



Jurisprudência da **Terceira Turma**

**AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 875.824-SP
(2007/0055787-3)**

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

Agravante: White Martins Ltda

Advogados: Bruno Lobianco Ferreira e outro(s)

Osmar Mendes Paixão Côrtes

Agravado: IBG Indústria Brasileira de Gases Ltda

Advogado: Reinaldo Franceschini Freire e outro(s)

EMENTA

Agravo interno. Agravo de instrumento. Artigo 544 do CPC. Falta da guia do porte de remessa e retorno do recurso especial. Peça essencial à formação do instrumento. Modulação temporal dos efeitos de decisão do STJ. Impossibilidade. Agravo improvido.

1. Não obstante ausente do elenco legal (§ 1º do art. 544 do CPC), a cópia da guia de recolhimento do preparo do recurso especial constitui peça essencial à formação do instrumento do agravo, haja vista ser imprescindível à solução da controvérsia que se encontra compreendida no âmbito do julgamento no agravo de instrumento, qual seja, a admissibilidade do recurso especial.

2. Conforme entendimento pacificado neste Superior Tribunal, no período de vigência das Resoluções n. 20/2004, n. 12/2005 e n. 20/2005, além do recolhimento dos valores relativos ao porte de remessa e retorno em rede bancária, mediante preenchimento da Guia de Recolhimento da União (GRU) ou de Documento de Arrecadação de Receitas Federais (DARF), com a anotação do respectivo código de receita e a juntada do comprovante nos autos, era necessária a indicação do número do processo respectivo (AgRg no REsp n. 924.942-SP, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Corte Especial, julgado em 03.02.2010).

3. A peça considerada essencial à formação do instrumento deve ser apresentada no ato da interposição do agravo. A sua juntada em momento posterior não tem o efeito de suprir a deficiência do traslado, ante a ocorrência da preclusão consumativa.

4. A modulação dos efeitos temporais de decisão judicial, de acordo com a ordem jurídica vigente, é procedimento excepcional, somente cabível nas hipóteses de declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, razão por que é impossível a atribuição de efeitos meramente prospectivos (*pro futuro*) às decisões que uniformizam entendimento no âmbito do Superior Tribunal de Justiça.

5. Agravo interno a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

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

Brasília (DF), 23 de março de 2010 (data do julgamento).

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

DJe 09.04.2010

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Paulo Furtado (Desembargador convocado do TJ-BA): Cuida-se de agravo interno interposto de decisão que não conheceu de agravo de instrumento, em virtude da ausência da cópia da guia do porte de remessa e retorno dos autos do recurso especial.

Sustenta a agravante, em suma, que a exigência da juntada do citado documento não consta da legislação pertinente ao agravo de instrumento, razão pela qual a decisão agravada viola os arts. 5º, II e XXXVI, e 22, I, da CF.

Afirma ainda que fere o princípio constitucional da segurança jurídica e da proteção ao ato jurídico perfeito negar conhecimento a agravo com base em requisito de admissibilidade instituído por orientação jurisprudencial firmada em data posterior à interposição do recurso.

Alega também que deve ser aplicado o princípio da instrumentalidade das formas para suprir a irregularidade formal apontada e atingir a finalidade do ato com a juntada, nesse momento, de cópia do comprovante de pagamento do porte de remessa e retorno dos autos, dado que não há prejuízo para a parte agravada.

Por fim, requer, acaso não reconsiderada ou reformada a decisão agravada, o sobrestamento do presente feito até o posicionamento definitivo da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça sobre o tema, visto ter sido afetado o julgamento do AG n. 1.110.107-PR, que trata da mesma questão, àquele órgão julgador.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Paulo Furtado (Desembargador convocado do TJ-BA) (Relator): Não obstante ausente do elenco legal (§ 1º do art. 544 do CPC), a cópia da guia de recolhimento do preparo do recurso especial constitui peça essencial à formação do instrumento do agravo, haja vista ser imprescindível à solução da controvérsia que se encontra compreendida no âmbito do julgamento no agravo de instrumento, qual seja, a admissibilidade do recurso especial.

A propósito, confira-se o seguinte julgado da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça:

Embargos de divergência. Direito Processual Civil. Agravo. Deficiente formação do instrumento. Ausência de peça essencial. Não conhecimento.

1. A falta de peça essencial e, pois, indispensável ao julgamento do agravo de instrumento, ainda que estranha ao elenco legal das obrigatórias, impede o conhecimento do recurso.

2. Precedente da Corte Especial (REsp n. 449.486-PR, Relator Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, *in* DJ 06.09.2004).

3. Embargos conhecidos e rejeitados.

(REsp n. 502.287-SC, Rel. Ministro Hamilton Carvalhido, Corte Especial, DJ 20.06.2005)

Outrossim, a Corte Especial, na sessão de 03.02.2010, por ocasião do julgamento do AgRg no REsp n. 924.942-SP, Rel. Ministro *Mauro Campbell Marques*, consolidou o entendimento de que, no período de vigência das

Resoluções n. 20/2004, n. 12/2005 e n. 20/2005, além do recolhimento dos valores relativos ao porte de remessa e retorno em rede bancária, mediante preenchimento da Guia de Recolhimento da União (GRU) ou de Documento de Arrecadação de Receitas Federais (DARF), com a anotação do respectivo código de receita e a juntada do comprovante nos autos, era necessária a indicação do número do processo respectivo.

Ademais, é firme o entendimento deste Superior Tribunal no sentido de que “*não se admite, na instância especial, a realização de diligência para suprir falhas quando do ajuizamento do recurso, bem como a juntada tardia de peças para complementar a formação do agravo de instrumento*” (AgRg no Ag n. 1.036.324-RO, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 12.09.2008).

Cumprе salientar, por oportuno, que, “*por mais justa que seja a pretensão recursal, não se pode desconhecer os pressupostos recursais. O aspecto formal é importante em matéria processual não por amor ao formalismo, mas para segurança das partes. Assim não fosse, teríamos que conhecer dos milhares de processos irregulares que aportam a este Tribunal, apenas em nome do acesso à tutela jurisdicional*” (AgRg no Ag n. 150.796-MG, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, Quarta Turma, DJ 08.06.1998).

De outra parte, a modulação dos efeitos temporais de decisão judicial, de acordo com a ordem jurídica vigente, é procedimento excepcional, somente cabível nas hipóteses de declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, razão por que é impossível a atribuição de efeitos meramente prospectivos (*pro futuro*) às decisões que uniformizam entendimento no âmbito do Superior Tribunal de Justiça. Nesse sentido, dentre outros: AgRg nos EDcl no Ag n. 983.549-DF, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 13.05.2009; AgRg no Ag n. 986.794-RS, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 11.09.2008; AgRg nos EDcl no REsp n. 843.795-PE, Rel. Ministro Francisco Falcão, Primeira Turma, DJe 15.05.2008; AgRg no Ag n. 967.376-RJ, Rel. Ministro José Delgado, Primeira Turma, DJe 24.04.2008; EREsp n. 738.689-PR, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Seção, DJ 22.10.2007.

Destarte, verifica-se que a agravante não trouxe nenhum argumento capaz de reformar o julgado. Assim, mantenho o *decisum* por seus próprios e jurídicos fundamentos a seguir transcritos:

O presente agravo não foi devidamente instruído, visto que não consta do instrumento a cópia das guias de porte de remessa e retorno dos autos do recurso especial.

Nesse particular, cumpre salientar que a orientação jurisprudencial iterativa desta Corte é firme no sentido de que “conquanto não prevista expressamente no art. 544, § 1º, do CPC, é necessária a juntada da cópia do comprovante de recolhimento do porte de remessa e retorno do recurso especial, no ato de interposição do agravo de instrumento, notadamente porque é facultado ao relator, desde logo, julgar o próprio recurso que teve seguimento denegado pelo Tribunal de origem, com a condição de que contenha o instrumento os elementos necessários a tal julgamento, conforme dicção do § 3º do aludido dispositivo legal” (AgRg nos EDcl nos EDcl no Ag n. 811.851-SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, DJ 17.03.2008).

Não tendo o recorrente comprovado o recolhimento, na origem, relativo às despesas de remessa e retorno dos autos, o recurso deve ser considerado deserto, nos termos da Súmula n. 187 desta Corte Superior de Justiça. A propósito, por todo o seguinte precedente:

Agravo regimental em agravo de instrumento. Recurso especial. Processual Civil. Ausência de identificação da guia de preparo. Pena de deserção.

1. (...) É que o acórdão recorrido enfrentou a questão referente a deserção e, em consequência a análise do art. 511 do Código de Processo Civil: “O documento de fl. 67 não comprova o preparo, pois não é possível aferir se se refere, de fato, ao presente agravo de instrumento, sendo imprescindível a juntada não só do comprovante de pagamento, mas também a guia respectiva, permitindo ao julgador cotejar os código de barra.”

2. *omissis*.

3. A comprovação do preparo do recurso, no ato de impugnação, tem como *ratio essendi* aferir a eventual deserção, ocorrente quando intempestivo o cumprimento do referido requisito de admissibilidade.

4. O preparo do recurso consiste na efetuação, por parte do recorrente, do pagamento dos encargos financeiros que dizem respeito ao recurso interposto, e englobam: as custas do processamento do recurso nos tribunais, e os portes de remessa e retorno dos autos ou do instrumento, no caso de agravo nesta modalidade.

5. A falta do número do processo original, do qual deriva o agravo de instrumento ao Tribunal *a quo*, bem como a identificação das partes, enseja a pena de deserção, uma vez que não é possível identificar a qual processo se destinava o recolhimento do preparo.

Precedentes: (AgRg no Ag n. 638.450-MA, Rel. Ministro Aldir Passarinho Júnior, DJ 09.05.2005; AgRg no Ag n. 799.966-RS, Rel. Ministro Jorge Scartezzini, DJ 19.03.2007; Ag n. 718.856-SP, Rel. Ministro Cesar Asfor Rocha, DJ 25.11.2005).

6. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no Ag n. 942.873-RS, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 11.11.2008, DJe 27.11.2008)

Com essas considerações, nego provimento ao agravo interno.

É como voto.

**EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO DE INSTRUMENTO N.
1.167.994-MG (2009/0045257-0)**

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

Embargante: Banco do Brasil S/A

Advogados: Ana Diva Teles Ramos Ehrich

André dos Santos Rodrigues e outro(s)

Angelo Aurelio Goncalves Pariz

Eneida de Vargas e Bernardes

Jorge Elias Nehme

Luiz Antonio Borges Teixeira

Magda Montenegro

Nelson Buganza Junior

Embargado: João Batista de Abreu – espólio

Representado por: Angelina Abreu Figueiredo – inventariante

Advogados: Ayres Renan Duarte

Igor Pantuzza Wildmann e outro(s)

EMENTA

Embargos de declaração recebidos como agravo interno. Agravo de instrumento. Desistência de recurso. Pedido irretratável por força da coisa julgada. Erro material. Hipótese excepcional. Inocorrência. Reconsideração de despacho. Agravo regimental provido.

Nos embargos de declaração, ora recebidos como agravo interno, veicula-se a tese de que devem ser recebidos como manifestação de interesse no julgamento de recurso especial subjacente.

Entretanto, formulado pedido de desistência pelo embargante, tem-se pleito de natureza irretratável por força da coisa julgada e não sujeito à homologação judicial, conforme sólida orientação jurisprudencial e doutrinária.

A hipótese dos autos não se subsume à hipótese excepcional do *erro material* previsto na legislação processual, haja vista que o apontado equívoco resultou exclusivamente da atuação do agravado, e não de magistrado.

Agravo regimental improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Terceira Turma, por unanimidade, receber os embargos de declaração como agravo regimental e negar-lhe provimento, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a) Relator(a). Os Srs. Ministros Nancy Andrichi, Massami Uyeda, Sidnei Beneti e Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ-RS) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 05 de agosto de 2010 (data do julgamento)

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

DJe 13.08.2010

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Paulo Furtado (Desembargador convocado do TJ-BA): Trata-se de embargos de declaração opostos pelo Banco do Brasil S/A em face de *decisum* que, diante da divergência das petições apresentadas pelo embargado, intimou-o a esclarecer a sua intenção quanto a desistir ou manter o recurso (fl. 563).

Alega o agravante, em síntese, ter peticionado informando sobre o seu interesse no prosseguimento do feito, pelo que requer a reconsideração da decisão.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Paulo Furtado (Desembargador convocado do TJ-BA) (Relator): Trata-se de embargos de declaração opostos pelo Banco do Brasil S/A em face de *decisum* que, diante da divergência das petições apresentadas pelo embargado, intimou-o a esclarecer a sua intenção quanto a desistir ou manter o recurso (fl. 563).

Preliminarmente, cabe frisar que a pretensão manifestada em sede de embargos declaratórios refere-se à suposta omissão quanto à peça informando sobre seu interesse no prosseguimento do recurso.

Diante da natureza da postulação e dos princípios da instrumentalidade das formas e da fungibilidade recursal, impõe-se o recebimento e processamento da petição como agravo interno, consoante reiterada jurisprudência deste Pretório (EREsp n. 332.655-MA, Corte Especial, Relator Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, D.J. 22.08.2005; EDcl no Ag n. 453.716-RJ, Sexta Turma, Relator Ministro Hélio Quaglia Barbosa, D.J. 10.04.2006; AgRg no Ag n. 612.099-DF, Quinta Turma, Relator Ministro Arnaldo Esteves Lima, D.J. 24.04.2006).

Alega o agravante, em síntese, ter peticionado informando sobre o seu interesse no prosseguimento do feito, pelo que requer a reconsideração da decisão.

Compulsando os autos, verifico, preliminarmente, que, após o recebimento de ofício expedido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais comunicando que as partes haviam celebrado acordo entre si, a instituição financeira foi devidamente intimada para manifestar se remanescia interesse no processamento do recurso, tendo inicialmente se expressado em sentido positivo (fls. 525-526).

Entretanto, poucos dias após, protocolou nova petição na qual consignou que não mais detinha interesse no julgamento da insurgência (fl. 550), o que, pela própria contemporaneidade desta última peça, conduziu este relator a proferir decisão determinando a extinção do procedimento recursal (fl. 555).

Decorridos alguns dias, de forma absolutamente surpreendente, a entidade bancária opôs os presentes, nos quais alega que o *decisum* assentou-se em premissas fáticas equivocadas, haja vista que persistiria o interesse no prosseguimento do feito, o que culminou, diante da divergência das petições apresentadas, com a prolação de despacho intimando o ora embargante a esclarecer a sua intenção quanto a desistir ou manter o recurso.

Diante das alegações firmadas pelas partes, em especial a divergência veiculada pelas diferentes petições protocoladas pelo agravante perante este Juízo, não se autoriza o recebimento dos aclaratórios como manifestação de interesse no prosseguimento do feito.

O pedido de desistência do recurso, adequadamente formulado por advogado com poderes específicos, é irretratável por não se sujeitar à homologação judicial e por força da coisa julgada, salvo no caso de erro material.

Com efeito, a desistência do recurso interposto tem eficácia imediata e dispensa homologação, bastando, para tanto, um pronunciamento judicial declaratório desses efeitos, provenientes de ato unilateral da parte recorrente. Pode-se inferir, assim, que, em face das conseqüências que exsurgem da desistência da irresignação, não há espaço para posterior retratação. Neste sentido a jurisprudência consolidada desta Corte Superior:

Processual Civil. Agravo regimental nos embargos de declaração no recurso especial. Desistência do recurso especial, sem ressalvas. Homologação efetuada. Pedido de retratação, em relação a parte do recurso, em sede de embargos de declaração. Inviabilidade. Precedentes.

1. A jurisprudência é pacífica no sentido de que a desistência do recurso produz efeitos imediatos, tendo em vista que, nos termos do art. 501 do CPC, "o recorrente poderá, a qualquer tempo, sem a anuência do recorrido ou dos litisconsortes, desistir do recurso". A produção dos efeitos prescinde, inclusive, de homologação judicial, pois o atual Código de Processo Civil não exige essa providência (STF - RE n. 65.538-RJ, 1ª Turma, Rel. Min. Antônio Neder, DJ de 18.04.1975; REsp n. 246.062-SP, 2ª Turma, Rel. Min. Franciulli Netto, DJ de 20.05.2004).

2. Assim, formulado de modo regular o pedido de desistência do recurso, e havendo a respectiva homologação, opera-se a preclusão, cujo principal efeito é o de ensejar o trânsito em julgado em relação à decisão recorrida, caso não haja outro recurso pendente de exame.

No mesmo sentido: REsp n. 7.243-RJ, 1ª Turma, Rel. Min. Milton Luiz Pereira, DJ de 02.08.1993; AgRg no RCDESP no Ag n. 494.724-RS, 3ª Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, DJ de 10.11.2003. Na doutrina, o entendimento de José Carlos Barbosa Moreira.

3. Agravo regimental desprovido. (AgRg nos EDcl no REsp n. 1.014.200-SP, Rel. Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, julgado em 07.10.2008, DJe 29.10.2008);

Recurso especial. Processual Civil. Apelação. Desistência. Homologação. Reconsideração. Revisão *ex officio*. Descabimento.

I - É entendimento pacífico que o juízo *ad quem* não está adstrito ao exame dos requisitos de admissibilidade realizado pelo juízo *a quo*. Contudo, essa ampla cognição está limitada ao que diz respeito aos pressupostos do próprio recurso.

II - O pedido de desistência, embora tenha reflexos diretos no recurso, constitui ato processual autônomo, praticado após a interposição da insurgência, razão pela qual a discussão acerca da sua validade, embora prévia e prejudicial ao recurso, não pode ser considerada pressuposto recursal.

III - Realizada a retratação da homologação, possui ela natureza de decisão interlocutória, sendo necessária a interposição de recurso pela parte adversa para sua modificação e, se assim não se procedeu, não poderia ser apreciada *sponte propria* pela corte superior, sob pena de afronta ao *tantum devolutum quantum appellatum*. Recurso especial provido. (REsp n. 556.255-MG, Rel. Ministro Castro Filho, Terceira Turma, julgado em 25.09.2006, DJ 16.10.2006 p. 364);

Processo Civil. Recurso especial pedido de desistência do recurso. Posterior retratação. Irrelevância. Extinção do procedimento recursal.

- A desistência do recurso interposto produz efeitos desde logo e prescinde de homologação, bastando, para tanto, um pronunciamento judicial declaratório desses efeitos que provêm de ato unilateral da parte recorrente. Se pode inferir, assim, que, em face dos efeitos que exsurtem da desistência do recurso, não há espaço para posterior retratação. Ensino doutrinário e precedente da 1ª Turma.

- A barreira intransponível à retratação é a coisa julgada, matéria de ordem pública.

- Em vista do pedido de desistência do recurso especial, declaro extinto o procedimento recursal. (REsp n. 246.062-SP, Rel. Ministro Franciulli Netto, Segunda Turma, julgado em 20.05.2004, DJ 06.09.2004 p. 190).

Oportuno mencionar, ainda, a orientação doutrinária perfilhada pelo eminente processualista José Carlos Barbosa Moreira Ainda acerca dos efeitos da desistência:

Focalizamos o problema a outro ângulo: o da preclusão. O recorrente já tinha exercido, de maneira válida, o direito de impugnar a decisão; com o exercício, tal direito consumou-se, e não é a circunstância de vir a desistir-se do recurso que o faz renascer. A decisão é agora, pois, irrecorrível; e por outro lado cessaram, em virtude da desistência, os efeitos da interposição do recurso, entre os quais o de impedir o trânsito em julgado (Comentários ao Código de Processo Civil, Vol. V, 11ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 334).

Ademais, o caso dos autos não se subsume à hipótese excepcional constante do art. 463, I, do *Codex* Processual Civil, haja vista que o apontado equívoco resultou exclusivamente da atuação do agravado, que em um momento se inclinou por uma orientação e na oportunidade seguinte manifestou-se em sentido oposto.

O erro material a que se refere a legislação adjetiva é aquele levado a efeito pelo magistrado, e não produzido pelas partes em expressar sua intenção no sentido de manter a proposta de recorrer judicialmente, sob pena de expandir-se excessivamente os contornos de uma situação nitidamente extraordinária.

Assim, tem-se que a extinção do procedimento recursal deu-se de forma escorreita, eis que a correspondente decisão, imutável por força da coisa julgada, baseou-se em manifestação inequívoca da instituição financeira, de natureza irreatável e desvinculada de homologação judicial.

Assim, recebo os embargos de declaração como agravo regimental e nego-lhe provimento.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 758.518-PR (2005/0096775-4)

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

Recorrente: Muretama Edificações e Empreendimentos Ltda

Advogado: Patrícia Nymberg e outro(s)

Recorrido: Sérgio Meca de Lima

Advogado: Sem representação nos autos

EMENTA

Direito Civil. Contratos. Boa-fé objetiva. *Standard* ético-jurídico. Observância pelas partes contratantes. Deveres anexos. *Duty to mitigate the loss*. Dever de mitigar o próprio prejuízo. Inércia do credor. Agravamento do dano. Inadimplemento contratual. Recurso improvido.

1. Boa-fé objetiva. *Standard* ético-jurídico. Observância pelos contratantes em todas as fases. Condutas pautadas pela probidade, cooperação e lealdade.

2. Relações obrigacionais. Atuação das partes. Preservação dos direitos dos contratantes na consecução dos fins. Impossibilidade de violação aos preceitos éticos insertos no ordenamento jurídico.

3. Preceito decorrente da boa-fé objetiva. *Duty to mitigate the loss*: o dever de mitigar o próprio prejuízo. Os contratantes devem tomar as medidas necessárias e possíveis para que o dano não seja agravado. A parte a que a perda aproveita não pode permanecer deliberadamente inerte diante do dano. Agravamento do prejuízo, em razão da inércia do credor. Infringência aos deveres de cooperação e lealdade.

4. Lição da doutrinadora Véra Maria Jacob de Fradera. Descuido com o dever de mitigar o prejuízo sofrido. O fato de ter deixado o devedor na posse do imóvel por quase 7 (sete) anos, sem que este cumprisse com o seu dever contratual (pagamento das prestações relativas ao contrato de compra e venda), evidencia a ausência de zelo com o patrimônio do credor, com o conseqüente agravamento significativo das perdas, uma vez que a realização mais célere dos atos de defesa possessória diminuiriam a extensão do dano.

5. Violação ao princípio da boa-fé objetiva. Caracterização de inadimplemento contratual a justificar a penalidade imposta pela Corte originária, (exclusão de um ano de ressarcimento).

6. Recurso improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a) Relator(a). Os Srs. Ministros Nancy Andrighi, Massami Uyeda e Sidnei Beneti votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Paulo Furtado (Desembargador convocado do TJ-BA).

Brasília (DF), 17 de junho de 2010 (data do julgamento).

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

DJe 1º.07.2010

Republicado por incorreção no acórdão.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ-RS): Trata-se de recurso especial interposto por *Muretama Edificações e Empreendimentos Ltda*, com arrimo na alínea **a** inciso III do art. 105 da Constituição Federal, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, assim ementado:

Contrato de promessa de compra e venda. Responsabilidade do promissário-comprador inadimplente. Apelação provida em parte.

A promitente-vendedora tem também o dever de evitar o agravamento do dano causado pelo inadimplemento e procurar recuperar a posse da unidade, abandonada pelo promissário-comprador, o mais rápido possível. Assim não procedendo, o inadimplemento não responde pelo pagamento dos meses correspondentes à inércia da compromitente.

Apelação provida em parte. (fl. 115)

Opostos aclaratórios (fls. 127 e 128), não foram acolhidos (fls. 137 a 139).

Sustenta a recorrente violação dos arts. 1.057 do Código Civil de 1916, 392 do Código Civil de 2002, 53, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor, sob o argumento de que a demora no ajuizamento da ação de reintegração de posse jamais poderia acarretar penalidade para o vendedor.

Alega que o promitente-comprador deixou de cumprir com a sua parte na avença, por isso deve ser obrigado a pagar a totalidade das parcelas de fruição, uma vez que a responsabilidade pela devolução do imóvel é daquele.

Aduz que nos contratos bilaterais, as partes responderão por culpa, por ocasião da inexecução de suas obrigações, motivo pelo qual se evidencia a responsabilidade do comprador pelo abandono do imóvel.

Enfatiza ter agido de boa-fé, pois intentou a ação dentro do prazo prescricional de 20 (vinte anos).

Afirma ter direito à indenização pela totalidade do período, compreendido entre a data da ocupação do imóvel até o cumprimento da medida de reintegração de posse.

Contrarrazões a fls. 163.

É o breve relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ-RS) (Relator): Cinge-se a controvérsia em saber se o promitente-vendedor pode ser penalizado pelo retardamento no ajuizamento de ação de reintegração de posse c.c. pedido de indenização, sob o fundamento de que a demora da retomada do bem se deu por culpa do credor, em razão da não observância, por parte deste, do princípio da boa-fé objetiva.

O egrégio Tribunal *a quo*, ao dirimir a lide, assentou que, não obstante o direito do promitente-vendedor à indenização pelo tempo em que o imóvel ficou em estado de não-fruição (período compreendido entre a data do início inadimplemento das prestações contratuais até o cumprimento da medida de reintegração de posse), a extensão da indenização deve ser mitigada (na razão de um ano de ressarcimento), em face da inobservância do princípio da boa-fé objetiva, tendo em vista o ajuizamento tardio da demanda competente, *verbis*:

[...]

