envolvimento direto com os atos, de modo que, em face disso, o constrangimento do exame físico investigatório guarda expressão que não pode ser desconsiderada.

Diante de todas essas circunstâncias, estou em que houve ofensa aos arts. 131 e 535, I e II, do CPC, e de tal ordem, que chegam a alcançar tanto o acórdão prolatado na apelação como o dos embargos declaratórios dos réus e, por consequência, da autora, porque a desfundamentação, omissão e contradição, **concessa maxima venia**, na apreciação do quadro probatório, prejudicado pela admissão de uma confissão ficta inexistente, tornam nulas as decisões.

Ante o exposto, conheço em parte do recurso especial e dou-lhe parcial provimento, para, decretada a nulidade dos acórdãos prolatados pelo egrégio Tribunal Estadual, o retorno dos autos para novo julgamento das apelações, prejudicado o recurso especial da autora.

E, evidentemente, em retornando os autos para nova decisão, seria inclusive absolutamente recomendável que se ainda oportunizasse, uma última vez, a prova de DNA aos avós, a fim de que, cientes da importância do exame e dos efeitos que possam eventualmente ser extraídos de uma nova recusa, venham a colaborar, como parte, na busca da verdade real.

É como voto.

### VOTO

O Sr. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira: Acompanhei com o maior interesse a exposição dos fatos e a argumentação desenvolvida no minucioso e ricamente fundamentado voto do Ministro-Relator, como também as sustentações arduamente feitas pelos ilustres advogados.

Acompanhei, também, com muito interesse, sob o prisma jurídico, o tema ora desenvolvido, mesmo porque essa matéria está muito presente nos debates relacionados ao Direito de Família e muito presente na realidade brasileira. Quem acompanhou e tem acompanhado a história judiciária deste País sabe muito bem o quanto era tormentoso o julgamento de uma causa relativa à investigação de paternidade, nos tempos anteriores ao exame de DNA.

Em segundo lugar, há norma no Código de Processo Civil, sobretudo nas disposições gerais e iniciais do capítulo das provas, que determina que as partes, e também os terceiros, têm a obrigação de contribuir para a busca da verdade real. Isso está nos arts. 339, 340 e 441, CPC, salvo equívoco. Nesses dispositivos, o Código é enfático e chega ao ponto de exacerbar a sua preocupação, porque o Código é calcado no princípio da lealdade.

Dentro desses aspectos, se há um valor probante, se há uma determinação legal em que se contribua para a busca dessa verdade, não vejo como negar-se em submeter-se ao exame, quando nem se cogita de óbice religioso.

De outro lado, se não houver elementos fortes, convincentes, em sentido contrário, não é lícito, a meu juízo, afastar-se a presunção que decorre de uma certeza científica, no estágio científico que está vivendo a humanidade nos dias atuais.

Por isso, com respeitosa vênia, ousou divergir do Ministro-Relator, para reconhecer, no caso, a presunção que decorre desse exame.

Quero anotar, ainda, que não fecho as portas ao entendimento, se a tanto chegarem as partes, o que é perfeitamente possível, que se realize nas instâncias ordinárias, mesmo no 2º grau, o exame DNA, desde que todos acordem.

Finalmente, dentro do requerido no recurso da autora, dou parcial provimento ao recurso para deferir a incidência da verba alimentícia a partir da citação, na esteira dos precedentes desta Turma.

### VOTO

O Sr. Ministro Barros Monteiro: Sr. Presidente, o ideal seria que se fizesse o exame de DNA na pessoa dos réus, na pessoa dita pai da autora, o investigado. Todavia, ficou bem claro que há recusa por parte dos demandados em realizar esse exame. Dessa recusa foi extraída pelo Acórdão recorrido uma presunção, ou seja, uma confissão ficta que realmente esta Turma não tem admitido. A recusa do exame do DNA, conforme vários precedentes desta Turma e deste Tribunal, não importa confissão ficta; é mais um elemento indiciário a ser aferido no conjunto das provas. Diante disso, penso que o eminente Ministro-Relator encontrou a solução adequada para o caso, que se amolda exatamente à situação peculiar da espécie, ou seja, o Acórdão examinou apenas um aspecto do litígio, firmou-se nele e decidiu a causa sem examinar os outros ângulos da controvérsia; nesse ponto, portanto, houve realmente ofensa ao art. 131 do CPC.

Daí por que estou de pleno acordo com S. Ex<sup>a</sup>. em anular o acórdão da apelação. Tudo sem prejuízo de, se for o caso, realizar-se o exame do DNA em 1º grau ou por determinação da própria Câmara, desde que haja o assentimento, porque não se pode obrigar o réu à realização desse exame.

Acompanho o voto do Sr. Ministro-Relator, conhecendo parcialmente do recurso e, nessa parte, dando-lhe parcial provimento.

---

**RECURSO ESPECIAL N. 296.075 — RS (2000/0140914-0)**

Relator: Ministro Aldir Passarinho Junior

Recorrente: Darci Beck Barbosa

Advogados: Alexandre Moraes da Silva e outro

Recorrido: Fernando Menchik

Advogados: Gidione Bombassaro e outro

**EMENTA**

Processual Civil. Agravo retido. Ausência de abertura de vista para impugnação. CPC, art. 523, § 2º. Nulidade.

I - Constitui cerceamento do direito de defesa a não-abertura de vista ao agravado para impugnação do agravo retido, mormente quando resta patenteado o prejuízo sofrido em face do acolhimento daquele recurso pelo Tribunal estadual **ad quem**.

II - Recurso especial conhecido e provido, para anular o processo com vistas à observância da norma legal, a partir do ato viciado.

**ACÓRDÃO**

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas, decide a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, à unanimidade, conhecer do recurso e dar-lhe provimento, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Participaram do julgamento os Srs. Ministros Barros Monteiro, Cesar Asfor Rocha e Ruy Rosado de Aguiar. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira. Custas, como de lei.

Brasília (DF), 15 de agosto de 2002 (data do julgamento).

Ministro Cesar Asfor Rocha, Presidente

Ministro Aldir Passarinho Junior, Relator

**RELATÓRIO**

O Sr. Ministro Aldir Passarinho Junior: Darci Beck Barbosa interpõe, pelas letras **a** e **c** do art. 105, III, da Constituição Federal, recurso especial contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, assim ementado (fl. 139):

“Execução. Citação editalícia. Comparecimento do réu ao processo suprimindo eventual ausência — Art. 214, § 1º, do CPC.

Agravo retido provido. Apelação não conhecida.”

Alega o recorrente que a decisão é nula, por não enfrentadas as questões suscitadas nos aclaratórios.

Aduz que também restou violado o art. 523, parágrafo 2º, do CPC, porquanto após a interposição do agravo retido, o juiz somente pode reformar a sua decisão ouvida a parte contrária em cinco dias, o que na espécie não aconteceu, reconsiderada a decisão sem se oportunizar a manifestação do lado adverso.

Salienta, mais, que a citação feita por edital foi nula, pois não foram esgotados os meios para a localização do ora recorrente, com notificação às empresas concessionárias de serviços públicos ou ao Tribunal Regional Eleitoral.

Ainda alude a erro de grafia no edital, onde constou o sobrenome “Becker” e não “Beck”, que é o correto.

Reclama, por último, da ausência de nomeação de curador, com ofensa ao art. 9º do CPC.

Invoca jurisprudência paradigmática.

Contra-razões às fls. 215/216, afirmando, em primeiro, que o sobrenome “Becker” é o que constava do documento alusivo à venda de 13 cabeças de gado. Diz que distribuída a Carta precatória para citação na execução, o Oficial de Justiça informou que o executado não foi encontrado e que, segundo dados colhidos, mudara-se há três anos, daí o pedido de citação por edital, deferida nos termos do art. 231, II, do CPC, e efetuada mediante publicação em jornal local e também em outro de âmbito estadual (Jornal Zero Hora). Tentou-se, após, a penhora de valores depositados em conta corrente bancária no Município de Canos, diligência inexitosa em face do encerramento da mesma, e, posteriormente, logrou-se o arresto de gado bovino, mediante Carta precatória cumprida na Comarca de Itaquí, RS. Relata procedimentos procrastinatórios e sustenta a litigância de má-fé. Assere que não houve omissão, nem nulidade. Sobre a não-intimação para as razões do agravo retido, observa que os advogados do recorrente interpuseram apelação, pelo que tiveram conhecimento do teor do agravo retido e poderiam sobre ele se manifestar.

Com relação ao curador especial, registra que não tendo havido a penhora, não ocorreu prejuízo à defesa, pois a oposição somente tem lugar após à mesma, acentuando que a impugnação anterior ao arresto foi admitida como exceção de pré-executividade.

O recurso especial foi admitido na instância de origem por força do despacho presidencial de fls. 224/229.

É o relatório.

### VOTO

O Sr. Ministro Aldir Passarinho Junior (Relator): Trata o recurso especial de múltiplos temas. Examino, em primeiro, por prejudicial, a questão alusiva à nulidade do acórdão, por falta de abertura de vista ao agravado sobre o agravo retido.

Sustenta o recorrente que interposto o adesivo, cabia ser-lhe aberto prazo para a respectiva impugnação, ao teor do art. 523, parágrafo 2º, do CPC.

O agravo retido (fls. 44/45 dos embargos, em apenso), do exequente-recorrido, objetivava reformar a decisão que declarara a nulidade da citação por vício procedimental (fls. 40/41 do mesmo apenso e fls. 88/89 destes autos).

O acórdão de fl. 141 deu-lhe provimento, dando por válida a citação por edital.

Opostos embargos declaratórios, a Corte **a quo** assim respondeu (fl. 175):

“Ademais que, na forma procedimental do agravo retido, não há previsão de ser possibilitado ao agravado contra-arrazoar.

Ainda, tendo o embargante, inclusive, apelado da sentença, faz-se notório seu conhecimento de toda matéria versada nos autos até a sentença, restando suprida a falta de conhecimento alegada.

Destarte, rejeito os presentes embargos.”

Com a máxima vênia, estou em que houve o descumprimento do devido processo legal.

De efeito, dispõe o aludido parágrafo 2º, que:

“§ 2º. Interposto o agravo, o juiz poderá reformar sua decisão, após ouvida a parte contrária, em cinco (5) dias”.

Não se pode depreender, como o fez o aresto estadual, que tal regra seja circunscrita ao agravo de instrumento, não se estendendo ao retido, porquanto incluída justamente no bojo do art. 523, **caput**, que versa sobre essa espécie recursal.

Também não vejo porque supor-se que a falta de intimação ficaria suprida quando da apelação, consoante sustentado pelo recorrido, eis que o momento para a impugnação é aquele delineado pela lei processual, ou seja, após a interposição do agravo. A oitiva do lado adverso, tenho eu, não é condição apenas para o caso de pretender o juiz reformar sua decisão. Ela é etapa obrigatória, em observância ao princípio da isonomia, em qualquer caso. Na verdade, tal interpretação seria absolutamente literal e, portanto, de ser afastada pela ilogicidade que encerra.

Observe-se, mais, que o pedido de julgamento do agravo retido foi feito nas contra-razões de apelação, de sorte que, portanto, em fase posterior à interposição do recurso apelatório pela parte contrária. Daí, não há sentido no argumento do exequente, de que o executado, ao apelar, tivera conhecimento do agravo retido e poderia tê-lo impugnado. É certo que dele teve conhecimento quando apelou, mas não precisava impugná-lo então, já que a apreciação do mesmo somente aconteceria se o outro lado o requeresse, nas contra-razões, que são apresentadas posteriormente.

Mais claramente, o que sustenta o recorrido, e permito-me divergir, é que além de não ter sido intimado para impugnar o agravo retido, o recorrente-agravado ainda teria a obrigação de, em outra etapa, suprir o defeito que não foi seu, para, por antecipação, sem saber se o lado adverso iria ou não pedir a apreciação do retido em contra-razões de apelação, oferecer tal defesa contra o referido agravo.

Destarte, tenho como configurada a violação ao art. 523, parágrafo 2º, do CPC.

Ante o exposto, conheço do recurso especial e dou-lhe provimento, para anular o processo a partir da interposição do agravo retido, determinando a específica intimação do agravado para o oferecimento da sua impugnação, na forma da lei, prejudicadas as demais questões debatidas.

É como voto.

---

### **RECURSO ESPECIAL N. 342.287 — CE (2001/0107905-5)**

Relator: Ministro Ruy Rosado de Aguiar

Recorrente: Caixa Econômica Federal — CEF

Advogados: Flavio Queiroz Rodrigues e outros

Recorrido: Risaldo da Silva Raposo

Advogados: Carlos Antônio Chagas e outros

### EMENTA

Execução. Penhora em dinheiro. Banco.

É possível a penhora em dinheiro de recursos do banco devedor, desde que não recaia em reservas bancárias que a lei considera impenhoráveis. Precedentes. Recurso não conhecido.

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Fernando Gonçalves, Aldir Passarinho Junior e Barros Monteiro votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira.

Brasília (DF), 18 de março de 2003 (data do julgamento).

Ministro Ruy Rosado de Aguiar, Relator

---

DJ de 14.04.2003

### RELATÓRIO

O Sr. Ministro Ruy Rosado de Aguiar: A Caixa Econômica Federal interpôs agravo de instrumento contra decisão que, nos autos da execução que lhe move Risaldo da Silva Raposo, não aceitou a penhora de bem imóvel ofertado pela recorrente e determinou depósito em dinheiro para a garantia do juízo. A egrégia Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região negou provimento ao recurso, conforme a ementa a seguir:

“Agravo de instrumento. Depósitos em instituição financeira. Penhorabilidade. Lei n. 9.069/1995.

Caso em que recusada penhora de imóvel, por entender o Juiz penhoráveis os depósitos em instituição financeira, a despeito dos termos do art. 68 da Lei n. 9.069/1995.