A r. sentença reconheceu o direito da apelante à indenização pela privação do uso do imóvel até dezembro de 1999, mês do abandono da unidade pelo promissário-comprador de acordo com a MMª. Juíza. Sustenta-se no recurso, entretanto, que não se conhece do momento exato da desocupação, mas que logo seria certo: o recorrido teria de necessariamente colocar o imóvel à disposição da recorrente e que como isso não ocorreu, os prejuízos se estenderam até a sentença que resolveu o contrato de compromisso de compra e venda e ordenou a reintegração da promitente-vendedora na posse do imóvel.

[...]

Ainda, enquanto não reintegrada na posse, a apelante não poderia dispor do imóvel, alugá-lo, por exemplo, o que ele somente veio a conseguir em 10 de fevereiro de 2004 (fls. 88 a 91).

Mas neste ponto uma circunstância influi de algum modo. Embora o contratante inadimplente cause danos com o seu comportamento, a contraparte também tem deveres, mesmo sendo vítima de um ato ilícito. *Ela não pode*

concorrer para o agravamento dos prejuízos; tão-logo se inteire do ocorrido, deve, embora sem esforços excepcionais, procurar evitar ao máximo outras repercussões danosas, adotar prontamente as medidas necessárias à proteção dos seus interesses:

[...]

Ao lado do fundamento da boa-fé objetiva, um dos requisitos da própria responsabilidade civil, o nexo de causa e efeito, bastaria para justificar a imputação do agravamento à própria vítima, ao menos nas relações de consumo: a mesma razão que preside a culpa concorrente ou exclusiva da vítima na definição do dever de indenizar está presente no agravamento do dano. Também aqui há um dever de abstenção ou de agir, conforme o caso, para que os danos não desbordem de uma ordem natural atrelada à respectiva causa originária, imputável ao ofensor, mais ainda nas relações de consumo, em que a proteção do consumidor constitui um dos princípios fundamentais no Código do Consumidor e que, como desdobramento, não isente o fornecedor de responsabilidade ainda que o consumidor proceder com culpa [...].

*E ao mencionar o documento de fl. 34, a apelante situou o abandono do imóvel em setembro de 2001, ou um pouco antes, cerca de um ano antes do ajuizamento da demanda. Ela também não justificou a demora na propositura da ação de resolução e nem por que não tomou antes a iniciativa de averiguar a situação da unidade (se o apartamento ainda estava ocupado ou não), embora o inadimplemento datasse do ano de 1994 e a última notificação do recorrido de 1998. Uma situação como a dos autos impunha um comportamento mais ativo da promitente-vendedora, principalmente em verificara se o promissário-comprador continuava ou não na posse do imóvel. Embora este não a procurasse ou não a notificasse formalmente para restituir-lhe a posse do apartamento, ela estava adstrita a agir, ou ao menos justificar nos autos a sua inércia, a demora em verificar o imóvel e adotar uma posição de defesa eficiente dos seus interesses e, assim, evitar o agravamento do dano. Se fosse diligente e ajuizasse a demanda prontamente, por certo teria recuperado a posse do imóvel bem antes, e nessa medida, a despeito também da atitude do recorrido, ela concorreu para a não-fruição da unidade por mais tempo. E isso influi decisivamente na determinação da indenização. Como a demora deve ser debitada à apelante, é de se excluir do ressarcimento a privação do uso por um ano, e para o cálculo da indenização dever-se-á considerar a demanda como proposta em 16 de outubro de 2001, por ficção, situando-se, portanto, o termo *ad quem* da indenização em 10 de fevereiro de 2003 (o que corresponde ao tempo transcorrido entre o ajuizamento da demanda e o cumprimento do mandado de reintegração de posse, 15 meses e 25 dias).*

[...] (fls. 117 a 122) (grifou-se) (Rel. Juiz Convocado Albino Jacomel Guérios)

Correta a decisão recorrida.

Inicialmente, cumpre destacar que o princípio da boa-fé objetiva contrapõe-se ao ideário patrimonialista e individualista vigente na ordem civil

de 1916. Funda-se esta preposição na nova ordem constitucional, em que o princípio da dignidade humana ganha contornos de norma irradiadora e delimitadora de direitos. Desse modo, a boa-fé objetiva constitui a efetivação da proteção da dignidade da pessoa humana nas relações obrigacionais, pois circunscreve os limites éticos das relações patrimoniais entre os contratantes.

A propósito do tema, discorre Nelson Rosenvald:

A dignidade da pessoa humana é simultaneamente valor e princípio, constituindo elemento decisivo na afirmação de qualquer Estado Democrático de Direito, assumindo proporção de cláusula geral, apta a condicionar e conformar todo tecido normativo.

Cogitando de um sistema aberto, cuja supremacia axiológica é referida pela dignidade da pessoa humana, o Direito Civil e a Constituição manterão intenso vínculo comunicativo, com repercussão material dos princípios que lhes são comuns. Nesta constante travessa, a boa-fé é sentida como a concretização do princípio da dignidade no campo das obrigações.

[...]

Ao abordarmos as relações jurídicas, podemos defini-las em dois níveis: relações afetivas e relações negociais. Naquelas, a dignidade da pessoa humana é concretizada no Direito Civil pela cláusula geral da comunhão plena de vida (art. 1.511 do CC). Já nas relações obrigacionais, o supremo princípio constitucional é concretizado pelas especificações da boa-fé objetiva. Os negócios jurídicos formam a disciplina para a regulação genérica das relações sociais.

O princípio da boa-fé atuará como enquadramento constitucional do Direito das Obrigações, na medida em que a consideração pelos interesses que a parte contrária espera obter de uma dada relação contratual, mais não é que o respeito à dignidade da pessoa humana em atuação no âmbito negocial.

[...]

A boa-fé significa a mais próxima tradução da confiança, que é o esteio de todas as formas de convivência em sociedade.

A despatrimonialização do direito privado, representada pela célere opção pelo “ser” sobre o “ter” é legítima tanto pela Constituição Federal como pelo novo Código Civil. Este resgatará a centralidade do direito privado, não mais com uma pretensão de totalidade, mas em um ideal de flexibilidade do sistema, permitindo o constante intercâmbio e reenvio naquilo que há de comum com a Constituição ou outras normas. (ROSENVALD, Nelson; Farias, Cristiano Chaves de. *Direito das obrigações*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 61 e 62)

Assim, a boa-fé objetiva afigura-se como *standard* ético-jurídico a ser observado pelos contratantes em todas as fases contratuais. Ou seja, durante

as diversas etapas do contrato, a conduta das partes deve ser pautada pela probidade, cooperação e lealdade.

Destarte, a boa-fé objetiva é fonte de obrigação que permeia a conduta das partes a influir na maneira em que exercitam os seus direitos, bem como no modo em que se relacionam entre si. Neste rumo, a relação obrigacional deve ser desenvolvida com o escopo de se preservarem os direitos dos contratantes na consecução dos fins avençados, sem que a atuação das partes infrinja os preceitos éticos insertos no ordenamento jurídico.

Com esse entendimento, avulta-se o dever de mitigar o próprio prejuízo, ou, no direito alienígena, *duty to mitigate the loss*: as partes contratantes da obrigação devem tomar as medidas necessárias e possíveis para que o dano não seja agravado. Desse modo, a parte a que a perda aproveita não pode permanecer deliberadamente inerte diante do dano, pois a sua inércia imporá gravame desnecessário e evitável ao patrimônio da outra, circunstância que infringe os deveres de cooperação e lealdade.

A respeito da aplicabilidade do aludido dever, impende ressaltar a pioneira lição da eminente doutrinadora gaúcha, Véra Maria Jacob de Fradera:

[...]

Já o Código Civil brasileiro de 2002, em seu artigo 422, aproxima-se da idéia do legislador da Convenção de Viena de 1980, ao impor certo comportamento a ambos os contratantes. Assim, segundo o mencionado dispositivo legal, **Os contratantes são obrigados a guardar assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé** (grifo nosso).

Isto posto, surge a indagação: seria possível o direito privado nacional recepcionar o conceito do *duty to mitigate the loss* em matéria contratual?

Acreditamos ser possível esta recepção. Antes, porém, necessitamos realizar uma série de indagações, para chegar ao fundamento desta, por ora, apenas mera possibilidade de acolhimento do conceito pela doutrina e pelos tribunais brasileiros. O esforço deve valer a pena, pois inúmeras vezes nos deparamos, na prática do foro com situações em que o credor se mantém inerte face o descumprimento por parte do devedor, cruzando, literalmente, os braços, vendo crescer o prejuízo, sem procurar evitar ou, ao menos, minimizar sua própria perda.

[...]

Não cumprindo o dever de mitigar o próprio prejuízo, o credor poderá sofrer sanções, seja com base na proibição de *venire contra factum proprium*, seja em razão de ter incidido em abuso de direito, como ocorre em França.

No âmbito do direito brasileiro, existe o recurso à invocação da violação do princípio da boa fé objetiva, cuja natureza de cláusula geral permite um tratamento individualizado de cada caso, a partir de determinados elementos comuns: a prática de uma negligência, por parte do credor, ensejando um dano patrimonial, um comportamento conduzindo a um aumento do prejuízo, configurando, então, uma culpa, vizinha daquela de natureza delitual.

A consideração do dever de mitigar como dever anexo, justificaria, quando violado pelo credor, o pagamento de perdas e danos.

Como se trata de um dever e não de obrigação, contratualmente estipulada, a sua violação corresponde a uma culpa delitual.

[...] (FRADERA, Véra Maria Jacob. *Pode o credor ser instado a diminuir o próprio prejuízo?* in: Revista trimestral de direito civil. RTDC, v. 5, n. 19, jul-set, 2004, p. 110 e 118)

Vale ressaltar, também, o magistério de Flávio Tartuce:

Conceito também interessante relacionado com o princípio da boa-fé objetiva é a mitigação do próprio prejuízo ou, na expressão inglesa, *duty to mitigate the loss*. [...]

Exemplificando, no caso de uma locação, haveria um dever por parte do locador de ingressar tão logo seja possível com a competente ação de despejo, não permitindo que a dívida atinja valores excessivos. O mesmo argumento vale para os contratos bancários, não podendo a instituição financeira permanecer inerte, aguardando que, diante da alta taxa de juros previstas no instrumento contratual, a dívida alcance montantes astronômicos.

A título de exemplo de aplicação da tese, vale aqui citar interessante sentença prolatada pelo Juiz de Direito Silas Silva Santos, então magistrado na Comarca de Macaraí, Estado de São Paulo. Em caso envolvendo um contrato de arrendamento rural, o magistrado aplicou o *duty to mitigate the loss*, para configuração da mora dos arrendatários. Isto porque os arrendantes assumiram o dever de corte de árvores na área locada, dever este não cumprido e invocado pelos arrendatários para fundamentar a exceção do contrato não cumprido. Entretanto, como os arrendatários não utilizaram desse seu direito em momento oportuno, não atenderam ao dever de mitigar a perda. Consta da r. sentença: "Aplicando-se ao caso dos autos o *duty to mitigate de loss*, tenho para mim que os arrendatários não pautaram suas condutas segundo os ditames da boa-fé objetiva. É que, embora favorecidos pela obrigação de os arrendadores conseguirem autorização para o corte das árvores, os réus não adotaram conduta compatível com o interesse de atenuar o próprio prejuízo, na consideração de que não havia prazo para o cumprimento da famigerada cláusula décima. Por isso é que, uma vez mais, não se dá guarida à tese invocada pelos réus. Por todos esses fundamentos, não vejo como excluir a mora dos arrendatários, cuja purgação sequer foi requerida,

sem que para tanto houvesse qualquer justificativa idônea, já que excluída a viabilidade, *in casu*, do acolhimento da *exceptio non adimpleti contractus*." (TARTUCE, Flávio. *Função social dos contratos: do código de defesa do consumidor ao código civil de 2002*. 2ª ed. São Paulo: Método, 2007, p. 209 a 211)

Sobre o tema, importante lembrar a doutrina de Alessandra Cristina Tufvesson Peixoto:

2. *Duty to mitigate the loss*

Vista a relevância da vítima para o estabelecimento da indenização adequada, trato de instituto que vem sendo desenvolvido no direito estrangeiro e que começa a ser estudado no direito brasileiro. Trata-se do ***duty to mitigate the loss***, ou mitigação do prejuízo pelo próprio credor. O fundamento para esse dever está diretamente ligado ao dever de boa-fé que deve existir entre os contratantes e entres os indivíduos, em geral.

Tem-se como conceito de boa-fé o dever de agir, nas relações sociais, de acordo com certos padrões mínimos de conduta socialmente recomendados, de lealdade, correção ou lisura, aos quais correspondem expectativas legítimas das pessoas. (PEIXOTO, Alessandra Cristina Tufvesson. *Responsabilidade extracontratual - Algumas considerações sobre a participação da vítima na quantificação da indenização*. in: Revista da Emerj, v. 11, n. 44, 2008, p. 135 e 136)

Consolidando a tese exposta, editou-se o Enunciado n. 169 do Conselho da Justiça Federal, na III Jornada de Direito Civil:

O princípio da boa-fé objetiva deve levar o credor a evitar o agravamento do próprio prejuízo.

Impende destacar, ainda, que a aplicabilidade do referido princípio é vislumbrada no âmbito do processo civil por Fredie Didier Jr.:

Remanesce a dúvida: toda essa construção teórica, criada para o universo do direito privado, pode ser aplicada por extensão ao direito processual?

Certamente que sim.

É lícito conceber a existência de um dever da parte de mitigar o próprio prejuízo, impedindo o crescimento exorbitante da multa, como corolário do princípio da boa-fé processual, cláusula geral prevista no art. 14, II, do CPC.

Como já se disse, o princípio da boa-fé processual é decorrência da expansão do princípio da boa-fé inicialmente pensado no direito privado. Esse princípio implica a proibição do abuso do direito e a possibilidade de ocorrência da *supressio*, figura, aliás, que é corolário da vedação ao abuso. Se o fundamento

do *duty to mitigate the loss* é o princípio da boa-fé, que rege o direito processual como decorrência do devido processo legal, pode-se perfeitamente admitir a sua existência, a partir de uma conduta processual abusiva, no direito processual brasileiro.

Ao não exercer a pretensão pecuniária em lapso de tempo razoável, deixando que o valor da multa aumente consideravelmente, o autor comporta-se abusivamente, violando o princípio da boa-fé. Esse ilícito processual implica a perda do direito ao valor da multa (*supressio*), respectivamente ao período de tempo considerado pelo órgão jurisdicional como determinante para a configuração do abuso de direito. Trata-se, pois, de mais um *ilicito processual caducificante*. (DIDIER JR., Fredie. *Multa coercitiva, boa-fé processual e supressio: aplicação do duty to mitigate the loss no processo civil*. in: Revista de processo. a. 34, 1. 171, maio, 2009, p. 48)

Da análise do contexto da lide, não se divisa qualquer ilegalidade a ser reparada, porquanto a Corte originária considerou inadimplido o dever de mitigar o próprio prejuízo, oriundo do princípio da boa-fé objetiva.

Conforme noticiado nos autos, o promitente-comprador deixou de efetuar o pagamento das prestações do contrato de compra e venda em 1994, abandonando, posteriormente, o imóvel em setembro de 2001. Contudo o credor só realizou a defesa de seu patrimônio em 17 de outubro de 2002, data do ajuizamento da ação de reintegração de posse c.c. pedido de indenização, situação que evidencia o descaso com o prejuízo sofrido, *verbis*:

[...]

E ao mencionar o documento de fl. 34, a apelante situou o abandono do imóvel em setembro de 2001, ou um pouco antes, cerca de um ano antes do ajuizamento da demanda. Ela também não justificou a demora na propositura da ação de resolução e nem por que não tomou antes a iniciativa de averiguar a situação da unidade (se o apartamento ainda estava ocupado ou não), embora o inadimplemento datasse do ano de 1994 e a última notificação do recorrido de 1998. Uma situação como a dos autos impunha um comportamento mais ativo da promitente-vendedora, principalmente em verificara se o promissário-comprador continuava ou não na posse do imóvel. Embora este não a procurasse ou não a notificasse formalmente para restituir-lhe a posse do apartamento, ela estava adstrita a agir, ou ao menos justificar nos autos a sua inércia, a demora em verificar o imóvel e adotar uma posição de defesa eficiente dos seus interesses e, assim, evitar o agravamento do dano. Se fosse diligente e ajuizasse a demanda prontamente, por certo teria recuperado a posse do imóvel bem antes, e nessa medida, a despeito também da atitude do recorrido, ela concorreu para a não-fruição da unidade por mais tempo. E isso influi decisivamente na determinação da indenização.

[...] (fl. 121)

Desse modo, verifica-se que a recorrente descuidou-se com o seu dever de mitigar o prejuízo sofrido, pois o fato de ter deixado o devedor na posse do imóvel por quase 7 (sete) anos, sem que este cumprisse com o seu dever contratual (pagamento das prestações relativas ao contrato de compra e venda), evidencia a ausência de zelo com o seu patrimônio e o agravamento significativo das perdas, uma vez que a realização mais célere dos atos de defesa possessória diminuiriam a extensão do dano.

Ademais, não prospera o argumento da recorrente de que a demanda foi proposta dentro do prazo prescricional, pois, como já exposto, o não exercício do direito de modo ágil, fere o preceito ético de não impor perdas desnecessárias nas relações contratuais.

Portanto, a conduta da ora recorrente, inegavelmente, viola o princípio da boa-fé objetiva, circunstância que caracteriza inadimplemento contratual a justificar a penalidade imposta pela Corte originária.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso especial.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 842.559-RJ (2006/0085910-6)

Relator: Ministro Sidnei Beneti

Recorrente: Mucisa Empreendimentos e Participações Ltda

Advogado: André Ricardo Salomonde Pinho e outro(s)

Recorrido: Bar Galeto do Rio Ltda

Advogados: Adolfo Marques da Costa

Nilton Juarez da Cruz

EMENTA

Direito Civil e Processual Civil. Negativa de prestação jurisdicional. Não ocorrência. Recurso especial. Impossibilidade de revolvimento de matéria fática. Ação possessória. Aquisição da posse por negócio jurídico. *Exceptio domini*.

I - A jurisprudência desta Casa é pacífica ao proclamar que, se os fundamentos adotados bastam para justificar o concluído na decisão, o julgador não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos utilizados pela parte.

II - Nos termos do artigo 493, III, do Código Civil de 1916, a compra e venda de imóvel só seria, em tese, suficiente para transmitir a posse deste se, no mesmo contrato também se houvesse convencionado a transmissão da própria posse.

III - A alegação de ofensa ao artigo 131 do Código de Processo Civil, no caso dos autos, esbarra na Súmula n. 7-STJ.

IV - Nos termos do artigo 505, parte final, do Código Civil de 1916, não se pode julgar a ação possessória em favor daquele que evidentemente não tinha o domínio. A fim de conciliar essa regra com as limitações processuais impostas pela causa de pedir própria das ações possessórias, afirmou-se que a propriedade do bem apenas seria relevante quando a posse estivesse sendo discutida com base em títulos de propriedade.

V - Nesse sentido a Súmula n. 478-STF, com a seguinte redação: “Será deferida a posse a quem, evidentemente, tiver o domínio, se com base neste for ela disputada”.

VI - Ante o exposto, nega-se provimento ao Recurso Especial.

ACÓRDÃO

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

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

Brasília (DF), 22 de junho de 2010 (data do julgamento).

Ministro Sidnei Beneti, Relator

DJe 1º.07.2010

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Sidnei Beneti: 1. - *Mucisa Empreendimentos e Participações Ltda.* interpõe recurso especial com fundamento nas alíneas **a** e **c** do inciso III do artigo 105 da Constituição Federal, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, Relator o Desembargador *Gilberto Rêgo*, cuja ementa ora se transcreve (fls. 228):

Civil. Apelação civil. Ação de reintegração de posse. Alegação de domínio. Sentença que julgou improcedente o pedido de reintegração de posse formulado pelo autor. Impossibilidade de discussão acerca do domínio em ação possessória. Jurisprudência pacificada. O autor ora apelante não logrou êxito em demonstrar o exercício da posse anterior ao esbulho. Sentença que se mantém. *Recurso conhecido. Provimento negado.*

2. - O primeiro dos embargos de declaração (fls. 236-239 e 249-252) foi parcialmente acolhido para esclarecer que o acórdão havia se omitido em apreciar o pedido de exclusão de verba honorária e que, tal pretensão, contudo, não merecia prosperar porque devida, na hipótese, a condenação em honorários advocatícios (fls. 269-275). Os demais embargos apresentados (fls. 277-280) foram rejeitados em acórdão assim ementado (fls. 336):

Embargos de declaração. Rejeição.

Estando a parte representada por advogado devidamente inscrito na OAB-RJ, não há que se falar em nulidade do processo por defeito de representação.

Recurso rejeitado.

3. - A recorrente alega que o Tribunal de origem teria violado o artigo 535 do Código de Processo Civil ao deixar de se manifestar sobre a assertiva de ofensa aos artigos 493, III, e 505 do Código Civil de 1916, 131 do Código de Processo Civil e da Súmula n. 487-STF, suscitados no recurso de apelação e também nos embargos de declaração.

4. - Segundo sustenta, o Tribunal de origem, ao entender que a simples reinscrição do advogado do recorrido nos quadros da OAB-RJ teria o condão de convalidar os atos praticados por ele à época em que estava impedido de exercer a advocacia, teria violado o artigo 4º, *caput*, e parágrafo único da Lei n. 8.906/1994. Nesse sentido aponta dissídio jurisprudencial, com relação à precedente desta Corte.

5. - Afirma que ao tempo do ajuizamento da ação vigorava o Código Civil de 1916, e que, de acordo com o artigo 493, III, desse diploma, a posse poderia ser adquirida por qualquer meio de aquisição da propriedade em geral. Por isso, o registro da escritura de compra e venda no Registro Geral de Imóveis, realizado em 1947, ela lhe outorgado o domínio e também a posse do imóvel. Dessa forma, não se poderia rejeitar a ação de reintegração de posse ao argumento de que a recorrente não havia possuído o bem antes do suposto esbulho.

6. - Também estaria violado o artigo 131 do Código de Processo Civil, porque o Tribunal de origem teria ignorado a afirmativa feita pelo próprio recorrido de que o imóvel era utilizado comercialmente pela recorrente.

7. - Sustenta que o artigo 505 do Código Civil de 1916, combinado com a Súmula n. 487-STF, não apenas permite a discussão do domínio em sede de reintegração de posse, como ainda determina que a posse seja julgada em favor daquele que evidentemente detém o domínio.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Sidnei Beneti (Relator): 8. - Não se viabiliza o especial pela indicada ausência de prestação jurisdicional, porquanto a matéria em exame foi devidamente enfrentada, emitindo-se pronunciamento de forma fundamentada. A jurisprudência desta Casa é pacífica ao proclamar que, se os fundamentos adotados bastam para justificar o concluído na decisão, o julgador não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos utilizados pela parte.

9. - Não há que se reconhecer a nulidade dos autos processuais praticados pelo advogado suspenso dos quadros da OAB se este vem, em tempo hábil, a regularizar sua situação junto àquela entidade e a ratificar os atos anteriormente praticados. Nesse sentido:

Recurso especial. Processo Civil. Irregularidade de representação processual. Ato praticado por advogado suspenso temporariamente da OAB. Nulidade sanável. Extinção do processo com fundamento no art. 267, IV, do CPC. Necessidade de prévia intimação da parte para regularização. Exegese dos arts. 13 e 36 do CPC e do art. 4º da Lei n. 8.906/1994 (Estatuto da OAB).

- Embora o art. 4º do Estatuto da OAB disponha que são nulos os atos praticados por pessoa não inscrita na OAB ou por advogado impedido, suspenso, licenciado ou que passar a exercer atividade incompatível com a advocacia; o defeito de

representação processual não acarreta, de imediato, a nulidade absoluta do ato processual ou mesmo de todo o processo, porquanto tal defeito é sanável nos termos dos arts. 13 e 36 do CPC. Primeiro, porque isso não compromete o ordenamento jurídico; segundo, porque não prejudica nenhum interesse público, nem o interesse da outra parte; e, terceiro, porque o direito da parte representada não pode ser prejudicado por esse tipo de falha do seu advogado. A nulidade só advirá se, cabendo à parte reparar o defeito ou suprir a omissão, não o fizer no prazo marcado.

- Se a parte comparece a juízo não representada por advogado habilitado, ou se este, no curso do processo, perde a capacidade postulatória (por impedimento, licença, suspensão ou exclusão da OAB), ou renuncia ao mandato, ou morre, o juiz deve, antes de extinguir o processo, sem resolução de mérito, nos termos do art. 267, IV, do CPC, por irregularidade de representação processual, intimar a parte para que, no prazo por ele estipulado: (i) constitua novo patrono legalmente habilitado a procurar em juízo; ou (ii) já havendo outro advogado legalmente habilitado, que este ratifique os atos praticados pelo procurador inabilitado.

(REsp n. 833.342-RS, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 25.09.2006, DJ 09.10.2006 p. 302)

Ressalte-se que mesmo no acórdão proferido no REsp n. 421.843-RJ, indicado pela recorrente com paradigma, a nulidade só foi reconhecida porque naquele feito a parte, intimada para constituir novo advogado, não se manifestou.

10. - Ao contrário do que afirmado pela recorrente, a posse não podia ser adquirida, ao tempo do Código Civil de 1916 com o mero registro da escritura pública de compra e venda de imóvel.

A posse, como se sabe, compreende um elemento interno (que é a intenção de possuir a coisa como sua (*animus*) e um elemento externo, caracterizado pela apreensão física do bem (*corpus*). Mesmo na teoria objetiva de IHERING, segundo a qual a posse há de ser compreendida como a exteriorização da propriedade, não é possível deixar de vislumbrar, fundidos em uma única realidade, os elementos anímico e comportamental.

Dado esse elemento fático, não seria adequado admitir, em princípio, que o só negócio jurídico, pudesse se erigir como modo de aquisição de posse. Aliás, se a posse é essencialmente a exteriorização da propriedade, uma condição fática, portanto, muito mais adequado seria falar em “início do exercício da posse” do que em “aquisição da posse”.

O atual Código Civil, embora sem abandonar a expressão consagrada, traz regra completamente consentânea com a natureza própria do instituto.

Adverte, com efeito, em seu artigo 1.204: “Adquire-se a posse desde o momento em que se torna possível o exercício, em nome próprio, de qualquer dos poderes inerentes à propriedade”.

O Código Civil anterior, no entanto, no artigo 493, estabelecia:

Art. 493. Adquire-se a posse:

I - pela apreensão da coisa, ou pelo exercício do direito;

II - pelo fato de se dispor da coisa, ou do direito;

III - por qualquer dos modos de aquisição em geral.

Parágrafo único. É aplicável à aquisição da posse o disposto neste Código, arts. 81 a 85.

O agir concreto, que é marca do instituto, surge claro nos incisos I e II. A dificuldade, como se percebe, diz respeito ao inciso III. O que pretendia, afinal, o legislador de 1916 ao determinar que a posse poderia ser adquirida “por qualquer dos modos de aquisição em geral”?

Quis o legislador designar os modos de aquisição da propriedade? E se entendermos que sim, isso significa que, antes de 2002, a posse poderia ser adquirida por exemplo, pela transcrição da escritura pública de compra e venda, no caso de imóveis? Uma resposta afirmativa a essas questões implicaria subverter a própria natureza do instituto.

Imagine-se que em uma situação como essa, o alienante do imóvel não o tenha entregue ao comprador. Nesse caso, a ação que se põe a disposição deste é justamente a ação de imissão na posse. Isso tanto sob a égide do Código Civil atual, como sob a égide do Código anterior. Vê-se, assim, que, se existe a necessidade de o comprador que não recebeu o bem ingressar com uma ação de imissão da posse, é porque esta, como realidade fática que é, não se transmitiu pelo contrato.

Para CRISTIANO CHAVES e NELSON ROSENVALD, o impasse suscitado por esse tipo de interpretação pode ser desfeito partir da compreensão de que existe uma posse natural, cujos contornos remetem às conhecidas teorias subjetiva e objetiva (SAVIGNY e IHERING), e uma posse civil, que designa o direito legítimo de exercer a posse natural em decorrência de um contrato válido. Confira-se:

Certamente, haverá uma distinção entre as aquisições das posses civil e natural. A posse natural surge *ex novo*, em razão do apossamento, caracterizado

como a tomada de controle material da coisa por parte de uma pessoa, que de forma pública e reiterada pratica atos materiais que demonstram a sujeição do bem ao titular (...).

A posse civil ou jurídica, é aquela que se transmite ou se adquire pelo título. A obtenção da posse civil é condicionada à satisfação dos requisitos de validade do negócio jurídico: agente capaz, objeto lícito, possível e forma prescrita ou não defesa em lei (artigo 104 CC). Essa modalidade de posse é adquirida por força de relação jurídica, sem necessidade de apreensão material da coisa. Ou seja: quem adquire a propriedade ou um direito dela decorrente (v.g. locação, usufruto) recebe a posse civil em conjunto, por investir-se de faculdades de uso e gozo da coisa. (FARIAS, Cristiano Chaves de e ROSENVALD, Neson. *Direitos Reais*, 4ª ed: Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2007, p. 88-89).

Essa idéia vem bem sintetizada no Código Civil austríaco que em seu § 320 estabelece: *Durch einen gültigen Titel erhält man nur das Recht zum Besitze einer Sache, nicht den Besitz selbst* (Por meio de um título válido adquire-se apenas o direito à posse, mas não a posse mesma).

Também lapidar é a lição de ARRUDA ALVIM (*Comentários ao Código Civil Brasileiro, Vol. XI, Tomo II*: Forense, Rio de Janeiro, 2009, p. 212-213):

Não será suficiente a comprovação do negócio jurídico pelo qual se afirme que a posse foi adquirida, para ter-se a posse como efetivamente iniciada. Comprovado o negócio jurídico, ter-se-á a transferência do *ius possediendi* (...) mas não propriamente a posse, entendida essa como controle material. É, em realidade, o que deflui do disposto no art. 1.204. Por isso é que, se houver um documento “transferido a posse”, mas que não tenha repercussão de facto alguma, a posse não terá sido, efetivamente adquirida; o que, como dito, poderá ter sido transferido é o *jus possediendi*. Esse documento poderá eventualmente significar, apenas, promessa de transferência-aquisição da posse.

TITO FULGÊNCIO (*Da posse e das Ações Possessórias, Vol I. 5ª ed.*: Forense, Rio de Janeiro, 1978, fls. 53) esclarece que a expressão “modos de aquisição em geral”, inserta no inciso III, do artigo 493, faz referência não aos modos de aquisição da propriedade, mas aos “atos jurídicos, ou à aquisição da posse por título eficaz *inter vivos* ou *causa mortis*, oneroso ou gratuito”. Isso significa que, nos termos do artigo 493, III, do Código Civil de 1916 a compra e venda do imóvel só seria, em tese, suficiente para transmitir a posse se, nesse mesmo contrato também se houvesse convencionado a transmissão da própria posse e não apenas a transmissão da propriedade do imóvel.

Esse contrato que, na espécie poderia ter sido firmado de modo acessório, por meio do qual se transmite a posse de determinado bem, consubstancia em realidade, uma tradição consensual.

ORLANDO GOMES, escrevendo ao tempo do Código Civil de 1916 (*Direitos Reais*. 12ª ed.: Forense, Rio de Janeiro, 1997, p. 52-53), esclarece que os modos de aquisição da posse podem ser divididos em originários e derivados conforme haja ou não consentimento do possuidor anterior. Para ele os incisos I e II do artigo 493 (apreensão e exercício do direito) corresponderiam aos modos originários de aquisição da propriedade, sendo que a aquisição derivada se faria pela tradição, que, a seu turno, poderia ser material, ficta ou consensual.

A tradição consensual reveste duas formas: a) a *traditio brevi manu* quando, por contrato, o possuidor direto (*v.g.* locador) assume também a posição de possuidor indireto (*v.g.* locatário) ou b) a *cláusula constituti* ou constituto possessório, quando o possuidor de uma coisa em nome próprio passa a possuí-la em nome alheio. Tal instrumento tinha previsão específica no artigo 494, IV, do Código Civil de 1916.

Perceba-se que tanto em um como noutro caso, a posse não é adquirida pelo simples negócio jurídico, havendo um comportamento humano sobre a coisa que, aliado a esse negócio jurídico permite conferir ao contratante posição de possuidor. Assim se dá porque um mero negócio jurídico, como ressaltado, não poderia investir um dos contraentes em uma situação de fato.

Mesmo o constituto possessório, que tradicionalmente se afirma hábil para transmitir a posse àquele que nunca a exerceu de fato, exige a presença de um possuidor direto que exerça essa posse em nome daquele adquirente. Utiliza-se, como se percebe, o instituto da representação para mitigar os efeitos que necessariamente adviriam da aplicação rigorosa do conceito de posse.

Este Superior Tribunal de Justiça já reconheceu eficácia ao constituto possessório:

Civil. Posse. Constituto possessório. Aquisição fictícia (CC, art. 494, IV). Reintegração de posse. Cabimento. Comodato verbal.

I - A aquisição da posse se dá também pela *cláusula constituti* inserida em escritura pública de compra-e-venda de imóvel, o que autoriza o manejo dos interditos possessórios pelo adquirente, mesmo que nunca tenha exercido atos de posse direta sobre o bem.

(REsp n. 143.707-RJ, Rel. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, Quarta Turma, DJ 02.03.1998);

No caso dos autos, porém, não é o caso de se reconhecer ofensa ao artigo 493, III, do Código de Processo Civil de 1916. Primeiro porque, o contrato de compra e venda do imóvel não tem por objetivo transmitir a posse, segundo porque não há notícia de que tenha sido pactuada uma *cláusula constituti* em favor da recorrente e, finalmente, porque não há indícios de que o imóvel tenha sido ocupado por alguém que sobre ele exerceu posse em nome da recorrente.

11. - A alegação de ofensa ao artigo 131 do Código de Processo Civil esbarra na Súmula n. 7-STJ. A recorrente entende que o referido dispositivo legal restou malferido porque não teria sido considerada a informação prestada pelo próprio recorrido em audiência, de que o imóvel era utilizado comercialmente por ela.

Sucedo que, apesar disso, as instâncias ordinárias, soberanas na apreciação das provas foram enfáticas em afirmar que a recorrente não conseguiu comprovar ter algum dia exercido posse sobre o imóvel objeto da ação reintegratória.

Com efeito, apenas a apreciação dos demais elementos de prova constantes dos autos poderia evidenciar a aptidão, em tese, de a referida informação interferir na conclusão alvitada pelas instâncias de origem quanto ao tema.

12. - Em relação à separação entre os juízos dominial e possessório, assim estabelecia o artigo 505 do Código Civil de 1916:

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

A fim de conciliar a parte final do dispositivo em referência com as limitações processuais impostas pela causa de pedir própria das ações possessórias, a doutrina, capitaneada por CLÓVIS BEVILÁQUA, passou a entender que a propriedade do bem, para tais efeitos, apenas seria relevante nas hipóteses em que a posse estivesse sendo discutida com base em títulos de propriedade. Nesse sentido a Súmula n. 478-STF, aprovada em sessão plenária de 03.12.1969, com a seguinte redação: Será deferida a posse a quem, evidentemente, tiver o domínio, se com base neste for ela disputada.

Conforme TEOTÔNIO NEGRÃO (*Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor*. 39ª ed.: Saraiva, São Paulo, 2007, p. 997), a Súmula n. 487-STF só se aplica nas hipóteses em que ambos os litigantes pretendem a posse a título de domínio, e não quando um deles a defende por ela mesma.

No mesmo sentido:

Ação possessória. Súmula n. 487-STF.

Não se aplica a Súmula n. 487-STF quando não se disputa a posse com base no domínio.

Recurso não conhecido.

(REsp n. 94.076-MT, Rel. Ministro Ruy Rosado de Aguiar, Quarta Turma, DJ 07.10.1996);

Ação possessória. Súmula n. 487 do Supremo Tribunal Federal.

Não comprovada a posse sobre a área litigiosa, tal como invocada na inicial pelos demandantes, a ação possessória apresenta-se improcedente. Será deferida a posse a quem evidentemente tiver o domínio, apenas se com base neste for a posse disputada por um e por outro litigantes.

Recurso especial não conhecido.

(REsp n. 6.012-PR, Rel. Ministro Athos Carneiro, Quarta Turma, DJ 09.09.1991).

Sucedo que, no caso concreto, a posse não é disputada pelas duas partes do processo com base no domínio, razão pela qual não se pode concluir que a ação possessória deva ser julgada em favor do proprietário da coisa.

Subsiste, pois, integralmente, a solução dada ao caso pela justiça do Estado do Rio de Janeiro, por intermédio da sentença (fls. 200), mantida pelo Acórdão ora recorrido, não havendo nada que justifique a reforma do julgado em nível deste Superior Tribunal de Justiça.

13. - Ante o exposto, nega-se provimento ao Recurso Especial.

RECURSO ESPECIAL N. 855.040-DF (2006/0136870-4)

Relator: Ministro Sidnei Beneti

Recorrente: Companhia Imobiliária de Brasília - Terracap

Advogado: Noelma de Almeida Gomes e outro(s)

Recorrido: Ana Rita Pereira dos Santos

Advogado: Ivai Abinael Martins e outro(s)

EMENTA

Direito Civil e Processual Civil. Indenização por benfeitorias. Justo título. Boa-fé. Acesso. Prequestionamento.

I - Nos termos do artigo 1.201 do Código Civil, a existência de justo título instaura a presunção de que a posse é exercida de boa-fé, mas a sua falta, ao contrário, não autoriza a conclusão de que há má-fé. Com efeito, para que a posse seja considerada de boa-fé, basta que o possuidor ignore a existência de obstáculo legal à aquisição da coisa.

II - De acordo com o artigo 1.219 do Código Civil o possuidor de boa-fé deve ser indenizado tanto pelas benfeitorias necessárias quanto pelas benfeitorias úteis.

III - Quanto à caracterização da edificação como benfeitoria ou acesso, observa-se que essa questão não foi debatida no acórdão recorrido e nem foram opostos embargos de declaração com esse propósito. O tema carece do necessário prequestionamento, merecendo aplicação as Súmulas n. 282 e n. 356 do Supremo Tribunal Federal.

IV - Recurso especial a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

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

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

Brasília (DF), 22 de junho de 2010 (data do julgamento).

Ministro Sidnei Beneti, Relator

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Sidnei Beneti: 1. - *Companhia Imobiliária de Brasília Terracap* interpõe recurso especial com fundamento nas alíneas **a** e **c** do inciso III do artigo 105 da Constituição Federal, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, Relator o Desembargador ROBERVAL CASEMIRO BELINATI, cuja ementa ora se transcreve na parte em que interessa (fls. 181):

Ação reivindicatória. Terracap. Bem público. Posse injusta. Certidão de registro. Benfeitorias. Indenização. Taxa de ocupação. Sucumbência recíproca.

1. Se a certidão do registro imobiliário registra que o imóvel em questão é de propriedade da Terracap e a posse é injusta, cabível a ação reivindicatória e certa a sua procedência.

2. Se a Administração foi tolerante por vários anos em relação à ocupação da área, tal fato enseja a obrigação de indenizar as benfeitorias erigidas no imóvel pelo ocupante de boa-fé. No caso em apreço, a ré ocupa o imóvel desde 1996.

2. - Os embargos de declaração opostos (fls. 76-79) foram rejeitados (fls. 82-85).

3. - A recorrente alega que a recorrida não pode ser considerada possuidora de boa-fé, porque não tem justo título, como, aliás, teria sido reconhecido pelo próprio Tribunal de origem. Dessa forma, a posse exercida por ela não poderia, nos termos dos artigos 1.200 e 1.201 do Código Civil gerar direito de retenção por benfeitorias.

4. - Ressalta que a prolongada tolerância do poder público com relação à invasão perpetrada pela recorrida, assinalada pelo acórdão, não tem o condão de transmutar a natureza da posse exercida e, portanto, de conferir à recorrida, o direito de retenção por benfeitorias.

5. - Afirma, ainda, que, quem edifica em terra nua não faz benfeitoria, mas acessão, não sendo adequado equiparar uma e outra. Ressalta que, mesmo que se desconsiderasse esse rigor técnico, não se poderia considerar a acessão uma benfeitoria necessária, porque ela não tem o propósito de conservar ou evitar a deterioração do imóvel. Por outro lado, de acordo com o artigo 1.219 do Código Civil, apenas as benfeitorias necessárias são passíveis de indenização ao possuidor de má-fé, não aquelas consideradas úteis.

6. - Destaca que, nos termos do artigo 1.255 do Código Civil, aquele que semeia, planta ou edifica em terreno alheio, perde as sementes, plantas ou construções para o proprietário do terreno, cabendo indenização apenas ao possuidor de boa-fé.

7. - Ressalta que não pode ser obrigada a indenizar uma edificação feita sem o atendimento dos requisitos administrativos e legais e que não contribuiu para aumentar o valor do imóvel.

8. - Aponta dissídio jurisprudencial, colacionando precedente desta Corte. É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Sidnei Beneti (Relator): 9. - A *Companhia Imobiliária de Brasília - Terracap* propôs ação reivindicatória com pedido de imissão na posse contra *Ana Rita Pereira dos Santos*, alegando que esta havia ocupado irregularmente área pública (fls. 02-14).

10. - A sentença julgou procedente o pedido para condenar a ré a devolver o imóvel, sem reconhecer o direito à indenização pelas construções erigidas no local (fls. 138-143).

11. - O Tribunal de origem deu parcial provimento à apelação da ré, para condenar a autora a indenizar as benfeitorias realizadas no imóvel. Entendeu que a prolongada ocupação do terreno sem oposição do poder público permitia concluir que a posse era exercida de boa-fé. Confirma-se (fls. 188).

Requer, ainda a ré, indenização pelas benfeitorias realizadas no imóvel.

O pedido das benfeitorias colhe sucesso.

Tenho entendido que se a Administração foi tolerante por vários anos em relação à ocupação da área, tal fato enseja a obrigação de indenizar as benfeitorias erigidas no imóvel pelo ocupante de boa-fé.

No caso, a ocupação existe desde 1996, ou seja, há quase dez anos, sendo a posse, portanto, antiga. As benfeitorias estão demonstradas nas fotos de fl. 117.

O não reconhecimento do direito à indenização ensejaria locupletamento, o que se mostra inadmissível.

12. - O recurso especial não prospera. A alegação de que a recorrida seria possuidora de má-fé apenas porque carente de justo título não se sustenta. Nos termos do artigo 1.201 do Código Civil, a presença de justo título instaura a presunção de que a posse é exercida de boa-fé, mas a sua ausência, ao contrário, não autoriza a conclusão de que existe má-fé. Com efeito, para que a posse seja considerada de boa-fé, basta que a parte ignore a existência de obstáculo à aquisição da coisa.

Tanto é assim que desde as fontes mais antigas da teoria da posse, distinguem-se o justo título e a boa fé, reservando-se tratamento privilegiante no caso da presença de ambas as características da posse, afastada esta última, a boa fé, em algumas situações que não se misturam com a aparência de justiça do título.

Da falta de justo título não decorre, pois, automaticamente a má fé, a qual estará presente somente no caso de mera detenção da coisa havida violenta, clandestina ou precariamente (vi, clam, precário, CC/2002 art. 1.200).

No caso, a circunstância da boa fé foi expressamente reconhecida pelo Acórdão recorrido. E essa circunstância é fática, de modo que, declarada pelo Tribunal de Origem, não pode ser alterada por esta Corte sem reanálise das bases fáticas do julgado - o que é vedado aqui realizar, por força da Súmula n. 7-STJ.

Ressalte-se que, embora não se desconheça o grave problema fundiário enfrentado no Distrito Federal com relação à ocupação irregular de terras públicas, o que certamente concorre em prejuízo da recorrida, não há como estabelecer, em sede de recurso especial a presunção de que, no caso concreto, a ocupação se deu de má-fé.

Tem razão a recorrente quando afirma que prolongada inércia do poder público em reivindicar o imóvel é incapaz de transmutar o caráter da posse exercida pela recorrida. Mas isso não significa que, em algum momento, essa posse tenha sido exercida de má-fé. Só terá havido má-fé, se a recorrida tinha ciência, quando da ocupação do terreno, de que este era um bem público e, mais do que isso, que por força dessa circunstância era ele insuscetível de apropriação. Tal circunstância, porém, como assinalado, apenas pode ser revelada a partir do exame cuidadoso de fatos e provas o que não admite a Súmula n. 7 desta Corte.

13. - Também não há falar em indevido reconhecimento do direito de retenção por benfeitorias, porque o Tribunal de origem afirmou o cabimento, apenas, do direito de indenização por benfeitorias e não de retenção. Incidência da Súmula n. 284-STF.

14. - Quanto à caracterização da edificação como benfeitoria ou acessão, observa-se que essa questão não foi debatida no acórdão recorrido e nem foram opostos embargos de declaração com esse propósito. O tema carece do necessário prequestionamento, merecendo aplicação as Súmulas n. 282 e n. 356 do Supremo Tribunal Federal.

Não sendo possível a revisão do acórdão, quanto ao ponto, deve-se considerar, para todos os efeitos, que a edificação realizada caracteriza-se como benfeitoria.

15. - Assim resta apreciar, somente se a benfeitoria em questão deve ou não ser indenizada.

Nos termos do artigo 1.219 do Código Civil o possuidor de boa-fé deve ser indenizado tanto pelas benfeitorias necessárias e quanto pelas benfeitorias úteis.

A recorrente, como visto, não apresentou nenhum argumento capaz de afastar a boa-fé entrevista pelo Tribunal de origem. Por outro lado, o acórdão recorrido não se manifestou quanto à classificação da benfeitoria realizada, se útil ou necessária.

Nesses termos, se a recorrente pretendia excluir a indenização, deveria ter afirmado e demonstrado que a edificação feita não poderia ser considerada nem necessária nem útil. Mas não fez ela isso, tendo se limitado afirmar que a benfeitoria em questão não era necessária. As razões recursais, por isso, não esgotam todas as possibilidades de incidência da norma e, portanto, não são suficientes para desconstituir o acórdão recorrido.

16. - Finalmente, no que diz respeito à inaptidão da edificação realizada em contribuir para a valorização do terreno, observa-se que o Tribunal de origem não enfrentou o tema, nem foram opostos embargos de declaração com essa finalidade. Diante da falta de prequestionamento incidem as Súmulas n. 282 e n. 356 do Supremo Tribunal Federal.

17. - Ante o exposto, nega-se provimento ao Recurso Especial.

RECURSO ESPECIAL N. 1.000.356-SP (2007/0252697-5)

Relatora: Ministra Nancy Andrigui

Recorrente: N V D I G E S

Advogado: Mário de Salles Penteado e outro(s)

Recorrido: C F V

Advogado: Antônio A S Pereira de Carvalho e outro(s)

EMENTA

Direito Civil. Família. Recurso especial. Ação de anulação de registro de nascimento. Ausência de vício de consentimento. Maternidade socioafetiva. Situação consolidada. Preponderância da preservação da estabilidade familiar.

- A peculiaridade da lide centra-se no pleito formulado por uma irmã em face da outra, por meio do qual se busca anular o assento de nascimento. Para isso, fundamenta seu pedido em alegação de falsidade ideológica perpetrada pela falecida mãe que, nos termos em que foram descritos os fatos no acórdão recorrido - considerada a sua imutabilidade nesta via recursal -, registrou filha recém-nascida de outrem como sua.

- A par de eventual sofisma na interpretação conferida pelo TJ-SP acerca do disposto no art. 348 do CC/1916, em que tanto a falsidade quanto o erro do registro são suficientes para permitir ao investigante vindicar estado contrário ao que resulta do assento de nascimento, subjaz, do cenário fático descrito no acórdão impugnado, a ausência de qualquer vício de consentimento na livre vontade manifestada pela mãe que, mesmo ciente de que a menor não era a ela ligada por vínculo de sangue, reconheceu-a como filha, em decorrência dos laços de afeto que as uniram. Com o foco nessa premissa - a da existência da socioafetividade -, é que a lide deve ser solucionada.

- Vê-se no acórdão recorrido que houve o reconhecimento espontâneo da maternidade, cuja anulação do assento de nascimento da criança somente poderia ocorrer com a presença de prova robusta - de que a mãe teria sido induzida a erro, no sentido de desconhecer

a origem genética da criança, ou, então, valendo-se de conduta reprovável e mediante má-fé, declarar como verdadeiro vínculo familiar inexistente. Inexiste meio de desfazer um ato levado a efeito com perfeita demonstração da vontade daquela que um dia declarou perante a sociedade, em ato solene e de reconhecimento público, ser mãe da criança, valendo-se, para tanto, da verdade socialmente construída com base no afeto, demonstrando, dessa forma, a efetiva existência de vínculo familiar.

- O descompasso do registro de nascimento com a realidade biológica, em razão de conduta que desconsidera o aspecto genético, somente pode ser vindicado por aquele que teve sua filiação falsamente atribuída e os efeitos daí decorrentes apenas podem se operar contra aquele que realizou o ato de reconhecimento familiar, sondando-se, sobretudo, em sua plenitude, a manifestação volitiva, a fim de aferir a existência de vínculo socioafetivo de filiação. Nessa hipótese, descabe imposição de sanção estatal, em consideração ao princípio do maior interesse da criança, sobre quem jamais poderá recair prejuízo derivado de ato praticado por pessoa que lhe ofereceu a segurança de ser identificada como filha.

- Some-se a esse raciocínio que, no processo julgado, a peculiaridade do fato jurídico morte impede, de qualquer forma, a sanção do Estado sobre a mãe que reconheceu a filha em razão de vínculo que não nasceu do sangue, mas do afeto.

- Nesse contexto, a filiação socioafetiva, que encontra alicerce no art. 227, § 6º, da CF/1988, envolve não apenas a adoção, como também “parentescos de outra origem”, conforme introduzido pelo art. 1.593 do CC/2002, além daqueles decorrentes da consanguinidade oriunda da ordem natural, de modo a contemplar a socioafetividade surgida como elemento de ordem cultural.

- Assim, ainda que despida de ascendência genética, a filiação socioafetiva constitui uma relação de fato que deve ser reconhecida e amparada juridicamente. Isso porque a maternidade que nasce de uma decisão espontânea deve ter guarida no Direito de Família, assim como os demais vínculos advindos da filiação.