Acerto do **decisum** monocrático: dispositivo expresso em proteger com a impenhorabilidade os ‘depósitos das instituições financeiras bancárias mantidos no Banco Central do Brasil e contabilizados como reservas bancárias’, daí efetivamente não aplicar-se à hipótese.

Preferência estabelecida no art. 655, I, do Código de Processo Civil para a penhora de dinheiro.

‘Em execução contra banco é possível a penhora de dinheiro que lá se encontra depositado (STJ — Terceira Turma, RMS n. 7.230/SP, Relator Ministro Eduardo Ribeiro, j. 24.03.1997, negaram provimento, **v.u.**, DJ de 28.04.1997, p. 15.859, Primeira colenda, em.)’

Agravo de Instrumento improvido” (fl. 67).

Inconformada, a Caixa interpôs recurso especial com base no art. 105, III, **a**, da CF. Alega ofensa ao art. 68 da Lei n. 9.069/1995, que prevê a impenhorabilidade dos depósitos das instituições financeiras bancárias, mantidos no Bacen.

Sem as contra-razões, o recurso foi admitido na origem. O Ministério Público Federal manifestou-se pelo não-provimento do recurso, sob o fundamento de que “nem todos os valores monetários mantidos nas instituições podem ser considerados impenhoráveis na forma do art. 68 da Lei n. 9.069/1995” (fl. 82).

Vieram-me os autos.

É o relatório.

### VOTO

O Sr. Ministro Ruy Rosado de Aguiar (Relator): 1. Não há ofensa ao dispositivo legal citado pela recorrente. O Tribunal de origem decidiu em harmonia com a jurisprudência pacífica neste STJ e não merece reforma:

“Execução. Penhora em dinheiro. Agravo de instrumento: autenticação de peças. Precedentes da Corte.

1. Está assentada a jurisprudência da Corte no sentido de que o artigo 525 do Código de Processo Civil não exige como requisito de admissibilidade do agravo de instrumento sejam as peças autenticadas.

2. É possível que a penhora recaia em dinheiro, tratando-se de instituições financeiras, desde que não alcance as denominadas reservas bancárias, no caso, afastada pelo acórdão recorrido, coberta a assertiva pela Súmula n. 07 da Corte.

3. Recurso especial não conhecido” (REsp n. 412.161/PA, Terceira Turma, Relator o eminente Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, DJ de 02.12.2002; REsp n. 270.189/SP, DJ de 20.08.2001; REsp n. 241.464/SP, Terceira Turma, Relator o eminente Ministro Waldemar Zveiter, DJ de 02.04.2001).

“Execução. Penhora de dinheiro disponível em caixa de instituição financeira. Possibilidade. Ressalva quanto às reservas técnicas mantidas junto ao ‘Banco Central do Brasil’.

— Segundo a jurisprudência traçada pelo STJ, é possível recaia a penhora sobre o numerário disponível no caixa da instituição financeira, excluídas apenas as reservas técnicas mantidas junto ao ‘Banco Central do Brasil’.

Recurso especial conhecido e provido parcialmente”, (REsp n. 234.239/SP, Quarta Turma, Relator o eminente Ministro Barros Monteiro, DJ 02.05.2000; REsp n. 208.114/SP, Quarta Turma, de minha relatoria, DJ 06.09.1999).

2. Posto isso, não conheço do recurso.

É o voto.

---

### **RECURSO ESPECIAL N. 471.865 — SP (2002/0128944-0)**

Relator: Ministro Ruy Rosado de Aguiar

Recorrente: Banco Volvo (Brasil) S/A

Advogado: Rubens Miele

Recorridos: Tolomeo Participações Ltda e outros

Advogados: Marcus Vinícius Perello e outros

### **EMENTA**

Embargos à arrematação. Apelação. Efeito devolutivo.

A apelação da sentença que julga os embargos à arrematação, em processo de execução de título extrajudicial, tem efeito apenas devolutivo. Precedentes.

Recurso conhecido e provido.

### **ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do recurso e dar-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Fernando Gonçalves, Aldir Passarinho Junior e Barros Monteiro votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira.

Brasília (DF), 18 de março de 2003 (data do julgamento).

Ministro Ruy Rosado de Aguiar, Relator

DJ de 14.04.2003

## RELATÓRIO

O Sr. Ministro Ruy Rosado de Aguiar: Banco Volvo (Brasil) S/A agravou da decisão do Dr. Juiz de Direito do Setor de Unificação de Cartas Precatórias Cíveis da Comarca de São Paulo, proferida nos autos de carta precatória, **decisum** que recebeu em ambos os efeitos a apelação interposta contra sentença que julgou os embargos à arrematação no processo de execução de título extrajudicial que o Banco Volvo move contra Tolomeo Participações S/A e outros, na Comarca de Curitiba.

A egrégia Câmara negou provimento ao agravo em acórdão assim ementado:

“Recurso. Efeitos. Apelação interposta contra sentença que julga embargos à arrematação. Hipótese não contemplada na letra do art. 520, V, CPC. Apelo que deve ser processado em ambos os efeitos. Recurso não provido” (fl. 369).

Irresignado, o agravante interpôs recurso especial, com fundamento no art. 105, III, **a** e **c**, da Constituição Federal. Alega violação aos arts. 520, V, e 587 do CPC e divergência jurisprudencial. Sustenta que a apelação estaria submetida tão-somente ao efeito devolutivo por tratar-se de execução de título extrajudicial cujos embargos à execução já foram definitivamente julgados.

Com as contra-razões, o recurso foi admitido na origem, vindo-me os autos.

É o relatório.

## VOTO

O Sr. Ministro Ruy Rosado de Aguiar (Relator): De acordo com os precedentes deste Tribunal, a apelação nos embargos à arrematação deve ser recebida apenas no efeito devolutivo, dada a definitividade da execução fundada em título extrajudicial:

“(…)

II - A apelação de decisão que julga improcedentes os embargos à arrematação goza, apenas, de efeito devolutivo” (AgRg no Ag n. 395.113/MS, Quarta Turma, Relator o eminente Ministro Aldir Passarinho Junior, DJ de 24.06.2002).

“Embargos à arrematação. Efeitos do recurso de apelação. Execução por título extrajudicial. Precedentes da Corte.

1. O recurso de apelação nos embargos à arrematação deve ser recebido, apenas, no efeito devolutivo, em respeito ao princípio da definitividade da execução por título extrajudicial.

2. Recurso especial conhecido e provido” (REsp n. 195.170/SP, Terceira Turma, Relator o eminente Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, DJ de 09.08.1999).

Isso posto, conheço do recurso e dou-lhe provimento, para que o apelo seja processado com efeito apenas devolutivo.

É o voto.

---

**RECURSO ESPECIAL N. 472.375 — RS (2002/0133408-3)**

Relator: Ministro Ruy Rosado de Aguiar

Recorrente: Imgart Grutzmann

Advogado: Stella Maris Falcão Marques Pereira

Recorrido: Banco do Brasil S/A

Advogados: Gilberto Eifler Moraes e outros

Interessados: Rudi Bonow e Companhia Ltda e outros

**EMENTA**

Embargos de terceiro. Honorários. Partilha não registrada.