- Como fundamento maior a consolidar a acolhida da filiação socioafetiva no sistema jurídico vigente, erige-se a cláusula geral de

tutela da personalidade humana, que salvaguarda a filiação como elemento fundamental na formação da identidade do ser humano. Permitir a desconstituição de reconhecimento de maternidade amparado em relação de afeto teria o condão de extirpar da criança - hoje pessoa adulta, tendo em vista os 17 anos de tramitação do processo - preponderante fator de construção de sua identidade e de definição de sua personalidade. E a identidade dessa pessoa, resgatada pelo afeto, não pode ficar à deriva em face das incertezas, instabilidades ou até mesmo interesses meramente patrimoniais de terceiros submersos em conflitos familiares.

- Dessa forma, tendo em mente as vicissitudes e elementos fáticos constantes do processo, na peculiar versão conferida pelo TJ-SP, em que se identificou a configuração de verdadeira “adoção à brasileira”, a caracterizar vínculo de filiação construído por meio da convivência e do afeto, acompanhado por tratamento materno-filial, deve ser assegurada judicialmente a perenidade da relação vivida entre mãe e filha. Configurados os elementos componentes do suporte fático da filiação socioafetiva, não se pode questionar sob o argumento da diversidade de origem genética o ato de registro de nascimento da outrora menor estribado na afetividade, tudo com base na doutrina de proteção integral à criança.

- Conquanto a “adoção à brasileira” não se revista da validade própria daquela realizada nos moldes legais, escapando à disciplina estabelecida nos arts. 39 *usque* 52-D e 165 *usque* 170 do ECA, há de preponderar-se em hipóteses como a julgada – consideradas as especificidades de cada caso – a preservação da estabilidade familiar, em situação consolidada e amplamente reconhecida no meio social, sem identificação de vício de consentimento ou de má-fé, em que, movida pelos mais nobres sentimentos de humanidade, A. F. V. manifestou a verdadeira intenção de acolher como filha C. F. V., destinando-lhe afeto e cuidados inerentes à maternidade construída e plenamente exercida.

- A garantia de busca da verdade biológica deve ser interpretada de forma correlata às circunstâncias inerentes às investigatórias de paternidade; jamais às negatórias, sob o perigo de se subverter a ordem e a segurança que se quis conferir àquele que investiga sua real identidade.

- Mantém-se o acórdão impugnado, impondo-se a irrevogabilidade do reconhecimento voluntário da maternidade, por força da ausência de vício na manifestação da vontade, ainda que procedida em descompasso com a verdade biológica. Isso porque prevalece, na hipótese, a ligação socioafetiva construída e consolidada entre mãe e filha, que tem proteção indelével conferida à personalidade humana, por meio da cláusula geral que a tutela e encontra respaldo na preservação da estabilidade familiar.

Recurso especial não provido.

ACÓRDÃO

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

Brasília (DF), 25 de maio de 2010 (data do julgamento).

Ministra Nancy Andrighi, Relatora

DJe 07.06.2010

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Nancy Andrighi: Cuida-se de recurso especial interposto por N. V. DI G. E S., com fundamento na alínea a do permissivo constitucional, contra acórdão exarado pelo TJ-SP.

Ação (inicial às fls. 2-12): “negatória de maternidade” cumulada com pedido de anulação de assento de nascimento ajuizada por N. V. DI G. E S. em face de C. F. V., à época menor, representada por seu tutor, T. A. DE C.

Segundo relata na inicial, sua falecida mãe, A. F. V. - imigrante austríaca -, registrou C. F. V., nascida em 24.10.1980, como filha, situação que “causou enorme impacto e revolta aos dois filhos legítimos, resultando em evidente e inevitável formação de um clima tenso dentro da harmonia familiar, e culminando por abalar gravemente o relacionamento entre mãe e filhos” (fl. 4).

Alega que o assento de nascimento contém declaração falsa, ressaltando que nem a autora, nem seu irmão, A. V. DI G., “jamais acreditaram nessa estória, em primeiro lugar porque sua mãe A. já havia ultrapassado a idade provável para engravidamento, e em segundo lugar, porque não possuía nenhum companheiro que pudesse ter sido o pai da criança, tanto assim que na certidão de nascimento de C., não consta o nome do pai da infante” (fl. 4 - com adaptações).

Afirma que após o falecimento da mãe, em 30.11.1989, tomou conhecimento da existência de testamento por ela deixado, por meio do qual legou à menor C. F. V. o correspondente a 66% da parte disponível de seus bens, o que para a autora configuraria represália da testadora contra a conduta dos filhos no sentido de que jamais aceitaram a menor como irmã “legítima”.

Assevera que, ao investigar a origem de C. F. V., descobriu, entre os pertences deixados pela falecida mãe, uma declaração de “doação” de filho, em nome de E. T. DE A. - que aponta como sendo mãe biológica de C. F. V. -, firmada dois dias antes do nascimento da menor, bem como comprovantes de pagamentos efetuados por A. F. V., referentes a supostas despesas hospitalares de E. T. DE A., e, por fim, “a pulseirinha que as maternidades usam por praxe colocar no pulso do recém-nascido, com nome de identificação, nela contendo os seguintes dizeres: de um lado: ‘191 - SXO FEM. D: 24-10-80 H: 1:40’ do outro lado: ‘NOME: E. T.’” (fl. 7 - com adaptações).

Pugna, ao final, pela decretação da nulidade do assento de nascimento de C. F. V., porque “registrada falsamente como filha legítima de A., em fraude aos direitos dos dois filhos legítimos” (fl. 9 - com adaptações).

Em acolhimento ao parecer emitido pelo Ministério Público do Estado de São Paulo (fls. 26-28), o i. Juiz indeferiu a petição inicial, com fundamento nos arts. 267, I, e 295, II, do CPC, decisão essa que foi anulada pelo TJ-SP (acórdão às fls. 138-143), para declarar a legitimidade ativa de N. V. DI G. E S. e determinar, por conseguinte, o prosseguimento do processo.

Contestação (fls. 157-161): C. F. V., representada por seu tutor, T. A. DE C., alega, em sede de preliminar, a falta de interesse e de legitimidade de N. V. DI G. E S.

Sustenta a ausência de prova das alegações da autora, “posto que de concreto nada juntou aos autos fazendo apenas especulações sobre a realidade da gravidez da mãe ou não, além de assumir uma postura conservadora quanto aos possíveis envolvimento da mesma, como mulher separada, com outros homens que não

seja seu pai, além de deixar evidente que nada sabia sobre a vida de sua mãe, face a (*sic*) falta de contato e até mesmo de relacionamento familiar entre ambas” (fls. 158-159). Por isso, defende que “não existe erro ou falsidade que possa corroborar a tese da autora, restando o registro de nascimento incontestável e absoluto” (fl. 159).

Em argumentação *a latere*, tece considerações a respeito do acolhimento jurisprudencial da “adoção à brasileira” e da ausência de vício de consentimento no ato de reconhecimento da maternidade. Por fim, assevera que “não seria justo nem humano tirar a menor C. abruptamente da realidade em que vive e, ainda, negar-lhe um passado e uma história, a qual por 15 (quinze) anos manteve-se estável e colaborou, inclusive, para a formação mental da menor e pleno desenvolvimento. Sendo assim, mesmo se tal ‘adoção a brasileira’ tivesse sido uma realidade tal ato já estaria corroborado pelo tempo e impossível de qualquer alteração que não gerassem graves danos a menor C., a qual pelo excesso de amor e zelo materno, tornou-se um alvo inocente, da ganância e avareza de sua irmã ora autora. Tanto é assim que somente a mesma contesta a maternidade de sua mãe, não sendo seguida por seu irmão” (fls. 160-161 - com adaptações).

Oferecida réplica (fls. 167-176), foi saneado o processo (fl. 185).

Determinada a realização de perícia genética por meio do exame de DNA (fl. 185) - por duas vezes designada data -, a menor não compareceu.

Ouvidas as testemunhas em audiência (fls. 347-358), o julgamento foi convertido em diligência para realização de perícia em “pulseirinha” de identificação comumente utilizada em maternidades, com laudo parcial nos seguintes termos:

(...) a Perita Judicial não dispõe de elementos técnicos que autorizassem filiar a referida “Pulserinha” (*sic*) contestada, ao Prontuário Médico em nome da paciente E. T. de A., face a inexistência do mesmo junto aos arquivos do Hospital São José - Santa Casa de São Vicente.

Consigne-se ainda que, o documento em epígrafe é de fácil reprodução, sendo utilizado por inúmeras maternidades, as quais não retém os mesmos, não havendo controle de suas confecções, inexistindo, portanto, padrões de confronto para a realização de perícia documentoscópica (*sic*) (fls. 434-439 - com adaptações).

Colhido parecer do Ministério Público do Estado de São Paulo às fls. 445-448, este opinou pela improcedência do pedido.

Inviabilizada a prova pericial, desistiu a autora de sua realização, requerendo novamente a conversão do julgamento em diligência para oitiva de testemunha (fls. 585-588), manifestando-se o Ministério Público (fl. 597) e a ré (fls. 599-603).

Sentença (fls. 605-613): inicialmente afastou, o i. Juiz, a pretensão de ser o julgamento, mais uma vez, convertido em diligência para colheita de prova oral, ao entendimento de que o ônus do autor de provar o que fora alegado não pode “levar à perpetuação do processo, até que a prova que lhe seja favorável seja produzida” (fl. 608). O pedido foi julgado improcedente, porque, “a despeito de todo o esforço do patrono da Autora, nestes nove anos em que tramita o processo, não se logrou demonstrar, com a necessária firmeza, que o assento de nascimento da Ré contém vícios que o maculem e levem à declaração de sua nulidade” (fl. 609).

Acórdão (fls. 717-726): o TJ-SP negou provimento ao recurso de apelação interposto por N. V. DI G. E S., para manter incólume a sentença, nos termos da ementa a seguir:

Retificação de Registro Civil. Preliminar argüida em sede recursal afastada. Inexistência de nulidade do julgamento, porquanto o Magistrado que presidiu a instrução não estava vinculado à data do sentenciamento, por motivo de aposentadoria. Quanto ao mérito, a prova dos autos não é suficiente para justificar o provimento do recurso. Comprovação de que a apelada possui pais biológicos e que a mãe da apelante registrou aquela como se sua filha fosse, num ato de vontade que representa por vias transversas, o que se costuma chamar de “adoção à brasileira”. Nulidade do registro afastada. Sentença mantida. Recurso improvido (fl. 718).

Embargos de declaração: interpostos pela recorrente (fls. 728-737), foram rejeitados (fls. 744-748).

Recurso especial (fls. 750-783): interposto sob alegação de ofensa aos arts. 535, I e II, do CPC; 82, 145, II e III, 348, do CC/1916, ao argumento de que é nulo o ato jurídico cujo objeto seja ilícito e cuja forma não se revista daquela prescrita em lei, notadamente porque estaria eivado de falsidade o reconhecimento da maternidade de A. F. V. em relação à C. F. V., “quando sabia ser outra a mãe da criança que registrava. O caso, portanto, é de parto suposto, ou de falsidade ideológica, na declaração de nascimento da ré” (fl. 754), aduz a recorrente. Destaca, por fim, que “o quadro de fato contido nos autos, quadro indiscutível, nesta fase do processo, é o de uma declaração falsa de maternidade” (fl. 756).

Não foram apresentadas contrarrazões, conforme certidão à fl. 788.

Negado seguimento ao recurso especial na origem (fls. 799-800), subiram os autos principais por força de agravo de instrumento provido (fl. 830).

Parecer do MPF (fls. 836-842): da lavra do i. Subprocurador-Geral da República Henrique Fagundes Filho, opinou-se pelo não conhecimento do recurso especial.

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Nancy Andrighi (Relatora): A peculiaridade da lide centra-se no pleito formulado por uma irmã em face da outra, por meio do qual se busca anular o assento de nascimento. Para isso, fundamenta seu pedido em alegação de falsidade ideológica perpetrada pela falecida mãe que, nos termos em que foram descritos os fatos no acórdão recorrido - considerada a sua imutabilidade nesta via recursal -, registrou filha recém-nascida de outrem como sua.

A recorrente busca, portanto, a desconstituição do reconhecimento de maternidade de sua irmã, registrada como filha por sua mãe, considerada a seguinte cronologia:

I. em 1980, poucos dias após seu nascimento, C. F. V. - a recorrida - foi registrada como filha de A. F. V.;

II. em 1989 A. F. V., mãe da recorrente e da recorrida faleceu;

III. em 1993 N. V. DI G. E S. - a recorrente - ajuizou a ação “negatória de maternidade” cumulada com pedido de anulação de assento de nascimento, em face da irmã mais nova.

I. Dos contornos da lide.

A fim de definir o traçado fático - nesta via imutável - da lide, pinço do acórdão recorrido as seguintes considerações:

É dos autos que se vê que a mãe da recorrente (Sra. A. F. V.), aos cinquenta e seis anos de idade, registrou a recorrida como se sua filha fosse, quando na verdade não era.

A declaração contida, assim, no assento de nascimento da menor, não corresponde à verdade, mas era expressão da vontade da parte. Como ato jurídico, não há prova do vício no consentimento ou na emissão da declaração de vontade.

Nesse sentido e direção, aliás, o depoimento prestado por E. T. DE A., no qual se verifica que a mesma expressamente declarou que “Em 24 de outubro de 1980, teve uma filha e deu essa criança para dona A. criar... A depoente não tinha condições de criar a menina...” (fls. 351 e seguintes).

Assim também o depoimento da testemunha Am., então empregada doméstica da Sra. A., que sobre os fatos, declarou que “Em outubro de 1980, a depoente a acompanhou até São Vicente, onde ela tinha um apartamento. Sabe que ela não estava grávida nessa ocasião, e que E. entregou a ela uma filha que tinha acabado de dar a luz...” (fls. 353-354).

Já no que pertine às testemunhas arroladas pela ré, o depoimento daquela de nome W., em princípio, contrário ao de sua irmã Am., não favorece a recorrente, pois expressamente declarou que na ocasião dos fatos, não estava trabalhando para a Sra. A. (fls. 357-258).

A prova documental confirma que é mãe biológica da ré a Sra. E., conferindo-se a declaração assinada por esta última, através da qual comprometeu-se a “efetuar a doação” da filha à Sra. A. (fls. 22-24), declaração confirmada em Juízo quando de sua oitiva como testemunha arrolada pela autora (fls. 720-721 - com adaptações).

(...)

Ora, é exatamente a ausência de prova do erro no estado atribuído ao filho, na declaração de vontade emitida por aquela que acabou figurando no assento de nascimento da menor, como sua genitora, que justifica a manutenção da r. sentença recorrida.

O assento como lavrado não contém qualquer vício. Ao contrário, a prova dos autos permite fazer segura a conclusão de que o que está ali aperfeiçoado é ato jurídico perfeito, porquanto espelhou a manifestação de vontade livre e consciente da declarante, não havendo prova que possa afirmar a configuração de vício capaz de nulificar o assento lavrado (fl. 722).

Ainda, do teor elucidativo da sentença e do parecer emitido pelo Ministério Público do Estado de São Paulo, destaco os seguintes trechos:

Sentença:

No caso presente, nem um nem outro defeito [erro ou falsidade] ficou devidamente demonstrado, prevalecendo, assim, a presunção de verdade do que constou do assento.

Frise-se que a falecida A. nunca negou sua qualidade de mãe, legando à Ré parte considerada (*sic*) de seu patrimônio, talvez o motivo determinante da presente ação (fl. 612 – com adaptações).

Parecer do Parquet:

(...) cumpre observar que A. F. V. demonstrava especial desvelo para com sua filha caçula. De certo modo, esse desvelo se deve ao pleno conhecimento a respeito do caráter dos filhos do primeiro leito que, após o seu falecimento, deixaram a pequena C., que então contava com apenas 9 anos de idade, aos cuidados da empregada doméstica da casa. A situação da menor só resultou definida mediante a nomeação do respectivo tutor (fls. 261-264) após dois anos.

Objetivando, sem dúvida, proteger a filha caçula, A. F. V., em 13 de julho de 1984, formalizou testamento mediante o qual legava para a filha C. 66% (sessenta e seis por cento) de seus bens enquanto que, para os filhos maiores, conferiu o percentual de 17% (dezessete por cento) para cada um (fls. 164). Preocupada, ainda mais, com o futuro da pequena C., lavrou, aos 10 de março de 1989, outro testamento, mantendo a mesma divisão entre os herdeiros legatários, e gravando tanto a parte disponível como a legítima com as cláusulas de inalienabilidade, incomunicabilidade e impenhorabilidade. Além disso, nomeou tutor testamentário da filha caçula o Doutor H. D. e a Doutora C. A. R. C. M., fls. 164-165.

A prova testemunhal produzida pela requerente não logrou demonstrar nada de concreto.

A testemunha E. T., que foi arrolada pela requerente, é pessoa analfabeta, conforme informou em seu depoimento de fls. 339. Sem conhecimento suficiente, assinou papéis e após sua impressão digital em outros papéis carreados aos autos.

Ocorre que, tais papéis, foram apresentados à testemunha pelo advogado constituído nestes autos pela requerente N. o que, obviamente, retira qualquer credibilidade não apenas do conteúdo dos documentos como do teor do depoimento prestado perante o Juízo.

Os documentos juntados às fls. 21 bem como a “pulseirinha”, objeto da perícia, não guardam nexos de causalidade com o nascimento de C. Apenas resultou constatado que na pulseira se encontrava grafado: “E(...)u. T.” e não E(...)l. T. o que pode, inclusive, demonstrar que não se trata da mesma pessoa.

Dispõe o artigo 348 do Código Civil que o registro de nascimento somente poderá ser alterado mediante cabal comprovação de erro ou de falsidade.

A requerente não demonstrou nem uma coisa nem outra!

Ainda, apenas por argumentação, que se admitisse falso o registro de C., a manifesta vontade da falecida A. em tê-la como sua própria filha não pode ser abandonada pelo sistema do direito.

Por hipótese, teria dado A., ainda que pela via inadequada, um lar, família e nome a pequena C., através da denominada “adoção a brasileira”.

(...)

Ora, C. sempre ostentou o estado de filha de A. Desde o nascimento traz o nome de família de sua genitora “F. V.”, fls. 16, sempre foi tratada como filha legítima, vide testamentos, 162-165, e portadora de assento de nascimento, fls. 16, tanto que arrolada como herdeira nas primeiras declarações do inventário de sua genitora, fls. 82-144.

O interesse da requerente é estritamente material e não guarda amparo no ordenamento jurídico cujo objetivo principal é a proteção da criança e do adolescente, assegurando-lhes todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, cujo respeito deve se dar não apenas pela família, como pela sociedade e também pelo Estado.

C. é uma pessoa, sujeito de direitos e obrigações. Essa personalidade civil, iniciada com o seu nascimento, nos termos do artigo 4º do Código Civil, e identidade pessoal, familiar e social deve ser amparada e defendida pela ordem jurídica.

Revelam os autos, manifestamente, o interesse estritamente patrimonial da requerente que não pode, e nem deve, prevalecer sobre o direito de C. e sobre a notória intenção da falecida A.

Se C. não fosse a filha biológica de A., foi declarada como tal pela mesma e a forma adotada pela pessoa que tinha a intenção de protegê-la como se sua filha fosse alcançou, plenamente, a finalidade perante a sociedade, ainda que não se tenha expressado essa intenção pelo trâmite da adoção (fls. 446-448 - com adaptações).

II. Da rejeição dos embargos de declaração e da ausência de prequestionamento (art. 535, I e II, do CPC; arts. 82, 145, II e III, do CC/1916).

A recorrente alega a existência de obscuridade no acórdão impugnado, ao considerar necessária “a conjugação de falsidade e de erro, para anular um assento de nascimento por falsidade, pois as duas hipóteses se excluem” (fl. 758). Sustenta também que houve omissões no acórdão recorrido, no que se refere à fundamentação a respeito da aludida conjugação, ao entender que bastaria o erro para fundar a anulação, mas não bastaria a falsidade, bem como a respeito da não apreciação dos arts. 82, 145, II e III, do CC/1916, que considera essencial para a solução da lide.

O TJ-SP manifestou-se a respeito das aludidas questões nos termos acima declinados, concluindo pela ausência da prova do erro acerca da declaração de vontade emitida sem qualquer vício pela falecida, ainda que não tenha apreciado a temática à luz dos arts. 82, 145, II e III, do CC/1916, em relação aos quais não houve o devido prequestionamento.

Ainda assim, entendo que não padece de obscuridades tampouco de omissões o acórdão recorrido, porquanto o julgador não deve ser compelido a discutir a matéria jurídica sob o foco único das teses tais como postas pelas partes, sendo livre a sua interpretação para decidir como entender de direito, bastando que no julgamento haja a devida e fundamentada entrega da prestação jurisdicional, o que efetivamente ocorreu na hipótese.

Entretanto, o devido prequestionamento do art. 348 do CC/1916 abre a via do debate nesta seara especial, do que passo, portanto, à análise do mérito recursal.

III. Do reconhecimento da maternidade socioafetiva (art. 348 do CC/1916, correspondente ao art. 1.604 do CC/2002).

A par de eventual sofisma na interpretação conferida pelo TJ-SP acerca do disposto no art. 348 do CC/1916, em que tanto a falsidade quanto o erro do registro são suficientes para permitir ao investigante vindicar estado contrário ao que resulta do assento de nascimento, subjaz, do cenário fático descrito no acórdão impugnado, a ausência de qualquer vício de consentimento na livre vontade manifestada pela mãe que, mesmo ciente de que a menor não era a ela ligada por vínculo de sangue, reconheceu-a como filha, em decorrência dos laços de afeto que as uniram.

Com foco nessa premissa – a da existência da socioafetividade – é que a lide deve ser solucionada.

Vê-se no acórdão recorrido que houve o reconhecimento espontâneo da maternidade, cuja anulação do assento de nascimento da criança somente poderia ocorrer com a presença de prova robusta – de que a mãe teria sido induzida a erro, no sentido de desconhecer a origem genética da criança, ou, então, valendo-se de conduta reprovável e mediante má-fé, declarar como verdadeiro vínculo familiar inexistente. Inexiste meio de desfazer um ato levado a efeito com perfeita demonstração da vontade daquela que, um dia declarou perante a sociedade, em ato solene e de reconhecimento público, ser mãe da criança, valendo-se, para tanto, da verdade socialmente construída com base no afeto, demonstrando, dessa forma, a efetiva existência de vínculo familiar.

O descompasso do registro de nascimento com a realidade biológica, em razão de conduta que desconsidera a verdade sob o aspecto genético, somente pode ser vindicado por aquele que teve sua filiação falsamente atribuída e os efeitos daí decorrentes apenas podem se operar contra aquele que realizou o ato de reconhecimento familiar, sondando-se, sobretudo, em sua plenitude, a manifestação volitiva, a fim de aferir a existência de vínculo socioafetivo de filiação. Nessa hipótese, descabe a imposição de sanção estatal, em consideração ao princípio do maior interesse da criança, sobre quem jamais poderá recair prejuízo derivado de ato praticado por pessoa que lhe ofereceu a segurança de ser identificada como filha.

Some-se a esse raciocínio que, no processo em julgamento, a peculiaridade do fato jurídico morte impede, de qualquer forma, a sanção do Estado sobre a mãe que reconheceu a filha em razão de vínculo que não nasceu do sangue, mas do afeto.

Nesse contexto, a filiação socioafetiva, que encontra alicerce no art. 227, § 6º, da CF/1988, envolve não apenas a adoção, como também “parentescos de outra origem”, conforme introduzido pelo art. 1.593 do CC/2002, além daqueles decorrentes da consanguinidade oriunda da ordem natural, de modo a contemplar a socioafetividade surgida como elemento de ordem cultural. Nessa ordem de ideias, o Enunciado n. 256, aprovado na *III Jornada de Direito Civil*, estabelece: “A posse do estado de filho (parentalidade socioafetiva) constitui modalidade de parentesco civil”.

Assim, ainda que despida de ascendência genética, a filiação socioafetiva constitui uma relação de fato que deve ser reconhecida e amparada juridicamente. Isso porque a maternidade que nasce de uma decisão espontânea deve ter guarida no Direito de Família, assim como os demais vínculos advindos da filiação.

Como fundamento maior a consolidar a acolhida da filiação socioafetiva no sistema jurídico vigente, erige-se a cláusula geral de tutela da personalidade humana, que salvaguarda a filiação como elemento fundamental na formação da identidade do ser humano. Permitir a desconstituição de reconhecimento de maternidade amparado em relação de afeto teria o condão de extirpar da criança – hoje pessoa adulta, tendo em vista os 17 anos de tramitação do processo – preponderante fator de construção de sua identidade e de definição de sua personalidade. E a identidade dessa pessoa, resgatada pelo afeto, não pode ficar à deriva em face das incertezas, instabilidades ou até mesmo interesses meramente patrimoniais de terceiros submersos em conflitos familiares.

Dessa forma, tendo em mente as vicissitudes e elementos fáticos constantes do processo, na peculiar versão conferida pelo TJ-SP, em que se identificou a configuração de verdadeira “adoção à brasileira”, a caracterizar vínculo de filiação construído por meio da convivência e do afeto, acompanhado por tratamento materno-filial, deve ser assegurada judicialmente a perenidade da relação vivida entre mãe e filha. Configurados os elementos componentes do suporte fático da filiação socioafetiva, não se pode questionar sob o argumento da diversidade de origem genética o ato de registro de nascimento da outrora menor estribado na afetividade.