Reconhecido que o imóvel tocou à mulher quando do divórcio, foi cancelada a penhora na execução promovida contra o ex-marido. Porém, o embargado não deve ser condenado a pagar honorários ao patrono da embargante, uma vez que a falta do registro da partilha — que se deve ao desinteresse da embargante — permitiu fosse efetivada a penhora. Princípio da causalidade. Precedentes.

Recurso não conhecido.

**ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas

taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Fernando Gonçalves, Aldir Passarinho Junior e Barros Monteiro votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira.

Brasília (DF), 18 de março de 2003 (data do julgamento).

Ministro Ruy Rosado de Aguiar, Relator

---

DJ de 22.04.2003

### RELATÓRIO

O Sr. Ministro Ruy Rosado de Aguiar: Imgart Grutzmann opôs embargos de terceiro à penhora efetivada na execução promovida pelo Banco do Brasil S/A contra Rudy Bonow e Companhia Ltda e outros, fundada em nota de crédito comercial. Sustenta que o apartamento penhorado é de sua propriedade, adquirido na constância de seu casamento com um dos co-executados, seu ex-marido, Paulo Roberto Bonow. Salienta que o mencionado título executivo foi expedido posteriormente ao ajuizamento de seu pedido de divórcio consensual.

Julgados procedentes os embargos, o Banco do Brasil apelou e a egrégia Décima Sétima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, por unanimidade, deu parcial provimento ao recurso, em acórdão assim ementado:

“Embargos de terceiro. Partilha de imóvel homologada antes da penhora. Ausência de registro. Sucumbência.

Não demonstrada fraude à execução, vez que o imóvel foi alienado antes do ajuizamento, prosperam os embargos do terceiro para levantar a penhora sobre o imóvel, irrelevante a época do registro. Contudo, não dando causa à demanda, cada parte arca com as custas a que deu causa e com os honorários de seu patrono. Apelo parcialmente provido” (fl. 82).

Irresignada, Imgart Grutzmann interpôs recurso especial, com fundamento no art. 105, III, **a**, da Constituição Federal, alegando violação ao art. 20 do Código de Processo Civil. Sustenta a agravante que não poderia a egrégia Câmara exonerar o embargado do ônus da sucumbência, pois manteve a sentença que considerou insubsistente a penhora.

Com as contra-razões, o recurso foi admitido na origem, vindo-me os autos.

É o relatório.

**VOTO**

O Sr. Ministro Ruy Rosado de Aguiar (Relator): O recurso não prospera. Pelo princípio da sucumbência, o vencido é condenado ao pagamento das despesas do processo pelo fato de ser considerado responsável pela instauração da demanda. O enunciado, contudo, cede lugar quando, embora vencedora, a parte deu causa à formação da lide. É o que acontece quando, por exemplo, o promissário comprador, sem ter levado a registro o seu contrato, vem alegar a seu favor a existência da referida promessa, a que se dá efeito também contra terceiros. Embora vencedor na sua pretensão, deu causa ao equívoco e arca com as despesas dos embargos. Assim também se dá quando, em razão de partilha na ação de divórcio, fica atribuído um bem a um dos cônjuges sem que o beneficiário providencie a averbação da partilha. Nesse caso, o exequente também é levado a erro em razão do que constava do registro imobiliário, cuja desatualização se deve em parte à mulher, ora embargante.

Assim, na hipótese, aplica-se o princípio da causalidade, como já decidido neste Tribunal em outras oportunidades assemelhadas:

“Processo Civil. Embargos de terceiro. Sucumbência. Princípio da causalidade. Ausência de culpa do credor na penhora. Verba honorária indevida. Precedentes. Doutrina. Recurso provido.

I - Sem embargo do princípio da sucumbência, adotado pelo Código de Processo Civil vigente, é de atentar-se para outro princípio, o da causalidade, segundo o qual aquele que deu causa à instauração do processo, ou ao incidente processual, deve arcar com os encargos daí decorrentes.

II - Tratando-se de embargos de terceiro, imprescindível que se averigüe, na fixação dos honorários, quem deu causa à constrição indevida.

III - O credor não pode ser responsabilizado pelos ônus sucumbenciais por ter indicado à penhora imóvel registrado no Cartório de Imóveis em nome dos devedores mas prometidos à venda aos terceiros-embargantes. A inércia dos embargantes-compradores, em não providenciar o registro do compromisso de compra e venda, deu causa à penhora indevida” (REsp n. 264.930/PR, Quarta Turma, Relator o eminente Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ de 16.10.2000).

“Embargos de terceiro. Execução. Penhora. Imóveis doados sem que os donatários tenham procedido ao registro da escritura. Encargos da sucumbência. Aplicação do princípio da causalidade.

— Pelo princípio da causalidade, deve arcar com os encargos da sucumbência aquele que deu causa à instauração do processo ou ao incidente processual.

Recurso especial não conhecido” (REsp n. 334.786/PR, Quarta Turma, Relator o eminente Ministro Barros Monteiro, DJ de 16.09.2002).

“Honorários.

Hipótese em que, diante das peculiaridades do caso concreto e pela aplicação do princípio da causalidade, deverá o próprio embargante arcar com os honorários de seu advogado” (REsp n. 165.332/SP Terceira Turma, Relator o eminente Ministro Eduardo Ribeiro, DJ de 21.08.2000).

“(…)

Se o credor indicou à penhora imóvel objeto de contrato de compra e venda não registrado, é iniludível que a necessidade do ajuizamento dos embargos de terceiro pelo adquirente é resultado da desídia deste em não promover o registro, providência que a par da publicidade do ato poderia evitar a indesejada constrição patrimonial, haja vista a eficácia **erga omnes** dos atos submetidos a registro. Assim, face ao princípio da causalidade, cabe ao terceiro embargante, adquirente do imóvel, arcar com os consectários da sucumbência” (REsp n. 303.597/SP Terceira Turma, Relatora Ministra Nancy Andrighi, DJ de 11.06.2001).

Isso posto, não conheço do recurso.

É o voto.

---

### **RECURSO ESPECIAL N. 553.042 — SE (2003/0114886-8)**

Relator: Ministro Cesar Asfor Rocha

Recorrente: União

Recorrida: FFB Participações Ltda

Advogado: Gustavo Silveira Barreto

### **EMENTA**

Civil. Laudêmio. Cisão de sociedade.

Não é devido o pagamento do laudêmio na cisão de sociedade.

O laudêmio é uma espécie de compensação que o senhorio ou titular do domínio direto percebe, por força de lei e de contrato, do proprietário do domínio útil, consubstanciada em um certo percentual sobre o preço por quanto foi vendido este domínio útil, por não ter o senhorio direto

exercitado a faculdade que a lei lhe confere de reaver o domínio pleno do bem aforado, quando o domínio útil for transferido por venda ou dação em pagamento.