Conquanto a “adoção à brasileira” não se revista da validade própria daquela realizada nos moldes legais, escapando à disciplina estabelecida nos arts. 39 *usque* 52-D e 165 *usque* 170 do ECA, há de preponderar-se em hipóteses como a em julgamento - consideradas as especificidades de cada caso -, a preservação da estabilidade familiar, em situação consolidada e amplamente reconhecida no meio social, sem identificação de vício de consentimento ou de má-fé, em que, movida pelos mais nobres sentimentos de humanidade, A. F. V. manifestou a verdadeira intenção de acolher como filha C. F. V., destinando-lhe afeto e cuidados inerentes à maternidade construída e plenamente exercida.

Nesse mesmo sentido, a 4ª Turma do STJ já se posicionou - ainda que em hipótese fática não em todo semelhante à presente -, por ocasião do julgamento do REsp n. 119.346-GO, Rel. Min. Barros Monteiro, DJ 23.06.2003, nos termos da ementa a seguir reproduzida:

Filiação. Anulação ou reforma de registro. Filhos havidos antes do casamento, registrados pelo pai como se fosse de sua mulher.

Situação de fato consolidada há mais de quarenta anos, com o assentimento tácito do cônjuge falecido, que sempre os tratou como filhos, e dos irmãos. Fundamento de fato constante do acórdão, suficiente, por si só, a justificar a manutenção do julgado.

- Acórdão que, a par de reputar existente no caso uma “adoção simulada”, reporta-se à situação de fato ocorrente na família e na sociedade, consolidada há mais de quarenta anos. *Status* de filhos.

Fundamento de fato, por si só suficiente, a justificar a manutenção do julgado.

Recurso especial não conhecido.

Do referido julgamento, sublinho as palavras proferidas pelo i. Min. Ruy Rosado de Aguiar, ao destacar a importância da tese adotada, “porque aplica a teoria que dá relevância ao fato da ‘paternidade social’, ou da ‘maternidade social’

(...). A maternidade que se apresenta e se consolida durante quarenta anos cria um estado afetivo, social, familiar, e mesmo jurídico que, em princípio, não deve ser desfeito”.

A relação afetiva estabelecida entre mãe e filha deve, acima de tudo, ser reconhecida como mais uma forma de proteção integral à criança, que, por sua vez, indubitavelmente, proporcionou à mãe de coração, momentos de suavidade em uma vida que teve seu final marcado por enfermidades e desventuras. Foi, essa mãe, confortada pela presença luminosa de uma criança que buscou para si como filha e com a qual construiu sólido vínculo de afeto. Essa criança presenteou a mãe com o frescor da infância em suas últimas pegadas neste mundo.

Ressalte-se, por fim, que a garantia de busca da verdade biológica deve ser interpretada de forma correlata às circunstâncias inerentes às investigatórias de paternidade; jamais às negatórias, sob o perigo de se subverter a ordem e a segurança que se quis conferir àquele que investiga sua real identidade. O viés da norma deve ser atentamente observado pelo intérprete, notadamente porque o bem da vida que subjaz tutelado deve ser o mesmo que o legislador concebeu ao redigir o texto legal.

Em conclusão, nada há para ser reformado no acórdão impugnado, porquanto se impõe a irrevogabilidade do reconhecimento voluntário da maternidade, por força da ausência de vício na manifestação da vontade, ainda que procedida em descompasso com a verdade biológica. Isso porque prevalece, na hipótese, a ligação socioafetiva construída e consolidada entre mãe e filha, que tem proteção indelével conferida à personalidade humana, por meio da cláusula geral que a tutela e encontra respaldo na preservação da estabilidade familiar.

Forte nessas razões, *nego provimento* ao recurso especial.

RECURSO ESPECIAL N. 1.083.061-RS (2008/0187911-5)

Relator: Ministro Massami Uyeda

Recorrente: M L L

Representado por: M D L L

Advogado: Fábio Braga Mattos e outro(s)

Recorrido: F D M A

Advogado: João Alberto Goularte da Fonseca

EMENTA

Recurso especial. Ação de execução de débito alimentar. Penhora de numerário constante no Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS) em nome do trabalhador/alimentante. Competência das Turmas da Segunda Seção. Verificação. Hipóteses de levantamento do FGTS. Rol legal exemplificativo. Precedentes. Subsistência do alimentando. Levantamento do FGTS. Possibilidade. Precedentes. Recurso especial provido.

I - A questão jurídica consistente na admissão ou não de penhora de numerário constante do FGTS para quitação de débito, no caso, alimentar, por decorrer da relação jurídica originária afeta à competência desta c. Turma (obrigação alimentar), deve, de igual forma ser conhecida e julgada por qualquer dos órgãos fracionários da Segunda Seção desta a. Corte;

II - Da análise das hipóteses previstas no artigo 20 da Lei n. 8.036/1990, é possível aferir seu caráter exemplificativo, na medida em que não se afigura razoável compreender que o rol legal abarque todas as situações fáticas, com a mesma razão de ser, qual seja, a proteção do trabalhador e de seus dependentes *em determinadas e urgentes circunstâncias da vida* que demandem maior apoio financeiro;

III - Irretorquível o entendimento de que a prestação dos alimentos, por envolver a própria subsistência dos dependentes do trabalhador, deve ser necessariamente atendida, ainda que, para tanto, proceda-se ao levantamento do FGTS do trabalhador;

IV - Recurso Especial provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da *Terceira Turma* do Superior Tribunal de Justiça, na

conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, prosseguindo no julgamento, após o voto-vista da Sra. Ministra Nancy Andrighi, e da retificação do voto do Sr. Ministro Relator a Turma, por unanimidade, conhecer do recurso especial e dar-lhe provimento.

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

Brasília (DF), 02 de março de 2010 (data do julgamento).

Ministro Massami Uyeda, Relator

DJe 07.04.2010

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Massami Uyeda: Cuida-se de recurso especial interposto por M. L. L., fundamentado no artigo 105, III, **a** e **c**, da Constituição Federal, em que se alega violação dos artigos 2º, § 2º, da Lei n. 8.036/1990; e 1º da Lei n. 8.009/1990, além de dissenso jurisprudencial.

Subjaz ao presente recurso especial a ação de execução de sentença, promovida, em agosto de 2003, por F. D. M. A, representado por sua genitora, M. D. L. L., contra o ora recorrente, M. L. L, objetivando executar a verba alimentar devida entre o interregno da citação da ação de investigação de paternidade (25 de maio de 2000) e a data em que restou homologado o acordo e na qual se iniciaram os pagamentos (novembro de 2002).

É dos autos que, após a adjudicação dos bens nomeados à penhora pelo executado, os quais quitaram apenas parcialmente o débito, o exequente, M. L. L., requereu a penhora de numerário correspondente ao valor remanescente da dívida diretamente da conta do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço do executado (fl. 96).

O r. Juízo de Direito da Vara Judicial da Comarca de Canguçu-RS indeferiu o pleito (fl. 109). Irresignado, M. L. L. interpôs agravo de instrumento, ao qual o ilustre Desembargador-relator, em decisão monocrática, negou provimento, sob o fundamento de que as hipóteses de levantamento do Fundo de Garantia pelo Tempo de Serviço, previstas no artigo 20 da Lei n. 8.036/1990, são taxativas (fls. 113-114). Contraposto agravo regimental, a colenda Oitava Câmara Cível do

egrégio Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul negou-lhe provimento (fls. 127-127).

Busca o recorrente a reforma do r. *decisum*, sustentando, em síntese, o caráter exemplificativo das hipóteses que admitem o levantamento do FGTS, constantes do artigo 20 da Lei n. 8.036/1990. Ressalta, outrossim, que o levantamento de tal verba para o pagamento de débito alimentar, em razão de sua incontroversa relevância, deve ser admitido. Para tanto, aponta a existência de dissenso jurisprudencial (fls. 133-139).

O recorrido não apresentou contra-razões (fl. 146).

O ilustre Representante do Ministério Público Federal ofertou parecer pelo conhecimento e provimento do recurso especial em apreço (fls. 155-156).

É o relatório.

VOTO

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

Com efeito.

O busílis da *quaestio* cinge-se em saber se é possível ou não proceder-se à penhora sobre o numerário constante do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço em nome do devedor, em sede de execução de alimentos.

De início, impende firmar a competência desta egrégia Turma para julgar o presente recurso especial.

Nos termos do artigo 9º, *caput*, do Regimento Interno desta augusta Corte, a competência das Seções e das respectivas Turmas é fixada em função da natureza jurídica litigiosa, ou seja, deve-se perscrutar a natureza da relação jurídica litigiosa posta a desate.

Esclareça-se, de plano, não se tratar de hipótese em que o titular da conta em que está depositado seu FGTS pretende, em face da administradora do Fundo, o levantamento da respectiva verba, caso em que restaria incontroversa a competência de uma das Turmas integrantes da Primeira Seção desta augusta Corte.

No caso dos autos, a relação jurídica originária, subjacente ao presente recurso especial, consiste na obrigação do ora recorrente, M. L. L., de pagar

alimentos ao ora recorrido, F. D. M. A., matéria, inequivocamente, inserida no âmbito de competência das Turmas da Seção de Direito Privado.

Assim, a questão jurídica consistente na admissão ou não de penhora de numerário constante do FGTS para quitação de débito, no caso, alimentar, por decorrer da relação jurídica originária afeta à competência desta colenda Turma (obrigação alimentar), deve, de igual forma ser conhecida e julgada por qualquer dos órgãos fracionários da Segunda Seção desta a. Corte.

Acresça-se, inclusive, que, na presente demanda, mesmo que haja futura intervenção da administradora do Fundo, a depender do presente julgamento, seria da competência desta c. Turma para conhecer e julgar sua insurgência, pelo mesmo fundamento acima expandido.

Conclusão, aliás, que se extrai do posicionamento firmado pela c. Corte Especial deste a. Tribunal Superior, que, ao dirimir conflito de competência interno, assim decidiu:

Conflito de competência entre a 1ª Turma e a 3ª Seção do STJ. Execução de título judicial formado em lide previdenciária. Surgimento de questão incidente de natureza tributária no curso da execução. Recurso especial interposto. Interpretação dos arts. 9º e 71 do RISTJ. *Perpetuatio jurisdictionis*. Precedente.

- Nos termos do art. 9º do RISTJ, que é o critério central para a definição de competências no âmbito do STJ, basta para a resolução de tais questões que se proceda a uma análise precisa da relação jurídica litigiosa posta a desate.

- Porém, há situações mais complexas, como a presente, onde há duas questões jurídicas de naturezas distintas - uma originária e uma outra posterior e/ou acidental, incidente a partir daquela - de forma que se torna necessário avançar para um segundo nível de interpretação do conteúdo do art. 9º do RISTJ, estabelecendo-se qual delas é o elemento de conexão mais forte.

- Se determinada Seção é competente para julgar um recurso especial, em face da natureza jurídica da questão litigiosa, o será também para a execução daquele julgado. Incidentes de peculiar natureza podem surgir de forma imprevisível em diversos processos e execuções de título judiciais, mas não têm o condão de alterar a competência estabelecida primordialmente a partir da relação jurídica original. Precedente.

Conflito conhecido para declarar competente a 3ª Seção do STJ, remetendo-se os autos à 5ª Turma. (CC n. 92.367-RS, Relatora Ministra Eliana Calmon, Relatora p/ Acórdão Ministra Nancy Andrighi, Corte Especial, DJe 12.03.2009)

Firmada a competência deste Colegiado para o julgamento do presente recurso, passa-se à análise de seu mérito.

De plano, consigna-se que o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, concebido como substituição da então estabilidade por um benefício financeiro (inicialmente, concebido como alternativa), tem por desiderato proteger o trabalhador da demissão sem justa causa e na aposentadoria, bem como os dependentes do titular falecido, mediante a formação de uma conta vinculada ao contrato de trabalho e um fundo mantido pelo Governo Federal.

Nos termos constantes da legislação de regência, a Lei n. 8.036/1990, é possível o levantamento do fundo de garantia do tempo de serviço, nas hipóteses de dispensa sem justa causa e de extinção do contrato de trabalho por tempo determinado, casos em que o benefício assume o viés indenizatório (já que objetiva, em última análise, propiciar ao empregado uma compensação), bem como nas hipóteses de aposentadoria, falecimento, doença grave, construção à sua moradia, entre outras, casos em que o benefício assume o viés de contribuição institucional de natureza trabalhista e social (*ut* REsp n. 898.274-SP, Relator Ministro Teori Albino Zavascki, DJ. 1º.10.2007).

Bem de ver, assim, que, da análise das hipóteses previstas no artigo 20 da Lei n. 8.036/1990, é possível aferir seu caráter exemplificativo, na medida em que não se afigura razoável compreender que o rol legal abarque todas as situações fáticas, com a mesma razão de ser, qual seja, a proteção do trabalhador e de seus dependentes *em determinadas e urgentes circunstâncias da vida* que demandem maior apoio financeiro.

Nesse sentido, alinha-se o posicionamento desta a. Corte:

Processual Civil. Recurso ordinário. Caixa Econômica Federal. Mandado de segurança. Penhora de depósitos do FGTS. Transferência para outra instituição bancária em garantia de execução de prestação alimentícia: possibilidade. Precedente do STJ.

1. Consoante decisão deste Superior Tribunal de Justiça, a enumeração do art. 20 da Lei n. 8.036/1990 não é taxativa, sendo possível a liberação dos saldos do FGTS em casos excepcionais.

2. No caso em espécie, não houve propriamente a liberação dos depósitos fundiários, mas, apenas, sua transferência para outra instituição bancária, à disposição do Juízo, em garantia de execução de prestação alimentar e para entender ao interesse da administração da Justiça.

3. Recurso ordinário a que se nega provimento. (RMS n. 15.888-SP, Relator Ministro Francisco Peçanha Martins, DJ 12.04.2004). E ainda: REsp n. 779.063-PR, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 15.05.2007, DJ 04.06.2007; REsp n. 865.010-PE, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 03.10.2006, DJ 11.10.2006)

Nos termos relatados, a presente controvérsia consiste em saber se o débito alimentar encerra situação análoga àquelas contidas no preceito legal, que, caso positivo, tornará possível a penhora sobre o numerário constante do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço em nome do devedor, em sede de execução de alimentos.

Levando-se em conta a prevalência do princípio basilar do Estado Democrático de Direito, qual seja, o da Dignidade da Pessoa Humana, sobre os também nobres desideratos que ensejaram a criação do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e do Programa de Integração Social, anota-se que a c. Segunda Turma desta a. Corte, por ocasião do julgamento do RMS n. 26.540-SP, entendeu possível, de acordo com judicioso voto da Relatora, Ministra Eliana Calmon, a penhora da valores constantes na conta do trabalhador em que restou depositado o FGTS para fazer frente ao débito alimentar devido.

Por oportuno, transcreve-se a ementa do referido julgado:

Processo Civil e Administrativo. Mandado de segurança contra ato judicial. FGTS e PIS: penhora. Execução de alimentos. Competência da Justiça Estadual. Súmula n. 202-STJ. Interesse da CEF. Impenhorabilidade. Mitigação frente a bens de prestígio constitucional.

1. A competência para a execução de sentença condenatória de alimentos é da Justiça Estadual, sendo irrelevante para transferi-la para a Justiça Federal a intervenção da CEF.

2. Na execução de alimentos travada entre o trabalhador e seus dependentes, a CEF é terceira interessada.

3. A impenhorabilidade das contas vinculadas do FGTS e do PIS frente à execução de alimentos deve ser mitigada pela colisão de princípios, resolvendo-se o conflito para prestigiar os alimentos, bem de *status* constitucional, que autoriza, inclusive, a prisão civil do devedor.

4. O princípio da proporcionalidade autoriza recaia a penhora sobre os créditos do FGTS e PIS.

5. Recurso ordinário não provido. (RMS n. 26.540-SP, Relatora Ministra Eliana Calmon, DJe 05.09.2008).

Nesse sentido, confira-se, ainda, recente julgamento do AgRg no Ag n. 1.034.295-SP, Relator Ministro Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ-RS), DJe 09.10.2009.

De fato, irretorquível o entendimento de que a prestação dos alimentos, por envolver a própria subsistência dos dependentes do trabalhador, deve ser

necessariamente atendida, ainda que, para tanto, proceda-se ao levantamento do FGTS do trabalhador.

Assim, dá-se provimento ao recurso especial para permitir a penhora do valor devido, a título de alimentos, sobre o saldo da conta do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço de titularidade do recorrido.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.107.192-PR (2008/0283243-0)

Relator: Ministro Massami Uyeda
Recorrente: L L N
Advogado: Claudio Nunes do Nascimento e outro(s)
Recorrido: Ministério Público do Estado do Paraná
Recorrido: C de S F M G e outros
Advogado: Luiz Antônio Sampaio Gouveia
Assistente: M C
Advogado: Luiz Antônio Sampaio Gouveia e outro(s)
Interessado: C A N M G e outros

EMENTA

Direito Civil. Família. Paralelismo de uniões afetivas. Recurso especial. Ação de reconhecimento de união estável *post mortem* e sua consequente dissolução. Concomitância de casamento válido. Peculiaridades.

- Ainda que a coabitação não constitua requisito essencial para o reconhecimento de união estável, sua configuração representa dado relevante para se determinar a intenção de construir uma família, devendo a análise, em processos dessa natureza, centrar-se na conjunção de fatores presente em cada hipótese, como a *affectio societatis* familiar, a participação de esforços, a posse do estado de casado, a fidelidade, a continuidade da união, entre outros, nos quais se inclui a habitação comum.

- Nos termos do art. 1.571, § 1º, do CC/2002, que referendou a doutrina e a jurisprudência existentes sob a vigência da legislação civil anterior, o casamento válido não se dissolve pela separação judicial; apenas pela morte de um dos cônjuges ou pelo divórcio. Por isso mesmo, na hipótese de separação judicial, basta que os cônjuges formulem pedido para retornar ao *status* de casados. Já, quando divorciados, para retornarem ao *status quo ante*, deverão contrair novas núpcias.

- A ausência de comprovação da posse do estado de casados, vale dizer, na dicção do acórdão recorrido, a ausência de prova da intenção do falecido de com a recorrente constituir uma família, com aparência de casamento, está intimamente atrelada ao fato de que, muito embora separados judicialmente, houve a continuidade da relação marital entre o falecido e sua primeira mulher, que perdurou por mais de cinquenta anos e teve seu término apenas com a morte do cônjuge varão, o que vem referendar a questão de que não houve dissolução do casamento válido.

- Considerada a imutabilidade, na via especial, da base fática tal como estabelecida no acórdão recorrido, constando expressamente que muito embora tenha o falecido se relacionado com a recorrente por longo período - 30 anos - com prole comum, em nenhum momento o cônjuge varão deixou a mulher, ainda que separados judicialmente - mas não de fato -, o que confirma o paralelismo das relações afetivas mantidas pelo falecido, deve ser confirmado o quanto decidido pelo TJ-PR, que, rente aos fatos, rente à vida, verificou a ausência de comprovação de requisitos para a configuração da união estável, em especial, a posse do estado de casados.

- Os arranjos familiares, concernentes à intimidade e à vida privada do casal, não devem ser esquadrihados pelo Direito, em hipóteses não contempladas pelas exceções legais, o que violaria direitos fundamentais enfeixados no art. 5º, inc. X, da CF/1988 - o direito à reserva da intimidade assim como o da vida privada -, no intuito de impedir que se torne de conhecimento geral a esfera mais interna, de âmbito intangível da liberdade humana, nesta delicada área de manifestação existencial do ser humano.

- Deve o juiz, ao analisar as lides de família que apresentam paralelismo afetivo, de acordo com as peculiaridades multifacetadas

apresentadas em cada caso, decidir com base na dignidade da pessoa humana, na solidariedade, na afetividade, na busca da felicidade, na liberdade, na igualdade, bem assim, com redobrada atenção ao primado da monogamia, com os pés fincados no princípio da eticidade.

Recurso especial não provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas constantes dos autos, Prosseguindo no julgamento, após o voto-vista da Sra. Ministra Nancy Andrighi, por maioria, negar provimento ao recurso especial. Vencido o Sr. Ministro-Relator Massami Uyeda, que dava provimento ao recurso. Votaram com a Sra. Ministra Nancy Andrighi os Srs. Ministros Sidnei Beneti, Vasco Della Giustina e Paulo Furtado. Lavrará o acórdão a Sra. Ministra Nancy Andrighi.

Brasília (DF), 20 de abril de 2010 (data do julgamento).

Ministra Nancy Andrighi, Relatora para o acórdão

DJe 27.05.2010

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Massami Uyeda: Cuida-se de recurso especial interposto por L. L. N., fundamentado no artigo 105, inciso III, alíneas **a** e **c**, da Constituição Federal, em que se alega violação do artigo 1º da Lei n. 9.278/1996, além de dissenso jurisprudencial.

Subjaz ao presente recurso especial, ação declaratória de existência de união estável, bem como a extinção da referida relação (em virtude da morte de O. M. G.), promovida por L. L. N. (ora recorrente) em face de C. de S. F. M. G. e Outros (M. de S. F. M. G. e L. F. de S. F. M. G. - netos do *de cujus*).

A petição inicial encontra-se estribada na alegação de que, pelo lapso de trinta anos ininterruptos (de 1970 a março de 2000, data do falecimento de O. M. G., portanto), a autora da ação, L. L. N., manteve relacionamento estável, público e harmonioso com O. M. G., do qual, inclusive, advieram quatro filhos,

constituindo assim, nos termos da Constituição Federal de 1988, verdadeira entidade familiar. Referida união estável, nos termos da peça vestibular, encontra-se devidamente caracterizada, não sendo óbice, para tal, o estado de casado de seu companheiro, O. M. G., na medida em que este se encontrava separado judicialmente desde janeiro de 1983 (fls. 02-10).

A pretensão constante da inicial foi integralmente impugnada por C. de S. F. M. G. e Outros, ora recorridos, ao argumento de que a relação mantida entre O. M. G. e a autora da ação, L. L. N., tinha natureza concubinária, na medida em que O. M. G. e sua cônjuge, Maria Camargo, mesmo após a homologação da separação judicial, continuaram, de fato, casados, convivendo e vivenciando a vida conjugal sob o mesmo teto, por cinquenta anos ininterruptos (fls. 155-166).

O r. Juízo de Direito da 1ª Vara de Família e Anexos da Comarca de Londrina-Paraná, após reconhecer que o relacionamento *sub judice* era público, duradouro, contínuo e voltado à constituição da família (requisito reconhecido pelos familiares do *de cuius*, bem como ratificado pelo próprio, em outras ações judiciais - de alimentos), e assentar que a inexistência de coabitação, por si só, não tem o condão de afastar a caracterização da união estável, julgou a demanda procedente, para reconhecer a constituição de união estável, bem como sua dissolução, em razão do falecimento do companheiro da autora, O. M. G.

Irresignados, os ora recorridos, C. de S. F. M. G. e Outros, bem como o Ministério Público Estadual interpuseram recurso de apelação, aos quais o egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Paraná conferiu provimento, em acórdão assim ementado:

Apelação cível. Ação de reconhecimento de sociedade de fato julgada procedente. Preliminar de ilegitimidade passiva afastada. Relacionamento público e duradouro comprovado, mas não protegido pelo direito por não ter aparência de casamento. *De cuius* que mesmo estando separado judicialmente nunca deixou de residir com sua ex-esposa, nem requereu o divórcio, deixando transparecer a manutenção da sociedade conjugal até a data de seu óbito. Ausência de comprovação da *affectio maritalis*. Sentença reformada. Ação improcedente. Inversão dos ônus sucumbenciais. Recursos providos.

No caso versado nos autos, é certo que a Autora e o falecido mantiveram relacionamento amoroso público e duradouro. Contudo, durante todo esse período, o *de cuius* não deixou a companhia de sua ex-esposa, de quem já havia se separado judicialmente, ficando evidente que não houve vida *more uxorio* entre os concubinos, donde se conclui que a autora manteve com o *de cuius* apenas um relacionamento amoroso prolongado que, não obstante ter resultado em 04 filhos, não tinha aparência de casamento (fls. 583-584).

Decisum, que remanesceu inalterado ante a rejeição dos embargos de declaração opostos (fls. 614-619 e 679-685).

Busca a recorrente a reforma do r. *decisum*, sustentando, em síntese, que, de acordo com os elementos fáticos assentados pelas Instâncias ordinárias, concluiu-se que o relacionamento que manteve com o falecido O. M. G., duradouro, público e contínuo, efetivamente constituiu-se em entidade familiar, “a menos que o nascimento, reconhecimento, criação e educação de quatro filhos não seja constituição de família”. Por fim, aponta a existência de dissenso jurisprudencial acerca da matéria suscitada.

O Ministério Público Federal ofertou parecer no sentido de não conhecer do apelo nobre ou não lhe conferir provimento (fls. 913-919).

É o relatório.

VOTO VENCIDO

Ementa: Recurso especial. Ação declaratória de reconhecimento de união estável. *De cujus*, separado judicialmente, que permaneceu na mesma residência que a ex-esposa e que constituiu com outrem relação duradoura (por trinta anos, ininterruptos) e pública, da qual advieram quatro filhos. Inexistência da *affectio maritalis* entre os então cônjuges, separados judicialmente e de fato. Coabitação. Irrelevância. União estável. Reconhecimento. Recurso especial provido.