A cisão é uma forma sem onerosidade de sucessão entre pessoas jurídicas, em que o patrimônio da sucedida ou cindida é vertido, total ou parcialmente, para uma ou mais sucessoras, sem contraprestação destas para aquela.

Recurso especial não conhecido.

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Fernando Gonçalves, Aldir Passarinho Junior e Barros Monteiro. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira.

Brasília, 25 de novembro de 2003 (data do julgamento).

Ministro Cesar Asfor Rocha, Relator

---

DJ de 14.06.2004

### RELATÓRIO

O Sr. Ministro Cesar Asfor Rocha: FFB Participações Ltda, ora recorrida, impetrou mandado de segurança preventivo pretendendo desobrigar-se do recolhimento do laudêmio no momento da transferência de terrenos de marinha, em função de cisão de empresa originadora da impetrante.

O MM. Juízo de primeiro grau concedeu a segurança, entendendo que a transferência de parcela de patrimônio de empresa cindida, consubstanciada em terrenos acrescidos de marinha, revelam o caráter não oneroso da transação.

O Tribunal Regional Federal da 5ª Região negou provimento à remessa oficial, em v. acórdão assim sumariado:

“Civil. Cisão de sociedades. Laudêmio. Incidência.

I - Jurisprudência firmada no sentido de que em casos como o presente, não ocorre a incidência de laudêmio, já que na cisão de sociedade não se verifica a transferência a título oneroso.

II - Remessa oficial improvida.” (Fl. 140)

Daí o recurso especial interposto pela União, com fundamento na alínea **a** do permissivo constitucional, por alegada violação dos arts. 3º do Decreto-Lei n. 2.398/1987, 1º e 2º do Decreto 95.760/1988, 228, §§ 1º e 2º, e 277 da Lei n. 6.404/1976, sustentando que a cisão de empresa é operação onerosa, sujeita, portanto, ao pagamento de laudêmio.

Respondido, o apelo foi admitido na origem ascendendo os autos a esta Corte. É o importante a relatar.

Solicito parecer oral do douto representante do Ministério Público Federal.

### VOTO

O Ministro Cesar Asfor Rocha (Relator): A União Federal, ora recorrente, dizendo ser devido o laudêmio de que se cogita, reclama que o r. aresto hostilizado teria violado o art. 3º do Decreto-Lei n. 2.398/1987, que assim dispõe:

“Art. 3º Dependerá do prévio recolhimento do laudêmio, em quantia correspondente a 5% (cinco por cento) do valor atualizado do domínio pleno e das benfeitorias, a transferência onerosa, entre vivos, do domínio útil de terreno da União ou de direitos sobre benfeitorias neles construídas, bem assim a cessão de direito a eles relativos.”

Verifica-se, dessarte, que o laudêmio é uma espécie de compensação que o senhorio ou titular do domínio direto percebe, por força de lei e de contrato, do proprietário do domínio útil, consubstanciada em um certo percentual sobre o preço por quanto foi vendido este domínio ou domínio útil, por não ter o senhorio direto exercitado a faculdade que a lei lhe confere de reaver o domínio pleno do bem aforado, quando o domínio útil for transferido por venda ou dação em pagamento.

Logo, não é a mera transferência do domínio útil que confere ao senhorio o direito de receber o laudêmio.

É preciso que presente esteja também o segundo elemento, qual seja, a onerosidade, delineada pela venda ou pela dação em pagamento, pois o mero traspasso não oneroso, ou simplesmente gracioso, não confere ao senhorio o direito de receber laudêmio.

E exatamente por ser assim, isto é, de ser conferido ao senhorio o direito de preferência para adquirir o domínio útil apenas nas transmissões onerosas, é que a ele não se concede a preferência na aquisição desse domínio útil nos casos de doação, de herança, como também assim nas hipóteses de cisão, dentre outras.

Com efeito, não tendo o senhorio, nesses casos, o direito de preferência na aquisição do domínio útil transferido, por decorrência lógica não terá ele o direito de receber, como compensação, o valor correspondente ao laudêmio.

A cisão, conforme se infere do disposto no art. 229 da Lei n. 6.404/1976, é forma sem onerosidade de sucessão entre pessoas jurídicas, em que o patrimônio da sucedida ou cindida é vertido, total ou parcialmente, para uma ou mais sucessoras, sem contraprestação destas para aquela.

A cisão importa, assim, absorção do patrimônio de uma sociedade por outra ou outras numa operação global. Não há uma transferência isolada dos bens constitutivos do patrimônio absorvido, pois, se não fosse assim, a operação seria uma venda, e não cisão. Por outro lado, a sucessão de obrigações da cindida tampouco desnatura a gratuidade da transferência dos bens ocorrida na cisão.

Assim, a pretensão da recorrente não encontra amparo no disposto no art. 3º do Decreto-Lei n. 2.397/1987, único dispositivo tratado no r. aresto impugnado.

De igual modo, não estaria resguardada também pelos arts. 1º e 2º do

Decreto n. 95.760/1988, 228, §§ 1º e 2º, e 277 da Lei n. 6.404/1976, que sequer foram presquestionados.

Nesse sentido, decidi o extinto Tribunal Federal de Recursos na REO n. 117.233/PE, sob a relatoria do eminente Ministro José de Jesus Filho, consoante dá conta a seguinte ementa:

“Mandado de segurança. Cisão de sociedade. Pagamento de laudêmio.

Por não configurar as hipóteses previstas no art. 686 do Código Civil, na cisão de sociedade não é devido o pagamento de laudêmio.

Sentença confirmada”.

Na mesma linha, o seguinte precedente (RE n. 73.551-8/PR) do Supremo Tribunal Federal, relatado pelo eminente Ministro Aldir Passarinho (DJ de 31.08.1984), assim sumariado:

“*Laudêmio. Extinção de sociedade por ações. Partilha de ações entre os sócios.*

Não é devido o pagamento de laudêmio se, na extinção de sociedade por ações, são atribuídos a determinados sócios dois terrenos foreiros, na proporção do número de ações. O laudêmio só é devido por venda ou por dação em pagamento, na conformidade do disposto no art. 686 do Código Civil, e nenhum dos dois casos se encontra configurado na divisão e partilha que são os liquidantes obrigados a proceder se, ao invés de o rateio efetuar-se em dinhei-

ro, vier a fazer-se com entrega de imóvel, embora se transfira o seu domínio útil da sociedade para acionistas.

Recurso extraordinário não conhecido.”

Esta Turma também já se pronunciou no mesmo sentido:

“Civil. Laudêmio. Cisão de sociedade.

Não é devido o pagamento do laudêmio na cisão de sociedade.

O laudêmio é uma espécie de compensação que o senhorio ou titular do domínio direto percebe, por força de lei e de contrato, do proprietário do domínio útil, consubstanciada em um certo percentual sobre o preço por quanto foi vendido este domínio útil, por não ter o senhorio direto exercitado a faculdade que a lei lhe confere de reaver o domínio pleno do bem aforado, quando o domínio útil for transferido por venda ou dação em pagamento.