I - É absolutamente factível a possibilidade de se constituir uma relação duradoura, contínua e pública, com intenção de formar família, ainda que não vivenciada sob o mesmo teto, mas na qual se verifique a comunhão de esforços (este subentendido não apenas como suporte financeiro, mas, principalmente, como apoio mútuo de solidariedade); a assistência, a lealdade e o respeito mútuos; a guarda, o sustento e educação dos filhos em comum, entre outros;

II - Da mesma forma que a habitação comum não evidencia, necessariamente, a formação da união estável, a coabitação entre pessoas casadas, separadas judicialmente e, principalmente, de fato, não pode conduzir à *idéia de existência de casamento de fato*, e, por conseqüência, impedir o reconhecimento da referida entidade familiar, nos termos propostos pelo Tribunal de origem;

III - *In casu*, considerando que os então consortes já se encontravam separados judicialmente, porém, continuaram a residir sob o mesmo teto, tem-se que o reconhecimento da existência de união estável entre o *de cujus* e a recorrente reclama, além da presença dos pressupostos inerentes à referida entidade familiar, a constatação de que aqueles encontravam-se de fato separados (ainda que partilhando a mesma habitação);

IV - Encontrando-se extirpada, indubitavelmente, a *affectio maritalis* entre os cônjuges, ainda que mantida a habitação comum destes, revela-se possível o reconhecimento da constituição de uma nova entidade familiar, desde que esta se mostre duradoura, contínua e pública e que denote, por parte dos companheiros, intenção de constituir família e viver como marido e mulher - *affectio maritalis* e *animus uxoris*, o que restou verificado na espécie;

V - Recurso Especial provido.

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

Com efeito.

A celeuma instaurada no presente recurso especial centra-se em saber se, de acordo com os elementos fáticos assentados pelas Instâncias ordinárias, imutáveis na presente via especial, a relação mantida entre a ora recorrente, L. L. N., e o *de cujus*, O. M. G., considerada pública e duradoura (trinta anos ininterruptos), da qual advieram quatro filhos, voluntariamente reconhecidos, ensejou, efetivamente, a constituição de entidade familiar, na modalidade união estável.

É certo que o caso dos autos guarda a significativa peculiaridade consistente no fato de que o *de cujus*, durante referido período, embora separado judicialmente de sua ex-esposa, a senhora Maria Camargo, com partilha amigável homologada por sentença em 1983 (*ut fl.* 194), permaneceu residindo sob o mesmo teto desta.

Delineada a controvérsia, impende sopesar, assim, se a ausência de coabitação entre a recorrente, L. L. N., e o *de cujus*, O. M. G., e, por outro lado, a existência de coabitação entre o *de cujus* e a sua ex-esposa, senhora Maria Camargo, separados judicialmente, durante o mesmo período, são empecilhos, óbices incontornáveis à caracterização da união estável entre os primeiros.

De plano, consigna-se que, nos termos do artigo 1º da Lei n. 9.278/1996, não constitui requisito legal, para a configuração da união estável, a presença de coabitação entre os companheiros. Na verdade, ainda que a habitação comum revele um indício caracterizador da *affectio maritalis*, sua ausência não consubstancia fator impeditivo ao reconhecimento da citada entidade familiar, caso presentes outros relevantes elementos que denotem o imprescindível intuito de constituir uma família.

É, portanto, absolutamente factível a possibilidade de se constituir uma relação duradoura, contínua e pública, com intenção de formar família, ainda que não vivenciada sob o mesmo teto, mas na qual se verifique a comunhão de esforços (este subentendido não apenas como suporte financeiro, mas, principalmente, como apoio mútuo de solidariedade); a assistência, a lealdade e o respeito mútuos; a guarda, o sustento e educação dos filhos em comum, entre outros.

Entendimento, aliás, que se alinha à jurisprudência desta a. Corte (*ut* REsp n. 275.839-SP, Relatora p/Acórdão Ministra Nancy Andrighi, DJ. 23.10.2008).

É de se assinalar, também, ser possível o reconhecimento da união estável, ainda que um dos companheiros, ou ambos, tenham com outrem vínculo de casamento, desde que se encontrem separados judicialmente, ou de fato. É aliás, o que preceitua artigo 1.723, § 1º, do Código Civil, *in verbis*:

Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.

§ 1º A união estável não se constituirá se ocorrerem os impedimentos do art. 1.521; não se aplicando a incidência do inciso VI no caso de a pessoa casada se achar separada de fato ou judicialmente.

No caso dos autos, nos termos relatados, o *de cujus*, O.M.G., encontrava-se judicialmente separado de sua ex-esposa, a Sra. Maria Camargo, o que, segundo o preceito legal já autorizaria a constituição da união estável.

A particularidade, na espécie, como visto, reside no fato de que o *de cujus*, O.M.G., separado judicialmente de sua ex-esposa, a Sra. Maria Camargo, permaneceu sob o mesmo teto desta. Faz-se necessário, assim, perscrutar em que medida esta coabitação, de fato, teria ou não inviabilizado a constituição de nova (e única) entidade familiar.

Da leitura acurada do acórdão recorrido, verifica-se que o Tribunal de origem entendeu inviável o reconhecimento da união estável ao argumento de que, durante o período em que se deu o referido relacionamento, o *de cujus* não deixou a companhia de sua ex-esposa, de quem já havia se separado judicialmente. Considerou, assim, não restar demonstrado a intenção de constituir família, *ao pressupor que o de cujus, caso pretendesse constituir família com a demandante, certamente ira com ela morar ou mesmo convolar a separação judicial em divórcio.*

Tem-se, contudo, que, da mesma forma que a habitação comum não evidencia, necessariamente, a formação da união estável, a coabitação entre pessoas casadas, separadas judicialmente e, *principalmente, de fato*, não pode conduzir à *idéia de existência de casamento de fato*, e, por conseqüência, impedir o reconhecimento da referida entidade familiar, nos termos propostos pelo Tribunal de origem.

Vale dizer, ainda que não seja comum e usual, é possível encontrar situações em que os consortes encontrem-se separados de fato (situação já contemplada pela Lei e que, como visto, autoriza eventual reconhecimento da união estável), mas que, por circunstâncias outras, permaneçam residindo sob mesmo teto.

In casu, considerando que os então consortes, O.M.G. e Maria Camargo, já se encontravam separados judicialmente, porém, continuaram a residir sob o mesmo teto, tem-se que o reconhecimento da existência de união estável entre O.M.G. e a recorrente, L. L. N., reclama, além da presença dos pressupostos inerentes à referida entidade familiar, a constatação de que aqueles encontravam-se de fato separados (ainda que partilhando a mesma habitação).

No ponto, veja-se que o Juízo de primeira Instância, com lastro no elementos probatórios acostados aos autos, consignou que O.M.G. e a ex-esposa, Maria Camargo, não mais conviviam como marido e mulher, pernoitando, inclusive, em quartos separados. Deixou assente, também, que era de conhecimento de todos, inclusive, dos familiares, ora recorridos, que O.M.G. não tinha apenas um relacionamento amoroso, furtivo e clandestino com L. L. N., mas sim com ela teria concebido uma verdadeira entidade familiar.

Pela relevância do cenário fático inculpido na sentença (em momento algum rechaçado pelo Tribunal de origem que, como visto, cingiu-se em considerar a coabitação entre O.M.G. e a ex-esposa impeditiva do reconhecimento da união estável entre O.M.G. e a recorrente, L. L. N.), transcreve-se excerto da sentença:

A situação retratada no feito tem pontos nos quais as partes não divergem, sendo o principal deles a existência pública de relacionamento entre a requerente o falecido [...], que resultou no nascimento de 04 filhos, por publicamente reconhecidos e tratados nesta condição, revelando-se desse modo que a relação entre a autora o Orlando nada tinha de passageiro ou clandestina, tanto que era de conhecimento de funcionários e colaboradores, e, em certa medida da sociedade londrinense, uma vez que se mostra quase impossível ocultar a existência de 04 filhos, especialmente se considerado o perfil do autor do espólio, empresário de longa data na cidade, facilmente reconhecido onde quer que fosse. [...]

[...] restou demonstrado que, embora residentes no mesmo endereço, Orlando e Maria já não mais se relacionavam como marido e mulher, tanto que tinham quartos separados cf. se infere dos depoimentos de Eliane Lúcia Pimentel (fls. 361-362) serviçal na residência de Orlando, embora afirmasse desconhecer se este e Maria Camargo dormissem juntos, logo adiante informa que pela manhã arrumava os dois quartos que haviam sido utilizados durante a noite, fato que demonstra que embora residissem no mesmo endereço, Orlando e D. Mariinha, como é conhecida sua ex-esposa não coabitavam nem mantinham relações com marido e mulher, tudo estando a indicar que tal situação, que embora deva ser tida como incomum, não se afigura impeditiva do reconhecimento da união estabelecida entre a autora e o Réu. Aliás, ao que parece, os próprios contestantes, netos de Orlando, já tinham conhecimento da união que hoje negam na medida em que por ocasião da apresentação de contra-minuta em agravo de instrumento oposto pelo avô em ação de alimentos por eles intentada (autos 830/99, 2ª Vara de Família da comarca de Londrina), os ora contestantes, ao discorrer acerca da capacidade financeira do então Réu, aduziram que este não teria condições de, com a renda que alegou ter naquele recurso, sustentar “seus gastos pessoais e de sua ex-mulher e de sua mulher e de seus outros filhos.

[...] Para arrematar a questão e por fim à discussão denunciada nos autos é de se considerar que o próprio autor do espólio requerido e avô dos contestantes expressamente reconheceu que separou-se judicialmente de Maria Camargo, mãe de Luiz Antônio e avó dos contestantes, e constitui nova família através de união estável com D. L. L. N., com quem teve quatro [...] cf. Consta das fls. 93 dos autos, por ocasião da apresentação da contestação na ação de alimentos intentados pelos ora contestantes em face de seu avô. Ali se verifica de forma incontestável que o Sr. Orlando tinha com a autora relacionamento público e estável, do qual os próprios contestantes tinham ciência, lhes sendo defeso neste momento, ao sabor de incerta conveniência, refutar a realidade fática que se extrai deste e de outros autos, pois não se afigura factível que os contestantes simplesmente ignorem a declaração do falecido avô para tentarem, à sua revelia demonstrar que tal união não vigorava. [...] a situação vivenciada por Orlando e a autora, conquanto peculiar e inusual, deve ser tida como adequada ao conceito jurídico da união estável com o objetivo de formação de família,

pois, não obstante, não residirem no mesmo endereço, o desejo e a vontade de constituir família eram recíprocos, sendo que a alegação dos contestantes de que o falecido avô manteria na realidade união estável com a Srª Maria Camargo, sua ex-mulher, não restou em momento algum demonstrada, restado dos autos apenas a constatação de que ele residia no mesmo endereço, contudo, não mantendo relacionamento característico de pessoas casadas, tanto que sequer pernoitavam no mesmo quarto.

Nesse contexto, em que o *de cujus* encontrava-se separado judicialmente e, no caso, principalmente de fato, de sua ex-esposa (é dizer, encontrando-se extirpada, indubitavelmente, a *affectio maritalis* entre os cônjuges), ainda que mantida a habitação comum destes, revela-se possível o reconhecimento da constituição de uma nova entidade familiar, desde que esta se mostre duradoura, contínua, pública e que denote, por parte dos companheiros, intenção de constituir família e viver como marido e mulher - *affectio maritalis* e *animus uxoris* - (como visto, externalizado pela comunhão de esforços; pela assistência, lealdade e respeito mútuos; pela guarda, sustento e educação dos seus quatro filhos, entre outros).

Tais circunstâncias, *in casu*, além de se encontrarem presentes, nos termos assentados na sentença, foram reconhecidas pelo *de cujus*, bem como pelos próprios recorridos, em ações judiciais outras.

Tem-se, assim, que o reconhecimento da união estável, no caso dos autos, é medida de rigor.

Por fim, sobreleva deixar assente que a finalidade da presente ação cinge-se tão-somente à declaração de união estável. Vale dizer, não se pleiteou, na presente ação, qualquer pretensão afeta ao direito de meação ou mesmo ao direito sucessório.

Assim, a definição que ora se confere à causa, ainda que corrobore com possível e futura pretensão referente à meação e à sucessão de bens do *de cujus*, não se descarta do fato de que a Sra. Maria Camargo, que, sequer é parte na presente demanda, recebeu, nos termos assentados, bens decorrentes da partilha, por ocasião da separação judicial (fls. 184-185 e 194).

Assim, dá-se provimento ao presente recurso especial para, restaurando a sentença de procedência, declarar reconhecida a existência de união estável entre a ora recorrente, L. L. N. e O. M. G., bem como a extinção da referida relação, em virtude da morte deste último.

É o voto.

VOTO-VISTA

A Sra. Ministra Nancy Andrighi: Cuida-se do recurso especial interposto por L. L. N., com fundamento nas alíneas **a** e **c**, da norma autorizadora, contra acórdão proferido pelo TJ-PR.

Ação: (fls. 02-10): de reconhecimento de união estável, *post mortem*, e consequente dissolução, ajuizada por L. L. N., em face dos herdeiros de O. M. G., em que alega ter mantido relacionamento público, contínuo e duradouro, com intenção de constituição de família, pelo período de 30 anos – de 1970 até 04.03.2000 – isto é, até a data do falecimento do aludido companheiro. Salienta que da referida união, advieram 4 (quatro) filhos, O. L. N. M. G., O. N. M. G., C. A. N. M. G. e R. A. N. M. G., nascidos respectivamente, em 1972, 1973, 1975 e 1977, todos maiores e com paternidade posteriormente reconhecida pelo falecido – em 16.12.1983. Ressalta que trabalhou como secretária pessoal de O. M. G., desde 1968, relacionamento meramente profissional que se transformou em afetivo, culminando com o nascimento dos filhos, ao longo dos anos 1970. Acrescenta que O. M. G. separou-se judicialmente da primeira mulher, M. C., em 1983 (ano em que reconheceu a paternidade dos filhos). Por fim, assinala a comprovação da união estável perante o INSS, para fins de concessão de pensão por morte, a ela deferida na via administrativa.

Contestação (fls. 155-166): apresentaram defesa apenas os 3 (três) netos de O. M. G. e de M. C. – C. de S. F. M. G., M. de S. F. M. G. e L. F. de S. F. M. G., nascidos, respectivamente, em 1975, 1977 e 1983 –, mediante direito de representação do pai pré-morto, L. A. M. G. (óbito ocorrido em 29.09.1997), filho único do matrimônio de O. M. G. e M. C., celebrado nos idos de 1946, pelo regime da comunhão universal de bens. Os filhos de O. M. G. com L. L. N. concordaram com o pedido inicial. Alegam, os netos, que o avô “nunca viveu em união estável com a autora e sim em concubinato impuro, visto que nunca se separou de fato de M. C., com quem realmente conviveu até o seu falecimento (...) que sempre foi sua companheira, nas alegrias e nas tristezas, colaborando para que amealhasse o patrimônio de que pretende a autora locupletar-se ilicitamente” esclarecendo que “O. e sua mulher, muito embora separados judicialmente, conviviam como se fossem casados, dividindo o teto conjugal, que nunca se desfez.” (fls. 156-157). Asseveram que a aludida separação judicial teve como único objetivo, a preservação do patrimônio do casal, cujo acordo foi homologado em 04.01.1983. Denunciam que a estirpe de herdeiros do avô, “advindos da autora, vem se apropriando ilicitamente dos bens que deveriam

ser entregues a M. C.” e que “durante a fluência do concubinato impuro que a autora viveu com O., este não teve seu patrimônio acrescido, sendo em verdade, que houve sim diminuição deste.” (fl. 158). Por fim, ressaltam que L. L. N. tinha conhecimento da natureza de seu relacionamento com O. M. G., com plena ciência de que o falecido preferia manter o lar conjugal com M. C. Dessa forma, seja antes ou depois da separação judicial, asseguram que jamais ocorreu separação de fato entre O. M. G. e M. C., o que obsta o pleito de L. L. N.

Parecer do Ministério Público do Estado do Paraná (fls. 387-391): opinou o *Parquet*, pelo não reconhecimento da união estável, eis que ausentes os requisitos legais para sua configuração.

Sentença (fls. 393-401): em contraposição ao parecer exarado pelo MP-PR, o pedido foi julgado procedente, para, “com fundamento no disposto nos arts. 1º e 5º da Lei n. 9.278/1996, reconhecer a existência da sociedade concubinária entre as partes pelo período de 30 anos, entre 1970 e 2000, bem como sua dissolução há quatro anos, em face da morte do companheiro” (fl. 401), declarando, o i. Juiz, a caracterização da união estável, nos seguintes termos:

(fls. 399-400) – O certo é que dos autos restou demonstrado que embora a situação vivenciada por O. e a autora, conquanto peculiar e inusual, deve ser tida como adequada ao conceito jurídico da união estável com o objetivo de formação de família, pois, não obstante não residirem no mesmo endereço, o desejo e a vontade de constituir família eram recíprocos, sendo que a alegação dos contestantes de que o falecido avô manteria na realidade união estável com a Sra. M. C., sua ex-mulher, não restou em momento algum demonstrada, restando dos autos apenas a constatação de que ele residia no mesmo endereço, contudo não mantendo relacionamento característico de pessoas casadas, tanto que sequer pernoitavam no mesmo quarto.

Apelações (fls. 406-413 e 419-461): interpostas, respectivamente, pelo Ministério Público do Estado do Paraná e pelos recorridos.

Parecer do Ministério Público do Estado do Paraná (fls. 527-534): pronunciou-se, a douta Procuradoria de Justiça Cível, pelo conhecimento e provimento de ambos os apelos, nos termos das seguintes conclusões:

(fls. 533-534) – Ao permanecer [O. M. G.] residindo com sua ex-esposa [M. C.] até a data de seu óbito, não se pode negar que quis transparecer a manutenção da sociedade conjugal, deixando inclusive de requerer o divórcio.

Destarte, porquanto controvertida a prova dos autos – conforme reconhece o próprio magistrado singular – impõe-se concluir que não houve satisfatória demonstração da intenção do *de cuius* de construir com a apelada verdadeira entidade familiar com todas as peculiaridades que lhe são inerentes, requisito absolutamente essencial à caracterização de união estável, apta a ensejar sérias conseqüências jurídicas, sociais e econômicas.

Acórdão (fls. 563-572): acolhendo integralmente o Parecer do Ministério Público, o TJ-PR conferiu provimento aos recursos de apelação, “para julgar improcedente a ação de reconhecimento de sociedade de fato” (fl. 572), ao fundamento de que L. L. N. não comprovou a configuração de requisitos necessários à caracterização da união estável, em especial, a posse do estado de casados, tendo em vista a continuidade da vida conjugal entre O. M. G. e M. C.

Embargos de declaração: interpostos pelos recorridos às fls. 598-604, foram rejeitados (acórdão às fls. 614-619); de igual modo, foram rejeitados, conforme acórdão às fls. 679-685, os embargos de declaração interpostos pela recorrente, às fls. 658-663.

Recurso extraordinário: interposto às fls. 741-752.

Recurso especial (fls. 689-701): interposto sob alegação de ofensa ao art. 1º da Lei n. 9.278/1996, bem como, dissídio jurisprudencial.

Contrarrrazões: apresentadas às fls. 795-818.

Prévio juízo de admissibilidade recursal: às fls. 900-904.

Parecer do Ministério Público Federal (fls. 913-918): da lavra do i. Subprocurador-Geral da República, Washington Bolívar Júnior, em que opinou pelo não conhecimento ou não provimento do recurso especial.

Voto proferido pelo i. Min. Relator: em 04.03.2010, o i. Ministro Massami Uyeda conferiu provimento ao recurso especial, centrando a lide no fato de que a ausência de coabitação não constitui motivo suficiente para obstar o reconhecimento de união estável, tecendo ainda considerações acerca do fato de que, muito embora O. M. G. e M. C. residissem sob o mesmo teto, ocupavam quartos separados e não mantinham relações sexuais.

Em sequência, pedi vista dos autos.

Pedido de assistência (fls. 591-599): deduzido pela Sra. M. C., por meio de petição protocolada em 15.03.2010, fundamentada no art. 50 e ss. do CPC, ao argumento de que “a questão acessória deste feito é a pendência entre a estirpe N. M. G. (filhos da recorrente L. L. N. com O. M. G.) e S. F. M. G.

(netos de O. M. G. com esta assistente M. C.), para a qual deverá promanar, sem dúvida, a decisão deste recurso especial, decidindo quem seria a convivente em união estável de O. M. G.” Requer, outrossim, a urgência no processamento e julgamento deste recurso especial, porquanto é pessoa idosa, com 85 anos de idade, bem como “cardiopata e terminal” (fl. 599).

Despacho prolatado pelo i. Min. Relator (fl. 601): porquanto já iniciado o julgamento do recurso especial, asseverou o i. Ministro Massami Uyeda que a apreciação do pedido de assistência dar-se-á pelo Colegiado, quando do prosseguimento do julgamento.

Reprisados os fatos, decido.

I. Equívoco na numeração dos autos.

De início, observe-se equívoco na numeração dos autos, quando já em trâmite no STJ, a partir das fls. subsequentes àquela que recebeu numeração 910, na qual consta certidão de interposição de agravo de instrumento perante o STF, pelo que deve ser determinada a devida correção.

II. Da preliminar de pedido de assistência deduzido por M. C.

Quanto ao pleito de assistência simples deduzido por M. C., casada com O. M. G. em 19.06.1946 e com o qual conviveu, conforme estabelece o acórdão recorrido, até a data do óbito deste, deve ser acolhido, porque evidente o interesse jurídico da petionária, para intervir no processo como assistente dos recorridos, descendentes seus e do falecido.

Ultrapassada a preliminar, passa-se à análise da tese recursal.

III. Da delimitação da lide.

A lide, jungida aos fatos assim como estabelecidos no acórdão recorrido, consiste em aferir a possibilidade de configuração de união estável, mantida entre a recorrente e O. M. G., de 1970 a 2000 (30 anos), paralela a casamento válido que jamais foi dissolvido, mantido entre O. M. G. e M. C., de 1946 a 2000 (54 anos), com a peculiaridade de que, mesmo após a separação judicial, ocorrida em 1983, com a respectiva homologação de acordo apresentado pelos cônjuges, jamais houve, conforme descrição fática dada pelo TJ-PR, separação de fato entre O. M. G. e M. C., constando, expressamente do acórdão impugnado que “a despeito de ter mantido um relacionamento com a autora, o

Sr. O. nunca deixou de conviver com sua ex-esposa e, mesmo tendo se separado judicialmente da Sra. M., nunca requereu o divórcio, morando na mesma casa que ela até a data de sua morte” (fl. 567).

A par da mencionada ausência de coabitação entre a recorrente e O. M. G., que efetivamente não configura requisito essencial à caracterização da união estável, no que alicerça o i. Min. Massami Uyeda a necessidade de reforma do julgado, o TJ-PR lançou, ainda, os seguintes fundamentos:

i) ausência de aparência de casamento: (fl. 566) – No caso versado nos autos, é certo que a Autora e o falecido mantiveram relacionamento amoroso público e duradouro. Contudo, durante todo esse período, o *de cujus* não deixou a companhia de sua ex-esposa, de quem já havia se separado judicialmente, ficando evidente que não houve vida *more uxorio* entre os concubinos, donde se conclui que a autora manteve com o Sr. O. apenas um relacionamento amoroso prolongado que, não obstante ter resultado em 04 filhos, não tinha aparência de casamento.

(...)

(fl. 569) – Assim, não seria leviano afirmar que, não provado nos autos o preenchimento do requisito da *affectio maritalis*, com um relacionamento revestido de aparência de casamento, não há se falar em união estável ou sociedade de fato (...)

ii) ausência de prova da intenção do falecido de com a recorrente constituir uma família, como se casados fossem: (fls. 566-567) – No caso em tela, como bem lembrou o douto Procurador de Justiça, não se vislumbra essa intenção de constituir família, descuidando a autora de provar a intenção do *de cujus* de viver com ela como se casados fossem.

A despeito de ter mantido um relacionamento com a autora, o Sr. O. nunca deixou de conviver com sua ex-esposa e, mesmo tendo se separado judicialmente da Sra. M., nunca requereu o divórcio morando na mesma casa que ela até a data de sua morte.

Tal situação foi confirmada pela própria autora em seu depoimento de fl. 357:

(...) que a depoente nunca chegou a residir no mesmo endereço que O.; que tal não ocorreu porque O. era casado; (...) que, O. chegou a se separar judicialmente de sua esposa, segundo se recorda a depoente por volta do ano de 1980; que, mesmo após a separação judicial, O. continuou a residir na mesma casa de sua ex-esposa (...).

(...)

(fls. 571) – Uma questão foi bem lembrada pelo representante ministerial em seu arrazoado:

Muito embora haja depoimentos dizendo que o Sr. O. visitava a autora todos os dias, que comprou uma casa para a mesma, ou até mesmo que a acompanhava no supermercado por alguns dias, não faz prova de que o mesmo tinha o objetivo de formar uma família, eis que, tendo filhos com a mesma, muito provavelmente tinha como objetivo acompanhar o crescimento dos mesmos e proporcionar-lhes uma vida confortável. (fl. 144)

(...)