A cisão é uma forma sem onerosidade de sucessão entre pessoas jurídicas, em que o patrimônio da sucedida ou cindida é vertido, total ou parcialmente, para uma ou mais sucessoras, sem contraprestação destas para aquela.

Recurso não conhecido.” (REsp n. 208.351/PE, *por mim relatado*, DJ de 04.02.2002).

Diante de tais pressupostos, não conheço do recurso especial.

---

### **RECURSO ESPECIAL N. 596.613 — RJ (2003/0177102-6)**

Relator: Ministro Cesar Asfor Rocha

Recorrente: Alcêo de Barros e outros

Advogado: Marcelo Pinheiro Braune

Recorrida: Jurema Veríssimo da Motta Mesquita

Advogados: Maria Beatriz Pinto Peixoto Fenizola e outros

### **EMENTA**

Direito Civil. Responsabilidade civil do advogado. Indenização. Ausência de interposição de recurso ordinário cabível.

O advogado que recebe e aceita mandato que veicula poderes para defender o seu constituinte em juízo assume os deveres e responsabilidades inerentes à sua nobre profissão enquanto atuar no patrocínio da causa.

A omissão, sem o consentimento prévio do constituinte, quanto à interposição de qualquer recurso ordinário que se impunha necessário para defesa dos interesses do patrocinado, configura-se desídia de todos os outorgados do mandato judicial, quando os poderes foram conferidos para atuação em conjunto ou isoladamente de cada advogado.

Recurso especial não conhecido.

### **ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Srs. Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Fernando Gonçalves, Aldir Passarinho Junior e Barros Monteiro. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira.

Brasília, 19 de fevereiro de 2004 (data do julgamento).

Ministro Cesar Asfor Rocha, Relator

---

DJ de 02.08.2004

### **RELATÓRIO**

O Sr. Ministro Cesar Asfor Rocha: Jurema Veríssimo da Motta Mesquita, ora recorrida, ajuizou ação de indenização cumulada com perdas e danos contra Salis Diniz Nunes de Avilez, Renato Jorge Remaclo Pereira, Alcêo de Barros e Luiz Telmo Martins, tendo em vista responsabilidade profissional dos réus como advogados, no exercício de mandato judicial, sustentando sua desídia e imperícia ao deixarem de recorrer de sentença na qual a autora restou sucumbente, em sede de ação reintegratória.

O MM. Juízo de primeiro grau julgou improcedente a demanda, reconhecendo a inexistência de culpa dos réus.

Irresignada, a autora apelou para o egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, que deu provimento ao recurso em v. acórdão assim ementado:

“Responsabilidade civil. Advogados. Conduta culposa. Solidariedade. Mandato. Sentença desfavorável. Não-ajuizamento de apelação. Dever de indenizar.

I - Os advogados que recebem mandato judicial em conjunto, sem qualquer restrição respondem solidariamente pelos danos causados ao cliente. Interpretação dos arts. 896 **caput**, 1.304 e 1.327 do Código Civil e artigo 32 da Lei n. 8.906.

II - Sendo a apelação direito da parte, é dever do advogado ajuizar o recurso como corolário de sua obrigação de empenhar-se para a melhor solução em favor do cliente. A divergência quanto à necessidade do apelo ensejaria a renúncia ao mandato, mas, nunca, permitir o trânsito em julgado lesivo ao constituínte.

III - A reparação deve ser paga na extensão dos danos que, efetivamente, a desídia profissional acarretou, além da devolução das quantias pagas a título de honorários profissionais.

IV - apelação da autora provida.” (Fl. 507)

Rejeitados os aclaratórios opostos pelos réus *Renato Jorge Remaclo Pereira, Alcêo de Barros e Luiz Telmo Martins*, estes interpuseram recurso especial com fundamento nas alíneas **a** e **c** do permissivo constitucional por alegada violação dos arts. 535 do Código de Processo Civil e 159 do Código Civil de 1916, além de dissídio pretoriano.

Transcorrido **in albis** o prazo das contra-razões, o apelo foi inadmitido na origem, ascendendo a esta Corte devido a provimento de agravo de instrumento em decisão da lavra do eminente Ministro *Ruy Rosado de Aguiar*.

É o relatório.

## VOTO

O Sr. Ministro Cesar Asfor Rocha (Relator): 1. No que tange ao art. 535 do Código de Processo Civil, não se verifica a alegada ofensa, uma vez que o egrégio Tribunal de origem dirimiu fundamentadamente todas as questões, ainda que de forma contrária à pretensão dos recorrentes, inexistindo omissão no v. acórdão recorrido.

2. Quanto à divergência jurisprudencial, ausente a imprescindível demonstração analítica do dissídio, indicando a identidade ou similaridade de molduras fáticas e a disparidade de conclusões.

3. Relativamente ao art. 159 do Código Civil de 1916, sustentam os recorrentes que “o simples fato de o mandato ter sido outorgado em nome dos Recorrentes, mesmo presumindo-se que estes tivessem aceitado a outorga dos poderes que lhes foram conferidos, não seria suficiente para lhes impor a responsabilidade solidária,

já que nunca lidaram com a recorrida como o bom direito exige, mas tão-somente o Dr. Salis Nunes de Avilez, exerceu em plenitude, o mandato outorgado pela Recorrida (contato pessoal com a cliente; recebimento de verbas honorárias; audiência do feito reclamado objeto etc...)” (fl. 531, grifos no original).

Alegam, ainda, que a ausência de recurso não ensejaria desídia dos patronos, pois a recorrida “carecia do direito material que pretendia” (fl. 532).

Na espécie, a recorrida outorgou mandato judicial aos réus em conjunto com o advogado Dr. *Salis Diniz Nunes de Avilez*, revel na presente demanda e, à época dos fatos, suspenso de suas atividades como advogado por decisão de Conselho Seccional da OAB. Julgada procedente ação reintegratória em desfavor da recorrida, os recorrentes não manifestaram o apropriado recurso.

O v. acórdão recorrido reconheceu a culpa dos ilustres advogados ante o insucesso da demanda, aduzindo:

“A situação dos outros três apelados, todos incluídos na procuração firmada pela apelada, é fruto não só da solidariedade com a conduta ilícita de Salis Avilez, **ex vi** do art. 1.518, parte final, do Código Civil. Não é verossímil que advogados do mesmo escritório não saibam que o colega está suspenso do exercício profissional. Aqui se aplica a norma do art. 335 do CPC decorrente da observação pelo juiz do que ‘ordinariamente acontece’.

Mas a solidariedade com a conduta dolosa do réu Salis Avilez não decorre apenas do art. 1.518 do CC. Ela tem bases sólidas, no contrato de mandato judicial. Senão, vejamos:

A solidariedade resulta da lei ou do contrato (art. 896 **caput** do CC). o contrato **in casu** se materializou com o instrumento de mandato onde não há exclusão da solidariedade, entendendo-se, por força do artigo 1.304, a comunhão das obrigações dos mandantes. E, por ser a hipótese de mandato judicial, incide a norma especial do artigo 1.327 do CC” (fls. 511/512).