(fl. 572) – Sendo controvertida a prova dos autos, como reconheceu o próprio magistrado *a quo*, a ação deve ser julgada improcedente, eis que não houve demonstração da intenção do *de cujus* de construir com a autora verdadeira entidade familiar com todas as peculiaridades que lhe são inerentes.

iii) manutenção do casamento de O. M. G. e M. C.: (fl. 567) – Caso o Sr. O. tivesse realmente a intenção de constituir família com a Apelada não continuaria morando com sua ex-esposa durante tanto tempo (50 anos), deixando transparecer a manutenção da sociedade conjugal.

Provavelmente teria ido morar com a autora e com seus filhos comuns, vez que após a separação judicial do falecido, nada o impedia de tomar tal atitude (...).

iv) não comprovação dos fatos alegados na inicial: (fls. 571) – Assim, não cumprindo a Apelante sua obrigação de demonstrar a existência dos fatos alegados, mediante produção de provas robustas e concludentes, não há como atender ao pedido formulado, razão pela qual imerece guarida sua pretensão.

Conquanto corrobore o entendimento do i. Ministro Relator, no sentido de que “o art. 1º da Lei n. 9.278/1996 não enumera a coabitação como elemento indispensável à caracterização da união estável” conforme decidido por este Órgão Colegiado, no REsp n. 275.839-SP, de minha relatoria p/ ac., DJe de 23.10.2008, cuja ementa segue estabelecendo a respeito da coabitação que, “ainda que seja dado relevante para se determinar a intenção de construir uma família, não se trata [a coabitação] de requisito essencial, devendo a análise centrar-se na conjunção de fatores presente em cada hipótese, como a *affectio societatis* familiar, a participação de esforços, a posse do estado de casado, a fidelidade, a continuidade da união, entre outros, nos quais se inclui a habitação comum”, percebe-se, dos trechos do acórdão impugnado, acima colacionados que, para não reconhecer a existência de união estável entre O. M. G. e L. L. N., não apenas repousa o TJ-PR na ausência de coabitação, tendo, outrossim,

como principal fundamento, *a ausência de prova da intenção do falecido de com a recorrente constituir uma família, com aparência de casamento*, em outras palavras, ausente a demonstração da posse do estado de casados.

IV. Dos requisitos para a configuração da união estável (violação ao art. 1º da Lei n. 9.278/1996 e dissídio jurisprudencial).

A declarada ausência de comprovação da posse do estado de casados, vale dizer, na dicção do acórdão recorrido, *a ausência de prova da intenção do falecido de com a recorrente constituir uma família, com aparência de casamento*, está intimamente atrelada ao fato de que, muito embora separados judicialmente, houve a *continuidade da união* de O. M. G. com M. C., que permaneceram juntos até a morte do cônjuge varão, o que vem referendar a questão, também posta no acórdão impugnado, de que não houve dissolução do casamento válido, ponderando-se, até mesmo, a respeito do efetivo término da sociedade conjugal, porque notória a continuidade da relação, muito embora não formalizado pedido de retorno ao *status* de casados.

Nos termos do art. 1.571, § 1º, do CC/2002, o casamento válido não se dissolve pela separação judicial; apenas pela morte de um dos cônjuges ou pelo divórcio. Por isso mesmo, na hipótese de separação judicial, basta que os cônjuges formulem pedido para retornar ao *status* de casados. Já, quando divorciados, para retornarem ao *status quo ante*, deverão contrair novas núpcias. Esse entendimento, consagrado pela doutrina e jurisprudência, sob a vigência da Lei Civil anterior, apenas foi referendado pelo CC/2002, o que permite a sua incidência na hipótese em julgamento.

Considerada a imutabilidade, na via especial, da base fática tal como estabelecida no acórdão recorrido, constando expressamente que, muito embora tenha o falecido se relacionado com a recorrente por longo período, com prole comum, em nenhum momento o cônjuge varão deixou a primeira mulher, ainda que separados judicialmente – mas não de fato –, o que confirma o paralelismo das relações mantidas pelo falecido com M. C. (por meio século) e L. L. N. (por três décadas), deve ser confirmado o quanto decidido pelo TJ-PR, que, rente aos fatos, rente à vida, verificou a ausência de comprovação de requisitos para a configuração da união estável, em especial, *a posse do estado de casados, bem como a continuidade da vida comum entre O. M. G. e M. C.*

Como se vê, não se trata de mera continuidade da coabitação entre O. M. G. e M. C., foco no qual também se debruça o i. Min. Relator em seu percuciente

voto. Do quanto explicitado no acórdão recorrido, houve continuidade da vida conjugal como um todo, com extrema dedicação e respeito do falecido para com M. C.

Observe-se que, se um casal, unido pelos laços do matrimônio ou em união estável, prefere dormir em quartos separados, tal fato não constitui relevância para o Direito e não significa ausência de amor, carinho, dedicação, cuidado e zelo. Isso porque, a esfera íntima, privada, dos consortes, só a eles diz respeito e não deve nela se imiscuir o julgador, notadamente quando amparado em meras suposições, extraídas de depoimentos testemunhais.

Do mesmo modo, a simples conjectura de que entre os cônjuges ou companheiros já não haveria mais contato sexual, não tem o condão de modificar o raciocínio até aqui trilhado, porque os arranjos familiares, concernentes à intimidade e à vida privada do casal, não devem ser esquadrihados pelo Direito, em hipóteses não contempladas pelas exceções legais, o que violaria direitos fundamentais enfeixados no art. 5º, inc. X, da CF/1988 – o direito à reserva da intimidade assim como o da vida privada –, no intuito de impedir que se torne de conhecimento geral a esfera mais interna, de âmbito intangível da liberdade humana, nesta delicada área da manifestação existencial do ser humano (BASTOS, CELSO RIBEIRO e ALEXY, ROBERT *apud* GONZAGA, ANDRÉA NEVES, *in Direito à intimidade e privacidade*. Disponível em: <http://jusvi.com/artigos/31767>. Acesso em 20.04.2010).

Este mundo de relações líquidas, fluidas, está saturado de relacionamentos que contemplam sexo, mas, não raras vezes, são destituídos de amor, afeto e ternura. Avistar uma situação diversa, em que o afeto subjaz perene, mas o sexo *pode estar* ausente, especialmente em relações contínuas e duradouras, na espécie mais de meio século, não pode consubstanciar perplexidade, e sim, compreensão. E, sob tal perspectiva pergunto: qual das situações citadas pode ser denominada de relação afetiva? Aquela que contempla o sexo e exclui o afeto? O a que *pode não* conter sexo, mas inequivocamente reveste-se de afetividade?

Deve o juiz, portanto, ao analisar as lides de família que apresentam paralelismo afetivo, de acordo com as peculiaridades multifacetadas apresentadas em cada caso, decidir com base na dignidade da pessoa humana, na solidariedade, na afetividade, na busca da felicidade, na liberdade, na igualdade, bem assim, com redobrada atenção ao primado da monogamia, com os pés fincados no princípio da eticidade.

Acrescente-se que, de um homem na posição em que o falecido ostentava no cenário social e econômico, espera-se sagacidade e plena consciência de suas atitudes, de modo que, acaso pretendesse extrair efeitos jurídicos, notadamente de cunho patrimonial, em relação à sua então concubina, promoveria em vida atos que demonstrassem sua intenção de com ela permanecer, na posse do estado de casados, afastando-se, por conseguinte, do lar conjugal. Se não o fez, não o fará, em seu lugar, o Poder Judiciário, contra a vontade do próprio falecido.

Destaco, do parecer da lavra do i. Subprocurador-Geral da República, Washington Bolívar Júnior, o entendimento de que “nossa legislação está baseada no relacionamento monogâmico caracterizado pela comunhão de vidas, tanto no sentido material como imaterial. Assim, a relação paralela de uma mulher com homem legalmente casado e impedido de contrair novo casamento é classificado de concubinato impuro, sem gerar qualquer direito para efeito de proteção familiar fornecida pelo Estado (art. 1.521, VI, c.c. art. 1.723, § 1º, do Código Civil)” (fl. 516).

Cumprir trazer à colação, porque em sintonia com o que até aqui estabelecido, relevante voto proferido, no âmbito da 1ª Turma do STF, pelo Ministro Marco Aurélio, no RE n. 397.762-BA, em 03.06.2008 (publicado no DJe em 12.09.2008), cuja ementa segue reproduzida, na parte que interessa:

Companheira e concubina. Distinção. Sendo o Direito uma verdadeira ciência, impossível é confundir institutos, expressões e vocábulos, sob pena de prevalecer a babel.

União estável. Proteção do Estado. A proteção do Estado à união estável alcança apenas as situações legítimas e nestas não está incluído o concubinato.

No referido julgado, o i. Ministro Marco Aurélio assinalou que o concubinato não merece proteção do Estado por conflitar com o direito posto. A relação, para o i. Ministro, não se iguala à união estável que é reconhecida constitucionalmente e apenas gera, quando muito, a denominada sociedade de fato, no que foi acompanhado pelos i. Ministros Carlos Alberto Menezes Direito (*in memoriam*), Cármen Lúcia e Ricardo Lewandowski, este último que assinalou significar a palavra concubinato, do latim *concubere*, “compartilhar o leito”, enquanto que a união estável significa “compartilhar a vida”.

A relação mantida entre L. L. N. e O. M. G., despida dos requisitos caracterizadores da união estável, acaso assim pleiteado pela recorrente em processo diverso, poderá ser reconhecida como sociedade de fato, para que o

Poder Judiciário não deite em solo infértil, relacionamentos que efetivamente existem no cenário dinâmico e fluido dessa nossa atual sociedade volátil.

Virar as costas para os desdobramentos familiares, em suas infinitas incursões, em que núcleos afetivos se justapõem, em relações paralelas, concomitantes e simultâneas, seria o mesmo que deixar de julgar, com base na ausência de lei específica.

Dessa forma, na hipótese de eventual interesse na partilha de bens deixados pelo falecido, deverá L. L. N. fazer prova, em processo diverso, de eventual esforço comum, considerado, desde já, que a própria recorrente assinalou que os bens adquiridos na constância do concubinato – uma casa e um carro –, foram adquiridos pelo falecido já em nome da própria concubina.

Por fim, merece atenção o fato de que o autor de conduta reprovável, O M. G., já falecido, é quem deveria suportar as penalidades pelo comportamento afetivo paralelo, e não a concubina, que, muito embora detivesse conhecimento da vida dúplice que ele ostentava, não logrou êxito em comprovar o direito subjetivo pretendido, conforme expresso no acórdão impugnado.

Forte em tais razões, peço vênias ao i. Ministro Relator, para divergir do quanto decidido e, por conseguinte, *negar provimento* ao recurso especial, mantendo, portanto, incólume o acórdão recorrido.

VOTO

O Sr. Ministro Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ-RS): Sr. Presidente, quando V. Exa. expôs o voto, há mais tempo, eu já havia me posicionado.

Parece-me que este caso toca os limites entre o casamento e a união estável. A diferença de outras tantas uniões estáveis e reconhecidas, que há por ali, é que, neste caso, há uma separação judicial. Este é um detalhe que me faz pensar realmente. Na maioria dos casos, se separam e fica por isso. Uma nova família e tal. Mas, neste caso, houve uma manifestação pessoal do cônjuge, de que não queria mais o casamento, tanto assim que se separou judicialmente. No entanto, ele continuou morando na residência conjugal. Considero que é um dado a mais, mas também entendo, Sr. Presidente, que a nossa legislação ainda não oferece solução para isso. Chegaremos à conclusão de que houve uma mera sociedade de fato. Porém, viveram trinta anos, com filhos, e como se, aparentemente, marido e mulher fossem, só que, talvez até porque tenha

se desinteressado ou se acomodado, convivendo nos dois casos, não houve o divórcio, ou, então, a segunda mulher não tenha insistido com ele, que se divorciasse para viver com ela.

São casos assim, digamos, característicos e que, no meu entender, o Direito terá que evoluir para jurisdicizar essa situação de fato. Não temos a poligamia, mas se formos analisar, comportou-se ele como um polígamo, essa é a verdade. Tinha duas famílias.

E, contra a posição de mudar a linha da decisão anterior, há, como disse o Sr. Ministro Sidnei Beneti, todo o problema da Súmula n. 7: como o Tribunal analisou matéria de fato, e concluiu, dificilmente, poderemos modificar.

Penso que V. Exa., Ministro Massami, inobstante divergir, aflora aspectos muito importantes – e o voto da Sra. Ministra Nancy Andrichi é belíssimo, sustentando uma tese contrária –, mas entendo que o Direito ainda não resolveu satisfatoriamente essa situação. Essa jovem senhora que viveu trinta anos, teve quatro filhos, não é considerada, nem em união estável, nem casada, mas uma mera societária de fato!

Assim que, pedindo vênica a V. Exa., louvando o esforço de V. Exa. e o não menos erudito e culto voto, acompanho a ilustre Ministra Nancy Andrichi.

Nego provimento ao recurso especial.

VOTO-VOGAL

O Sr. Ministro Paulo Furtado (Desembargador convocado do TJ-BA): Sr. Presidente, eu já tinha conhecimento do voto de V. Exa. e o reli, em virtude do pedido de vista da Sra. Ministra Nancy Andrichi, e tivesse votado na sessão passada, teria acompanhado V. Exa., até porque, quando V. Exa. restabelece a sentença de Primeiro Grau, transcreve o seguinte trecho:

Os próprios contestantes (...)

(...) e seus quatro filhos.

Eles próprios tratam a avó como ex-mulher, mas tenho uma dificuldade de acompanhar o entendimento de V. Exa. porque, com as consequências jurídicas que se emprestam, hoje, à união estável, em última análise estaríamos reconhecendo a coexistência de dois casamentos. Daí ter a Sra. Ministra Nancy Andrichi, com propriedade, ferido o ponto central, parece-me: se ela

tivesse pedido o reconhecimento da sociedade de fato, aí, sim, mas pedir o reconhecimento da união estável, quando o casamento nem havia se dissolvido, são dois casamentos e, evidentemente, como disse o Sr. Ministro Vasco Della Giustina, o Direito tem que dar uma solução para isso, mais cedo ou mais tarde, porque, como disse o Sr. Ministro Sidnei Beneti, ele estava com vontade mesmo era de conviver com as duas. Essa é a verdade.

O voto de V. Exa. está brilhante, como brilhante foi também o voto da divergência, e peço vênia a V. Exa., mais uma vez, com todo o respeito, para acompanhar o entendimento da Sra. Ministra Nancy Andrichi, negando provimento ao recurso especial.

RECURSO ESPECIAL N. 1.162.144-MG (2009/0201024-2)

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

Recorrente: MGS Minas Gerais Administração e Serviços S/A

Advogado: Bernardo Franco Vianna e outro(s)

Recorrido: Pires de Moraes e Advogados Associados S/C

Advogado: Alberto de Lima Vieira e outro(s)

EMENTA

Processual Civil. Recurso especial. Execução provisória. Conversão do arresto em penhora por oficial de justiça. Desnecessidade da lavratura de auto de penhora. Art. 475-J, § 1º do CPC. Ausência de violação. Ciência inequívoca do executado acerca da constrição.

1. Promovida a conversão do arresto em penhora, por Oficial de Justiça, e tendo o executado ciência inequívoca da prática do referido ato, torna-se despicienda, ante sua inutilidade para o processo, a lavratura do auto de penhora, vez que já constituída a mesma pela mencionada conversão.

2. O art. 475-J, § 1º, do Código de Processo Civil, não estipula obrigatoriedade da lavratura do auto de penhora, estabelece apenas que, em havendo prática do referido ato, deve dele ser intimado o executado, na pessoa de seu advogado ou representante legal, para que, querendo, ofereça impugnação, no prazo de quinze dias.

3. Recurso especial a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

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

Brasília (DF), 06 de maio de 2010 (data do julgamento).

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

DJe 24.05.2010

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ-RS): Trata-se de recurso especial interposto por *MGS - Minas Gerais Administração e Serviços S/A*, com fulcro no art. 105, inciso III, alínea **a**, da Carta Maior, no intuito de ver reformado acórdão prolatado pelo Eg. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, sob o fundamento de ter o mesmo malferido o art. 475-J, § 1º, do Código de Processo Civil.

Noticiam os autos que a empresa ora recorrente interpôs agravo de instrumento (CPC, art. 522), contra decisão do juízo da 3ª Vara da Fazenda Pública e Autarquias da Comarca de Belo Horizonte que, nos autos da execução contra ela proposta por *Pires de Moraes e Advogados Associados S/C*, deferiu caução apresentada, autorizando o levantamento da quantia de R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais) do depósito judicial efetuado, decorrente de arresto.

Nos termos do v. Acórdão objeto de impugnação do presente recurso especial, aduziu a então agravante, naquela ocasião, que:

...a execução provisória foi proposta, visto que pendente de análise recurso especial perante o STJ; que seguiu-se pedido de conversão do arresto de quantia existente nos autos em penhora, o que foi deferido (f. 282-TJ), sendo determinada a transferência de valores para a conta judicial à disposição do Juízo, no valor de R\$ 2.304.207,34 (dois milhões, trezentos e quatro mil, duzentos e sete reais e quatro centavos); que o agravado aviou pedido de levantamento do valor de R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais), mediante oferecimento de caução por parte de terceiro, que foi minuciosamente rechaçada pela agravante, tendo e, vista que a caução não demonstrava ser suficiente e idônea para garantia do Juízo; que a douta Juíza, a fim de verificar sua idoneidade, determinou avaliação pericial (f. 356-TJ), nomeando perito oficial e intimou as partes para apresentação de quesitos de indicação de assistentes técnicos; que a douta Juíza, a fim de verificar sua idoneidade, determinou a avaliação pericial do imóvel por meio de carta precatória (f. 366), decisão que foi repudiada pela agravante por meio de embargos declaratórios, que foram rejeitados (fl. 373-374); que a carta precatória foi cumprida em desrespeito às normas do Código de Processo Civil; que desrespeitou às normas do Código de Processo Civil; que desrespeitou as normas do art. 202 do CPC; que foi nomeada uma advogada para avaliar o imóvel, que sequer apresentou proposta de honorários; que a agravante não foi intimada de um ato qualquer proferido na carta precatória; que quando teve ciência do laudo impugnou-o veementemente (fl. 424-432); que a decisão agravada ignorou a impugnação e considerou suficiente a caução apresentada e autorizou o levantamento da quantia de R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais). (fls. 558-559, e-STJ).

Naquela oportunidade, pretendia a então agravante a reforma do referido *decisum* pelos seguintes fundamentos: (i) ausência de lavratura do auto de penhora dos valores arrestados e convertidos em penhora, bem como de sua regular intimação nos termos do art. 475-O, *caput*, c.c. art. 475-J, § 1º, do CPC; (ii) ausência de sua intimação para dia e hora do início dos trabalhos periciais de avaliação, nos moldes do art. 431-A do CPC; (iii) deficiência da instrução da carta precatória, em contrariedade aos arts. 202 e 209 do CPC; (iv) que a avaliação teria sido realizada por pessoa sem conhecimento técnico específico para o ato; (v) que o levantamento da quantia foi autorizado sem caução idônea, já que a decisão agravada conferiu crédito a uma avaliação nula.

A 2ª Câmara Cível do Eg. TJ-MG, por unanimidade de votos dos seus integrantes, proveu parcialmente o recurso, em aresto que restou assim ementado:

Agravo de instrumento. Perícia. Laudo de avaliação. Intimação das partes de sua realização. Nos termos do art. 431-A do CPC, as partes terão ciência da data e local designados pelo juiz ou indicados pelo perito para ter início a produção da prova, visando garantir à parte, ampla defesa e o contraditório, uma vez que possibilita ao assistente técnico o acompanhamento da perícia que está sendo realizada.

Em face do referido julgado, opôs a ora recorrente embargos de declaração, apontado omissão quanto ao argumento recursal de ausência de intimação para apresentação da impugnação, cujo prazo se iniciaria, nos termos do art. 475-J, § 1º, do CPC, justamente da lavratura do auto de penhora.

A Corte *a quo* acolheu os embargos, apenas para sanar a omissão apontada, mantendo inalterada a parte dispositiva do aresto embargado, ressaltando ser desnecessária a intimação da recorrente a respeito dos valores penhorados, nos termos do art. 475-J, § 1º, do CPC, vez que esta providência somente se faria necessária quando da lavratura do auto de penhora, que seria dispensada no caso em espécie por ter sido deferida a conversão de arresto em penhora.

Daí a interposição do recurso especial que ora se afigura (fls. 580-586, e-STJ), no qual aponta a recorrente ofensa ao art. 475-J, § 1º, do CPC, ao fundamento de que “se o acórdão recorrido entendeu que não seria necessário lavrar auto de penhora, eis que esta já se efetivou quando da conversão do arresto por meio de oficial de justiça, certo é que a recorrente deveria ser intimada formalmente deste ato de conversão, na pessoa de seus advogados, nos termos do art. 475-J, § 1º, do CPC, para que tivesse ciência formal deste ato (...), sob pena de se negar o direito à impugnação ao cumprimento de sentença” (fl. 585, e-STJ). Sustenta, ainda, que “o fato de as matérias poderem ser arguidas por meio de simples petição não retira da recorrente o lúdimo direito de apresentar a impugnação ao cumprimento de sentença” (fl. 586, e-STJ).

Ao final, pugna pelo conhecimento e provimento da presente irresignação recursal para que seja determinada sua intimação, na pessoa de seus advogados, da conversão do arresto em penhora, iniciando-se deste ato o termo para apresentação da impugnação ao cumprimento provisório de sentença.

A ora recorrida apresentou suas contrarrazões ao apelo nobre (fls. 598-607, e-STJ), pugnando pelo não provimento do mesmo, vez que “diferentemente do alegado pela Recorrente, a mesma participou dos atos de conversão do arresto em penhora, através das publicações realizadas regularmente no DJ-MG, tendo deixado, por vezes, de se manifestar oportunamente, conforme se

verifica às fls. 264-265-TJMG e 268-TJMG” (fl. 604, e-STJ). Afirma, assim, que “a Recorrente foi devidamente intimada do pedido de conversão do arresto em penhora, do seu deferimento e, principalmente, da penhora realizada e da transferência dos valores constrictos para a conta judicial, como pode ser comprovado pelo r. despacho de fls. 303-TJMG, publicado em 14.12.2007 (fls. 304-TJMG) e republicado em 30.01.2008 (fl. 309-TJMG)” (fl. 604, e-STJ) e que, ademais, “a Recorrente teve acesso aos autos quando da realização das audiências em 21.02.2008 e 10.04.2008 (fls. 310-313-TJMG, 315-317-TJMG), tendo retirado-os da Secretaria para manifestações (fls. 325-336-TJMG, 359-361-TJMG, 370-371-TJMG, 424-432-TJMG), oportunidade em que tomou ciência inequívoca de todo o processado, cabendo-lhe o dever legal de apresentar a impugnação na primeira manifestação/acesso aos autos posterior à penhora, sob pena de preclusão” (fls. 604-605, e-STJ).

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

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ-RS) (Relator): Prequestionado o dispositivo legal apontado pela recorrente como malferido e restando devidamente preenchidos os demais pressupostos de admissibilidade recursal, tenho que merece conhecimento a presente irresignação recursal.

De todo modo, impõe-se, *ab initio*, seja delimitado o real alcance da controvérsia, posta não nas razões do especial - onde a recorrente inova ao inaugurar discussão acerca da existência ou não de intimação específica da conversão de arresto em penhora -, mas na petição de agravo de instrumento (CPC, art. 522) que deu origem física aos presentes autos, onde limita a então agravante sua pretensão à suposta necessidade de lavratura do auto de penhora, ainda na hipótese em que esta tenha se constituído a partir da conversão de arresto.

Neste particular, faz-se oportuna a transcrição das razões recursais apostas pela ora recorrente em seu agravo de instrumento e que ensejaram as conclusões do acórdão objeto de impugnação do presente especial, *litteris*:

(...) 3.10) ausência de auto de penhora:

A decisão agravada, inicialmente, consignou que inexistia nos autos qualquer irregularidade processual.

Contudo, fácil perceber que até a presente data não foi lavrado o competente auto de penhora dos valores outrora arrestados e convertidos em penhora. Ora, não se discute se o arresto converteu ou não em penhora.

A agravante questiona o fato de que, até o presente momento, para espanto geral, não foi formalizada a penhora, com a lavratura do auto e intimação da agravada para apresentar, querendo, impugnação.

Vênia máxima, nada justifica a ausência de auto de penhora dos valores arrestados e convertidos em penhora, com a intimação da executada para apresentação de impugnação, nos termos do art. 475-O, *caput*, c.c. art. 475-J, § 1º, todos do CPC, passados mais de três anos do ajuizamento da execução provisória.

A agravante, assim, ainda não pôde discutir os cálculos apresentados à inicial de que a penhora ainda não foi formalizada, o que continua sendo ignorado pela instância *a quo*.

Trata-se, a toda evidência, de uma irregularidade processual que deve ser sanada com o provimento deste recurso, com a determinação da lavratura do auto de penhora dos valores depositados, com a intimação da agravante para apresentação de impugnação, caso queira. (fls. 08-09)

Acerca desta questão especificamente, assim concluiu a Corte de origem, quando do julgamento dos declaratórios manejados:

Saliente-se que foi salientado no v. Acórdão embargado que "...com relação a lavratura do auto de penhora verifica-se que não há necessidade de lavratura do auto, que já se efetivou quando da conversão em penhora pelo Oficial de Justiça".