A par da ausência da devida impugnação ao primeiro fundamento suficiente do aresto infirmado, é patente a solidariedade dos outorgados em mandato judicial.

Com efeito, ainda que o contato direto com a cliente tenha sido realizado por outro patrono, a outorga do mandato que habilitou os advogados a praticarem atos judiciais vincula os mandatários, inclusive perdurando por dez dias após eventual notificação de renúncia, a teor do art. 5º, §§ 3º e 4º, do Estatuto da Advocacia. Daí a necessidade de sua outorga individualizada aos advogados que façam parte da mesma sociedade, **ex vi** do § 3º do art. 15 da mencionada lei.

Na realidade, ao conceder os poderes, o mandato judicial enseja, em contra partida, os deveres e responsabilidades inerentes à nobre profissão de advogado em relação a seus clientes. Assim, reconhecido o vínculo de mandato judicial nas instâncias ordinárias, respondem os recorrentes como causídicos da recorrida, na mesma condição do recorrido *Salis Diniz Nunes de Avilez*.

Não é outro o magistério do douto advogado **Sérgio Novais Dias**, em sua dissertação de mestrado:

“Há situações, como a não-interposição de recurso cabível, deixando escoar o prazo após a publicação no Diário do Poder Judiciário, em que a responsabilidade perante o cliente pode ser atribuída não só a um, mas a todos os advogados integrantes da sociedade, a quem foi outorgada a procuração, e em nome de quem foi realizada a publicação, pois competia a cada um deles, individualmente, zelar pela prática do ato, ou seja, pela interposição do recurso, não podendo o cliente saber e identificar se, dentro da divisão de trabalho no âmbito da sociedade, foi esse ou aquele advogado que ficou com a atribuição de praticar o ato e omitiu-se.” (“Responsabilidade Civil do Advogado”. São Paulo: LTr, 1999. p. 41).

Desse modo, resta perquirir se a ausência de interposição de recurso cabível importa responsabilidade civil dos patronos perante sua constituínte.

O v. aresto guerreado reconheceu a desídia dos recorrentes em virtude da inércia quanto à manifestação recursal, independentemente do exame sobre o direito pleiteado na oportunidade, assentando que “se suas convicções jurídicas desaconselhavam o recurso, o caminho seria a renúncia do mandato.” (Fl. 514)

É notória a discussão sobre o tema na doutrina.

O celebrado **J. M. Carvalho Santos**, citado pelos ora recorrentes, ensina que “somente quando haja possibilidade de reforma da sentença é que o advogado ficará obrigado a recorrer, a não ser que seu constituínte se oponha. Mas, ainda aí, parece duvidoso o direito do constituínte, de poder exigir qualquer indenização, precisamente porque não lhe será possível provar o dano, de vez que lhe será impossível que a sentença seria efetivamente reformada.” (“Código Civil Brasileiro Interpretado”, vol. XXI, p. 321).

Por outro lado, **José de Aguiar Dias** afirma que “se o advogado, porém, deixa de recorrer, incorre em responsabilidade” (“Da Responsabilidade Civil”. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. P. 296), tornando prescindível a prova do eventual sucesso do apelo.

**Rui Stoco**, por sua vez, indica a responsabilidade do advogado na ausência

de recurso, ligada a juízo de valor objetivo “quanto à admissibilidade do recurso e a possibilidade do mérito ser revisto.” “Responsabilidade Civil do Advogado à Luz das Recentes Alterações Legislativas”, in *Revista dos Tribunais* 797/70, março/2002).

Parece-me mais acertada a corrente conciliadora exposta pelo saudoso **Caio Mário da Silva Pereira**, que analisa a situação de acordo com a natureza do recurso:

“(…) O recurso ordinário é um direito da parte. Se o advogado aceitou a causa, tem de empenhar-se na solução que seja a melhor para o constituinte. Vindo a sentença desfavorável, cumpre-lhe recorrer, porque é seu dever esgotar os meios normais de defender o direito a ele confiado. Não colhe justificativa de lhe parecer a sentença bem fundamentada. Mesmo porque as opiniões são às vezes muito divergentes — **tot caput tot sensus** — e na instância superior pode prevalecer entendimento diferente.

O mesmo não ocorre com o recurso extraordinário, ou especial, que tem caráter eminentemente técnico e de cabimento restrito, devendo o advogado, ao manifestá-lo, justificar a sua idoneidade.” “Responsabilidade Civil”. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. P. 163).

Com efeito, ao advogado cumpre não desamparar a causa cuja defesa aceitou, lançando mão de todos os meios normais para tanto.

É certo que o advogado é o primeiro juiz da conveniência de se ajuizar ou não a ação e, conseqüentemente, de recorrer. Assim, estando convencido da falta de direito do constituinte, pode aconselhá-lo a desistir da demanda e a deixar de interpor o recurso cabível. Todavia não pode, por si só, desistir ou permanecer inerte sem seu devido consentimento, sob pena de sacrificar o direito da parte.

Obviamente, caso não acatada pelo cliente a orientação, a quem cumpre decisão final sobre eventual desistência, resta ao advogado renunciar ao mandato ou proceder conforme determinado pelo mandante.

Ou seja, é imprescindível a anuência prévia da parte, ciente das respectivas conseqüências, quanto aos atos ordinários que importem perda de seu direito.

Dessa forma, a probabilidade de sucesso do recurso deve ser considerada, tão-somente, como parâmetro na fixação da indenização, e não quanto à incidência de responsabilidade.

No caso em apreço, os recorrentes deixaram de interpor o cabível recurso de apelação contra sentença desfavorável à recorrida nos autos de ação reintegratória, sem consultá-la previamente. Portanto, inafastável a caracterização de desídia dos advogados que deixaram de utilizar meio ordinário na defesa dos interesses de sua constituinte.

Frise-se que, no presente pleito recursal, não há impugnação quanto ao montante estipulado na condenação.

4. Ante esses pressupostos, não conheço do recurso especial.

---

### **RECURSO ESPECIAL N. 599.985 — SC (2003/0189636-8)**

Relator: Ministro Cesar Asfor Rocha

Recorrente: Peter Alexandre Bruch

Advogados: Marco Antônio Ewaldo e outro

Recorrida: Sul América Santa Cruz Seguros S/A

Advogados: Valmor Sofiati e outro

#### **EMENTA**

Direito Civil. Contrato de seguro. Acidente de trânsito. Embriaguez do segurado. Excludente de responsabilidade não-configurada.

A embriaguez do segurado, por si só, não enseja a exclusão da responsabilidade da seguradora prevista no contrato, mas a pena da perda da cobertura está condicionada à efetiva constatação de que o agravamento de risco foi condição determinante na existência do sinistro.

Recurso especial conhecido e provido.

#### **ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Srs. Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do recurso e dar-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Fernando Gonçalves, Aldir Passarinho Junior e Barros Monteiro. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira.

Brasília (DF), 19 de fevereiro de 2004 (data do julgamento).

Ministro Cesar Asfor Rocha, Relator

## RELATÓRIO

O Sr. Ministro Cesar Asfor Rocha: *Peter Alexandre Bruch*, ora recorrente, propôs ação de indenização contra Sul América Santa Cruz Seguros S/A, ora recorrida, tendo em vista a ocorrência de acidente de trânsito com veículo segurado.

O MM. Juízo de primeiro grau julgou procedente a demanda, condenando a ré a pagar a importância de R\$ 11.700,00 correspondente ao contrato de seguro.

Irresignada, a ré interpôs apelação para o egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, que lhe deu provimento em v. acórdão assim sumariado:

“Acidente de trânsito. Submissão a teste de bafômetro com indicação de embriaguez. Apreensão de carteria de habilitação.

Ação de cobrança dos prejuízos direcionada contra seguradora. Negativa de indenização dos prejuízos. Invocação de cláusula excludente da cobertura. Procedência do pleito em primeiro grau.

Teste de Alcoolemia por meio de aparelho de ar alveolar. Aferição de quantidade de álcool superior à prevista nos arts. 165 e 277 da Lei n. 9.503/1997. Estado de embriaguez comprovado. Afirmção, na inicial, de perda do controle do veículo. Estabelecimento do nexu causal. Informes testemunhais que dão conta da circunstância não indicada na peça vestibular. Irrelevância.

Negativa de cobertura securitária possível. Inteligência do art. 1.454 do CC. Recurso provido.” (Fl. 73)

Daí o recurso especial interposto pelo autor com fundamento nas alíneas **a** e **c** do permissivo constitucional por alegada violação do art. 1.454 do Código Civil de 1916 e divergência jurisprudencial.

Transcorrido **in albis** o prazo para contra-razões, o apelo foi admitido na origem, ascendendo os autos a esta Corte.

É o relatório.

## VOTO

O Sr. Ministro Cesar Asfor Rocha (Relator): Sustenta o recorrente que sua alteração alcóolica não implica perda da cobertura, indicando dissídio com o REsp n. 341.372/MG, relatado pelo eminente Ministro Aldir Passarinho Junior e assim ementado:

“Civil. Ação de indenização. Acidente de trânsito. Colisão. Estado de embriaguez do segurado. Aumento do risco. Excludente de cobertura não configurada. CC, art. 1.454.

I - Para a configuração da hipótese de exclusão da cobertura securitária prevista no art. 1.454 da lei substantiva civil, exige-se que o segurado tenha diretamente agido de forma a aumentar o risco, o que não ocorre meramente pelo fato de ter sido constatado haver ingerido dose etílica superior à admitida pela legislação do trânsito, sem que tenha a ré, cuja atividade se direciona exatamente para a cobertura de eventos incertos, demonstrado, concretamente, que sem o estado mórbido o sinistro inoocorreria.

II - Precedentes do STJ.

III - Recurso conhecido e provido.” (DJ de 31.03.2003)

Na oportunidade, consignou o respeitável voto condutor:

“Sustenta o acórdão recorrido que a cláusula excludente da responsabilidade não é abusiva, e que compete ao segurado evitar o agravamento dos riscos contratados, nos termos do art. 1.454 do Código Civil, sob pena de exclusão de cobertura.

A princípio, também não vejo nulidade na cláusula em comento. O que depende é a circunstância concreta em que ela é aplicada para efeito de afastamento do dever de indenizar.

(...)

Verifica-se, portanto, que em tais circunstâncias, não afirmado pelo aresto estadual que houve direta vinculação entre o sinistro e a embriaguez do segurado, ou seja, que sem ela o acidente não teria ocorrido, não se pode entender que, pelo só fato da ingestão de bebida a toda evidência, constitui um risco inerente à própria atividade e natureza de cobertura de eventos incertos, mas previsíveis, de acordo com as circunstâncias usuais encontráveis no trânsito. Essa prova cabe à seguradora, e dela não se incumbiu.”

Na espécie, o v. acórdão recorrido aplicou o art. 1.454 do Código Civil de 1916 a fim de amparar a cláusula contratual que exclui a responsabilidade da seguradora no caso de embriaguez do motorista do veículo segurado, constatada pelo egrégio Tribunal **a quo**, asseverando:

“Nesse sentido a exclusão do dever de indenizar, expressamente prevista no “Manual do Segurado”, na fl. 24, não pode ser caracterizado como cláusula abusiva, porquanto inserida nos limites legais.

Insubsistente, portanto, o argumento de que não houve voluntariedade de causar o acidente por parte da segurado, uma vez que, ao assumir a direção do automóvel em estado de embriaguez, avocou para si todos os riscos decorrentes do ato ilícito que estava praticando, não sendo justo que a segura-

dora arque com prejuízos advindos da irresponsabilidade do autor e que vão além do previsto pelo contrato estipulado pelas partes.” (Fl. 77)

É certo que o art. 1.454 do Código Civil de 1916 acoberta tal cláusula, nos seguintes termos:

“Art. 1.454. Enquanto vigorar o contrato, o segurado abster-se-á de tudo quanto possa aumentar os riscos, ou seja contrário aos termos do estipulado, sob pena de responder o direito ao seguro.

Tal norma, entretanto, deve ser interpretada de acordo com o art. 1.456 do mesmo **codex**, que estabelece:

“Art. 1.456. No aplicar a pena do art. 1.454, procederá o juiz com equidade, atentando nas circunstâncias reais, e não probabilidades infundadas, quanto à agravação do risco.”

Desse modo, na esteira do precedente desta Turma, entendo que a eventual ingestão de bebida alcoólica, ainda que em quantidade acima do permitido na legislação de trânsito, constitui risco inerente ao seguro de automóveis, dadas as condições comuns de trânsito. Logo, sua eventual exclusão como risco só implicará a pena do mencionado art. 1.454 quando constatada vinculação determinante entre a condição e o acidente, tendo em vista as circunstâncias reais de cada caso.

Na espécie, a seguradora não se desincumbiu de provar a relação determinante entre a embriaguez do segurado e o sinistro, isto é, não restou comprovado que o acidente foi desencadeado diretamente pela situação do segurado. Ao contrário, afirmou a r. sentença:

“No caso em exame, (...) não ficou demonstrada a culpa do autor, pois das testemunhas inquiridas, ao contrário se retira, ou seja, que o acidente aconteceu porque o autor foi desviar de um buraco existente na pista e acabou indo de encontro a um bueiro e bateu no poste.” (Fl. 36)

Dessa forma, a embriaguez do recorrente, por si só, não enseja a exclusão da responsabilidade da seguradora, mas a pena de perda da cobertura está condicionada à efetiva constatação de que tal situação foi condição essencial na existência do dano ao bem segurado.

Ante o exposto, conheço do recurso por ambas as alíneas e dou-lhe provimento, a fim de restabelecer a r. sentença.

---