Além de já ter sido realizada a conversão da penhora, entendo que não há necessidade de intimação do devedor e, muito menos, do seu advogado, para fins de cumprimento do disposto no artigo 475-J, introduzido pela Lei n. 11.232/2005.

(...) Do exame acurado do aludido artigo, constata-se a ausência de qualquer referência à necessidade de se proceder à intimação/citação do executado ou de seu advogado como termo inicial do aludido prazo, o que não poderia ser diferente.

Com efeito, a intenção do Legislador com as modificações introduzidas pela nova legislação é a de conferir maior celeridade e efetividade ao processo executivo, economizando tempo e esforços na prestação jurisdicional.

Corroborando o posicionamento adotado e analisando-se os termos do art. 475-J, do CPC, verifica-se que, no § 1º, há menção expressa de intimação do executado, mas, tão-somente, com relação ao auto de penhora e avaliação, o que

confirma que o legislador elegeu expressamente os momentos processuais em que a parte deverá ser intimada.

In casu, não houve a lavratura do auto, já que já foi feita a conversão em penhora pelo Oficial de Justiça, conforme alegado pelo próprio agravante “os valores arrestados já foram convertidos em penhora”.

Cinge-se, assim, a questão a ser dirimida por esta Corte Superior, a saber se, ao entender a Corte *a quo* pela desnecessidade da lavratura de auto de penhora - por produzir a conversão de arresto em penhora o mesmo efeito jurídico daquele ato -, estaria contrariando o disposto no art. 475-J, § 1º, do Código de Processo Civil, segundo o qual “do auto de penhora e de avaliação será de imediato intimado o executado, na pessoa de seu advogado (arts. 236 e 237), ou, na falta deste, o seu representante legal, ou pessoalmente, por mandado ou pelo correio, podendo oferecer impugnação, querendo, no prazo de quinze dias.”

Neste particular, tenho que não se faz merecedor de reparos o v. Acórdão ora hostilizado.

Com efeito, o dispositivo legal apontado pela recorrente como malferido não estipula obrigatoriedade de lavratura do auto de penhora, apenas estabelece que, em havendo a prática de referido ato, deve dele ser intimado o executado, na pessoa de seu advogado ou representante legal, para que, querendo, ofereça impugnação, no prazo de quinze dias.

Este mesmo prazo, nas hipóteses em que dispensada a lavratura do auto, tem início a partir da ciência inequívoca do executado de que tenha recaído a referida constrição contra bem integrante de seu patrimônio.

Assim, promovida a conversão do arresto em penhora, por oficial de justiça, como ocorrera na hipótese dos autos, e estando ciente o executado da prática de referido ato, torna-se despicienda, ante sua inutilidade para o processo, a lavratura do auto de penhora, vez que já constituída a mesma pela mencionada conversão.

Deste modo, merece ser prestigiada a conclusão da Corte *a quo* no sentido de que “com relação a lavratura do auto de penhora verifica-se que não há necessidade de lavratura do auto, que já se efetivou quando da conversão em penhora pelo Oficial de Justiça”.

Ao comentar o art. 654 do CPC, que dispõe acerca da possibilidade de conversão do arresto em penhora, ante o não pagamento, em execução por quantia certa promovida contra devedor solvente, vão além Luiz Guilherme

Marinoni e Daniel Mitidiero, discorrendo sobre a desnecessidade, inclusive, de intimação da conversão da pré-penhora em penhora, *litteris*:

É desnecessária a intimação do executado da conversão da pré-penhora em penhora. Observe-se que a jurisprudência exigia a intimação da conversão da pré-penhora em penhora porque daí fluía o prazo para o executado propor, querendo, embargos do executado (STJ, 3ª Turma, AgRg no REsp n. 238.097-SP, rel. Min. Nancy Andriighi, j. em 12.11.2001, DJ 18.02.2002, p. 410). A razão estava em que a penhora constituía anteriormente pressuposto para propositura de embargos do executado. Como atualmente o prazo para os embargos do executado flui da juntada do mandado de citação do executado aos autos (art. 738, CPC) ou, na hipótese de citação por edital, da data em que finda a dilação assinada pelo juiz (art. 241, V, CPC), independentemente de penhora (art. 736, CPC), é desnecessária a intimação do executado da conversão da pré-penhora em penhora. (*in* “Código de Processo Civil Comentado Artigo por Artigo”, 2ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2010, p. 651).

Ademais, não prospera a afirmação da recorrente de que lhe teria sido tolhido o direito à apresentação de impugnação ao cumprimento de sentença por não ter sido regularmente intimada da penhora. Isto porque, como bem acentuado pela sociedade ora recorrida, “a Recorrente foi devidamente intimada do pedido de conversão do arresto em penhora, do seu deferimento e, principalmente, da penhora realizada e da transferência para a conta judicial, como pode ser comprovado pelo r. Despacho de fls. 303-TJMG, publicado em 14.12.2007 (fls. 304-TJMG) e republicado em 30.01.2008 (fls. 309-TJMG)”.

Além disso, a recorrente teve acesso aos autos quando da realização das audiências em 21.02.2008 e 10.04.2008 (fls. 342-345, 347-349, e-STJ), tendo retirado-os da Secretaria para manifestações (fls. 362-374, 398-400, 410-411, 473-481 – e - STJ), oportunidade em que tomou ciência inequívoca de todo o processado, cabendo-lhe o dever legal de apresentar a impugnação na primeira manifestação/acesso aos autos posterior à penhora, sob pena de preclusão.

Desta feita, certo é que a recorrente compareceu aos autos em inúmeras oportunidades, tendo tomado conhecimento de todo o processado, pelo que suprida estaria a necessidade de nova intimação da penhora, nos termos do art. 214, § 1º, do CPC, analogicamente aplicável à hipótese. Referida medida (lavratura de auto de penhora já constituída pela conversão de arresto), além de não ter previsão legal, desatenderia, no caso em espécie, o princípio da celeridade.

Ante o exposto, *nego provimento* ao presente recurso especial.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.172.067-MG (2009/0052962-4)

Relator: Ministro Massami Uyeda

Recorrente: L C B e outro

Advogado: Expedito Lucas da Silva e outro(s)

Interessado: A C da C

EMENTA

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

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

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

III - Em razão do convívio diário da menor com o casal, ora recorrente, durante seus primeiros oito meses de vida, propiciado

por decisão judicial, ressalte-se, verifica-se, nos termos do estudo psicossocial, o estreitamento da relação de maternidade (até mesmo com o essencial aleitamento da criança) e de paternidade e o conseqüente vínculo de afetividade;

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

V - O argumento de que a vida pregressa da mãe biológica, dependente química e com vida desregrada, tendo já concedido, anteriormente, outro filho à adoção, não pode conduzir, por si só, à conclusão de que houvera, na espécie, venda, tráfico da criança adotanda. Ademais, o verossímil estabelecimento do vínculo de afetividade da menor com os recorrentes deve sobrepor-se, no caso dos autos, aos fatos que, por si só, não consubstanciam o inaceitável tráfico de criança;

VI - Recurso Especial provido.

ACÓRDÃO

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

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Nancy Andrighi.

Brasília (DF), 18 de março de 2010 (data do julgamento).

Ministro Massami Uyeda, Relator

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Massami Uyeda: Cuida-se de recurso especial interposto por L. C. B. e A. C. G. S. B., fundamentado no artigo 105, inciso III, alíneas **a** e **c**, da Constituição Federal em que se alega violação dos artigos 3º, 4º, 5º, 6º, 29, 43, 50, 165, 166 e 201, inciso III, do Estatuto da Criança e do Adolescente; 165, 458 e 535 do Código de Processo Civil, além de dissenso jurisprudencial.

Os elementos dos autos dão conta de que os ora requerentes L. C. B. e A. C. G. S. B. ajuizaram *ação de adoção* da infante L. C. da C., filha de A. C. da C., com pedido liminar de guarda provisória (e-STJ - fls. 33-44). Para tanto, notificaram que, antes mesmo do nascimento da menor, o qual se deu em 12 de dezembro de 2007, a mãe biológica da criança, durante a gestação, manifestara sua intenção de entregar a filha para a adoção, e, por um liame entre pessoas comuns às partes, direcionou tal manifestação ao casal, ora recorrentes.

É dos autos, ainda, que, após o nascimento de L. C. da C., compareceram em Juízo a mãe da menor, A. C. da C., e o casal, ora requerentes, onde assinaram o Termo de Declaração, no qual há expressa manifestação de vontade da primeira em consentir a adoção de sua filha por L. C. B. e A. C. G. S. B, sem coação ou benefício pessoal (e-STJ - fl. 48), razão pela qual o r. Juízo plantonista, em 28.12.2007, autorizou a permanência da menor, sob a guarda do casal, pelo prazo de trinta dias (e-STJ - fls. 46-47).

Conclusos os autos ao r. Juízo de Direito da 1ª Vara Criminal e de Menores da Comarca de Sete Lagoas-MG, este determinou, em 25.01.2008, a imediata expedição de busca e apreensão da menor, pelos fundamentos assim expostos:

Em interpretação sistemática do Estatuto da Criança e do Adolescente - especialmente o artigo 50, onde se determina que a autoridade judiciária deve manter na comarca um registro de criança e adolescentes em condições de serem adotados e outro de pessoas interessadas em adotar, pode-se facilmente extrair que a vontade do legislador foi no sentido de que o casal devidamente inscrito e habilitado (observada a ordem cronológica de sua inscrição) teria, como tem, indiscutível prioridade na adoção de crianças ou adolescentes legalmente consideradas aptas para tanto.

[...] Faço ainda outras breves considerações. Os próprios requerentes, na petição inicial, afirmam que a mãe biológica é "jovem de vida desregrada, atrelada a uma conjuntura de envoltimentos escusos abrangendo desde dependência química até o comércio devasso do próprio corpo". Tais características da genitora, ao meu sentir (e se verdadeiras), tornam ainda mais possível, e pelo mínimo, a possibilidade de ocorrência de tráfico escuso de influência a que antes nos

referimos. Esta possibilidade, ressalte-se, se agiganta ainda mais, levando-se em consideração que as Conselheiras Tutelares suscriptoras do mencionado ofício de fls. 38, estiveram hoje em nosso gabinete e afirmaram que esta não é a primeira vez que esta mãe biológica (Aline) dá um filho seu a terceiro, o que faz com que este juízo não considere impossível que Alice esteja, até, recebendo alguma dádiva para tanto. Mas independentemente desta, o procedimento de toda sorte é escuso e inaceitável (e-STJ - fls. 68-72).

Decisão, contudo, que sequer chegou a produzir efeitos, porquanto o ilustre Desembargador-relator, em 26.01.2008, em sede de agravo de instrumento, deferiu ao recurso efeito suspensivo, sob o argumento de que o procedimento para adoção não se sobrepõe ao princípio do melhor interesse do menor, determinando a imediata entrega da menor aos recorrentes, com a realização de estudo psicossocial destes, e a oitiva do representante do Ministério Público (e-STJ - fls. 78-79).

Em 29.07.2008, o Agravo de Instrumento n. 1.0672.08.277590-5/001 restou julgado improvido pela 2ª Câmara Cível do e. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, restabelecendo-se, assim, a decisão que determinou a busca e apreensão da menor (e-STJ - fls. 398-402). O acórdão restou assim ementado:

Agravo de instrumento. Ação de adoção. Busca e apreensão. Guarda provisória. Inconveniência. Recurso não provido. 1. A concessão de guarda provisória pressupõe atendimento ao melhor interesse da criança ou do adolescente. 2. Havendo forte suspeita de que foi obtida guarda de fato de forma irregular e, até mesmo criminosa, impõe-se o indeferimento da guarda provisória com a *incontinenti* busca e apreensão da criança que ainda não conta com sequer um ano de idade. 3. Agravo de instrumento conhecido e não provido, mantida a decisão interlocutória que indeferiu a guarda provisória e determinou a busca e a apreensão da criança.

Decisum, que restou inalterado ante o desacolhimento dos embargos de declaração, com efeitos modificativos, opostos (e-STJ - fl. 461-464).

Em 1º de agosto de 2008, portanto, após aproximadamente 8 meses ininterruptos da guarda da criança pelos ora recorrentes (28.12.2008), cumpriu-se a ordem de busca e apreensão (e-STJ - fl. 501).

É certo, também, que o r. Juízo *a quo* determinou o desligamento da criança da entidade de acolhimento, onde se encontrava abrigada, para entregá-la à guarda do casal inscrito em lista de adoção, J. R. R. e T. G. C. R., a despeito

de o Ministério Público ter se manifestado, nesse ponto, em sentido contrário (e-STJ - fl. 504), o que se deu em 07 de agosto de 2008.

Interposto recurso especial, este restou inadmitido pelo Tribunal de origem, ensejando a contraposição de agravo de instrumento, o qual, por decisão desta Relatoria, restou provido, convertendo-o no presente recurso especial (e-STJ - fl. 687).

Impende consignar, ainda, que, ao agravo de instrumento, bem como ao presente recurso especial, fora, por meio da Medida Cautelar n. 15.097-MG, atribuído efeito suspensivo (*www.stj.jus.br*).

Sustentam os recorrentes, L. C. B. e A. C. G. S. B., em síntese, que o Tribunal de origem incorreu em negativa de prestação jurisdicional. No mérito, alegam que a lista de adotantes não pode se sobrepor ao prioritário interesse da criança, que conviveu com os recorrentes durante seus primeiros oito meses de vida. Asseveram que o estudo psicossocial demonstrou a capacidade e a aptidão do casal para adotar a menor. No ponto, anotam a existência de dissenso jurisprudencial. Asserem, também, que a adoção *intuitu personae* não se revela espúria, restando demonstrado nos autos a forma lícita e legítima pela qual se deu a indicação do casal pela mãe biológica. Afirmam, ainda, que o referido laudo psicossocial restou completamente ignorado pelas Instâncias ordinárias (e-STJ - fls. 471-500).

Não houve apresentação de contra-razões (e-STJ - fls. 666).

O ilustre Representante do Ministério Público Federal ofertou parecer no sentido conhecer o recurso especial apenas pela alínea **a** do permissivo constitucional e, nessa parte, conferir-lhe provimento (e-STJ - fls. 695-700).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Massami Uyeda (Relator): O recurso especial merece prosperar.

Com efeito.

A celeuma instaurada no presente recurso especial centra-se em saber se, em processo de adoção, a observância do cadastro de adotantes prevalece ou não sobre a pretensão dos ora recorrentes de adotar criança que esteve sob a guarda destes - a partir de seu nascimento até os seus primeiros oitos meses de vida - por conta, ressalte-se, de decisão judicial.

Discute-se, também, se a adoção *intuitu personae*, na qual os pais biológicos da criança escolhem a família que a adotará, consubstancia, no caso dos autos, forma espúria de adoção. Controverte-se, também, no ponto, se o fato de a mãe biológica, nos termos da inicial e da decisão objurgada, possuir “vida desregrada, atrelada a uma conjuntura de envolvimento escusos abrangendo desde dependência química até o comércio devasso do próprio corpo” e ter anteriormente concedido outro filho à adoção, ensejam a conclusão de que a adoção *sub judice* encerra inaceitável tráfico de menor.

É possível, de plano, constatar que a controvérsia deve ser analisada sob a perspectiva dinâmica dos fatos, e não, simplesmente, aferir o acerto ou não da decisão combatida (que determinou a retirada da menor da guarda dos ora recorrentes), quando de sua prolação.

Veja-se, inicialmente, não se olvidar os nobres propósitos contidos no artigo 50 do Estatuto da Criança e do Adolescente, que preconiza a manutenção, em comarca ou foro regional, de um registro de pessoas interessadas na adoção, e legitimamente incentivado, recentemente, pelo Conselho Nacional de Justiça, com a edição, inclusive, da Resolução n. 54.

Indubitavelmente, a existência de cadastro de adotantes, de fato, tende a observar o melhor interesse do menor, além de encerrar inúmeras vantagens ao procedimento legal da adoção, na medida em que avalia previamente os pretensos adotantes por uma comissão técnica multidisciplinar, minimiza a possibilidade de eventual tráfico de crianças ou mesmo a adoção por intermédio de influências escusas, bem como propicia igualdade de condições àqueles que pretendem adotar.

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

Assim, além da aferição da imprescindível capacidade e aptidão do casal pretendente à adoção em exercer efetivamente o Poder Familiar, sendo relevante para tanto, indubitavelmente, o parecer psicossocial em conjunto com toda a instrução processual, o que se dará durante o processo de adoção, *in casu*, preponderantemente, deve-se perscrutar o estabelecimento por parte da menor

de vínculo afetivo com os ora recorrentes, que, como visto, poderá tornar legítima, indubitavelmente, a adoção *intuitu personae*.

No caso dos autos, deixando de lado a discussão doutrinária e até jurisprudencial acerca da chamada adoção *intuitu personae* ou adoção dirigida, em que há a intervenção dos pais biológicos na escolha da família substituta, em momento anterior ao pedido de adoção, até porque desinfluyente para a presente decisão liminar, é incontroverso nos autos, de acordo com a moldura fática delineada pelas Instâncias ordinárias, que esta criança esteve sob a guarda dos ora recorrentes, de forma ininterrupta, durante os primeiros oito meses de vida, por conta de uma decisão judicial prolatada pelo ilustre desembargador-relator que, como visto, conferiu efeito suspensivo ao Agravo de Instrumento n. 1.0672.08.277590-5/001.

Nesse ínterim, oportuno ressaltar que, em se tratando de ações que objetivam a adoção de menores, nas quais há a primazia do interesse destes, os efeitos de uma decisão judicial possuem o potencial de consolidar uma situação jurídica, muitas vezes, incontornável, tal como o estabelecimento de vínculo afetivo.

No caso dos autos, tem-se que a guarda de uma criança, sem interrupções, durante os seus primeiros oito meses de vida, tem o condão de estabelecer o vínculo de afetividade da menor com os pais adotivos. Na espécie, aliás, não é demasiado destacar, no parecer elaborado pelo Serviço Social e Psicologia do Tribunal de Justiça, em atendimento à determinação do ilustre desembargador-relator, a identificação de traços de vínculo de afetividade já no início da guarda provisória (entrevista datada de 07.02.2008):

O forte desejo de ser mãe, aliado ao sentimento maternal que nela se desenvolveu, segundo relatou o casal em tela, levou a Sra. Angélica a buscar auxílio médico para que ela pudesse amamentar a pequena Laura. Assim, relatam, ainda, que ela começou a fazer uso de medicação destinada a estimular a produção de Prolactina, hormônio responsável pela produção de leite, e dessa forma a criança tem recebido uma alimentação mista, alternando o peito e a mamadeira com o leite NAN. [...] Em visita domiciliar fomos recebidos pela Sra. Angélica, que se encontrava nos cuidados com a pequena Laura, inclusive, a amamentando. Observamos que a Laura apresenta-se bem cuidada, e apesar da pouca idade procura pela voz da Sra. Angélica, já com alguma referência. Durante nossa permanência na residência do casal em tela, o Sr. Luiz Carlos também se fez presente, chegando ele logo após a nossa visita domiciliar. [...] O casal mostrou-se capaz de estabelecer vínculos afetivos duradouros e demonstram estarem fortemente envolvidos com Laura, à qual, durante toda a entrevista se referiram

como filha. Encaram a adoção com naturalidade e revelam-se responsáveis e maduros, capazes de exercer o Poder Familiar com responsabilidade e zelo, cientes dos deveres e da importância da educação formal e moral na constituição e desenvolvimento da filha (e-STJ - fl. 441-448).

Veja-se que autorizada doutrina, tecendo comentários acerca da adoção *intuitu personae*, de forma a afastar possíveis óbices quanto à legitimidade de tal adoção, desde que presente, ressalte-se, o vínculo de afetividade do menor com o pretense adotante, com ênfase ao tempo de contato da criança com os pais adotivos, consignou que:

Um terceiro argumento apresentado contra a adoção *intuitu personae* refere ao desrespeito ao cadastro, considerando sua obrigatoriedade. [...] Como já tivemos oportunidade de expor no item 05 acima, sendo demonstrada a existência de vínculos afetivos entre a criança e os adotantes, conforme regra constante no art. 28, § 2º, do ECA, estes deverão prevalecer, tendo em vista o melhor interesse da criança. Para a verificação da existência do vínculo e pelo fato de nestas situações sempre estarmos diante de bebês, Júlio Alfredo de Almeida sugere critérios que devam ser utilizados, dividindo-se pelo tempo de vida da criança, entendendo que as crianças até seis meses de idade devam ser retiradas da guarda dos adotantes e entregues a pessoas cadastradas, afirmando que estas ainda não criaram vínculos afetivos àqueles. Para as demais crianças o autor entende que devam passar por avaliação da equipe interprofissional para que seja atestada a existência do vínculo. Não temos certeza se este critério proposto por Júlio Alfredo de Almeida é correto no que se refere às crianças com idade igual ou inferior a seis meses, já que se pode perceber que desde muito pequenas as crianças já reconhecem as pessoas com as quais convivem diariamente (Bordalho, Galdino Augusto Coelho, Curso de Direito da Criança e do Adolescente, Aspectos Teóricos e Práticos, 2ª Edição - IBDFAM - Instituto Brasileiro de Direito de Família - Editora Lumen Juris, p. 221)

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

Nesse sentido, confira-se o seguinte precedente:

Civil. Família. Guarda provisória. Comércio de menor. Inexistente. Família afetiva. Interesse superior do menor. Observância da lista de adoção.

- Mesmo em havendo aparente quebra na lista de adoção, é desaconselhável remover criança que se encontra, desde os primeiros dias de vida e por mais de dois anos, sob a guarda de pais afetivos. A autoridade da lista cede, em tal circunstância, ao superior interesse da criança (ECA, Art. 6º). (REsp n. 837.324-RS, Relator Ministro Humberto Gomes de Barros, DJ 31.10.2007)

Desta feita, em razão do convívio diário da menor com o casal, ora recorrente, durante seus primeiros oito meses de vida, propiciado por decisão judicial, ressalte-se, em que se denotou, nos termos do estudo psicossocial, o estreitamento da relação de maternidade (até mesmo com o essencial aleitamento da criança) e de paternidade e o conseqüente vínculo de afetividade, é certo que esta Relatoria concedeu, por meio da Medida Cautelar n. 15.097-MG, efeito suspensivo ao Agravo de Instrumento, bem como ao presente recurso especial, com o fito de preservar a referida situação jurídica, em tese, consolidada.

Tem-se, assim, por consectário lógico, que os referidos motivos que ensejaram, naquela ocasião, o deferimento da medida cautelar aviada, encontram-se, neste momento, indubitavelmente robustecidos, a considerar que criança se encontra com os recorrentes por período superior a dois anos.

Nessa dinâmica dos fatos, mostra-se insubsistente, inclusive, o fundamento adotado pelo acórdão objurgado quanto à suspeita de ocorrência de tráfico de menor. Primeiro, porque o argumento de que a vida pregressa da mãe biológica, dependente química e com vida desregrada, tendo já concedido, anteriormente, outro filho à adoção, *não pode conduzir, por si só, à conclusão de que houvera, na espécie, venda, tráfico da criança adotanda*. Segundo, porque a mãe biológica, em Juízo, de forma uníssonas, assentou a voluntariedade de sua conduta, sem receber, por isso, qualquer contraprestação, o que, aliás, restou reafirmado quando da consecução do laudo do estudo psicossocial (e-STJ - fls. 48 e 441-448). Terceiro e principalmente, porque, como visto, em observância à primazia dos interesses do menor, o verossímil estabelecimento do vínculo de afetividade da menor com os recorrentes deve sobrepor-se, no caso dos autos, aos fatos que, por si só, não consubstanciam o inaceitável tráfico de criança.

Outra questão que merece ponderação, refere-se à determinação do Juízo de primeira instância, após a prolação do acórdão pelo Tribunal de origem, porém pendente de recurso a esta Instância Superior, para que a menor, após conviver os primeiros oito meses de vida com o casal, ora recorrente, fosse entregue para outro casal, este integrante do cadastro de adotantes. No ponto,

conforme bem ponderado pelo ilustre representante do Ministério Público (e-STJ - fls. 538-545), não se afigurava razoável, sob o enfoque do superior interesse do menor, transferir a guarda para outro casal, esse cadastrado na lista geral e terceiro ao presente processo de adoção, gerando, tão-somente, insegurança jurídica.

É dos autos que o casal cadastrado já aviou o respectivo processo de adoção. Porém, como em qualquer processo de adoção, a guarda, durante o seu trâmite, é provisória. Provisoriedade, na espécie, potencializada com a existência deste processo anterior, com o mesmo objeto. Fato também não ignorado pelo casal adotante cadastrado.

Impende deixar assente, no ponto, que não se está a preterir o direito de um casal pelo outro, uma vez que, efetivamente, o direito destes não está em discussão. O que se busca, na verdade, é priorizar o direito da criança de ser adotada pelo casal com o qual, na espécie, tenha estabelecido laços de afetividade.

Já a aferição da aptidão deste ou de qualquer casal para exercer o Poder Familiar dar-se-á na via própria, qual seja, no desenrolar do processo de adoção.

Assim, dá-se provimento ao presente recurso especial para manter a infante L. C. da C. sob a responsabilidade dos ora recorrentes, L. C. B. e A. C. G. S. B., até o deslinde da presente ação de adoção.

É o voto.

