



JURISPRUDÊNCIA (*)

JURISPRUDÊNCIA CÍVEL

Supremo Tribunal Federal (*)

RECURSO EXTRAORDINÁRIO N.º 99.804 — SP

(Segunda Turma)

Relator: O Sr. Ministro Djaci Falcão.

Recorrentes: Fernando Frugoli e outros — Recorridos: Nelson Waismann e sua mulher.

Ação reivindicatória cumulada com perdas e danos. O acórdão recorrido reconheceu em favor dos réus a prescrição aquisitiva.

Recurso extraordinário que merece acoinhimento em parte, por ocorrer negativa de vigência aos artigos 169, inc. I e 170, inc. I, do Código Civil. Sem dúvida, os netos do testador, filhos dos recorrentes, é que se tornaram os verdadeiros fiduciários da parte disponível da herança, sendo que somente na morte deles é que tais bens passariam para Oswaldo Domingos Frugoli, pai dos recorrentes.

Provimento, em parte, do recurso, a fim de que, afastada a prescrição aquisitiva em favor dos réus, prossiga a egrégia Câmara julgadora no julgamento da apelação, como for de direito.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros componentes da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, à unanimidade de votos e na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, em conhecer do recurso e lhe dar provimento parcialmente, nos termos do voto do Ministro Relator.

Brasília, 28 de junho de 1984.

Djaci Falcão
Presidente e Relator

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Djaci Falcão: A sentença de primeiro grau, favorável aos ora recorrentes, assim julgou a controvérsia objeto destes autos:

"1. Fernando Frugoli, inventariante do espólio de Oswaldo Frugoli, que também assinava Oswaldo Domingos Frugoli (fls. 9). Victorina Thereza de Acevedo casada com Jorge Acevedo Richero, Ernesto Amedeo Frugoli casado com Maria

(*) Nos acórdãos do Egrégio Supremo Tribunal Federal, em obediência ao Ofício GDG nº 234, de 20-11-80, do Sr. Diretor-Geral do STF, os nomes das partes interessadas sairão publicados na íntegra.

Celha Dias Gouvêa Frugoli, Ugo Oswaldo Frugoli casado com Laura Oliva Frugoli (fls. 195), promovem contra Nelson Waismann e sua mulher Sahara Golda Waismann, a presente Ação Reivindicatória cumulado com perdas e danos, aduzindo o seguinte:

O avô dos suplicantes (Amadeu Frugoli) através da transcrição n.º 23.021, da 1.ª Circunscrição Imobiliária da Capital, de 7-7-1937, adquiriu os lotes 10 a 15 e 31 a 35 e 32-A da quadra 16 da Vila Canaã, Capital, medindo 100 metros de frente para Rua das Tamareiras (hoje Ameixeiras) por 60 metros da frente aos fundos, ao longo da Rua Santa Matilde, com área de 4.800, metros quadrados.

Por morte de Victoriana Fruguli, avó dos suplicantes, a propriedade ficou para o viúvo-meelro e o Dr. Oswaldo Fruguli, sendo que o Formal de Partilha foi transcrito perante o 1.º Registro de Imóveis, conforme matrícula de n.º 24.864. Amadeu gravou sua meação com cláusulas de incomunicabilidade e inalienabilidade em fideicomisso aos netos, sendo o testamento transcrito no Formal.

Apesar da circunstância, parte dos lotes está sendo ocupada pelos requeridos, talvez em conluio com o loteador, Celso David do Vale e outros, os quais colocando os lotes 16, 17 e 18 da quadra 16 como confrontantes dos terrenos dos postulantes, na verdade fizeram grosseira superposição dos imóveis, valendo-se da escritura pública de 11 de agosto de 1951 do 2.º Tabelião de Notas da Capital transcrito sob o número 46.816, no 11.º Registro de Imóveis da Capital, em 8 de março de 1952 (fl. 30).

Mencionados lotes, por escritura de 13 de dezembro de 1938, e matrícula n.º 27.339 do 1.º Registro de Imóveis foram alienados pelos proprietários a Desidério Tobias (fl. 78/verso) e faziam frente para a Rua Santa Matilde.

Pedem os AA. a procedência da ação para que sejam imitidos na posse dos terrenos, arcando os requeridos com o pagamento de aluguel a ser arbitrado em liquidação de sentença.

A inicial veio instruída com os documentos de fls. 9/79 e 81/164.

2. Os requeridos, regularmente citados a fls. 167, apresentaram a contestação de fls. 173/177. Alegam ser Fernando Fruguli parte ilegítima, pois, a ação deveria ser proposta pelo Espólio de Oswaldo Domingos Fruguli, que deixou 4 (quatro) filhos.

Os contestantes são titulares de domínio há 27 anos e exercem posse mansa e pacífica sobre os lotes comprados. Construíram sobre os mesmos o prédio de 470 da Rua das Ameixeiras, antes n.º 95 da via pública antes denominada Rua Cupeçê.

Os AA. jamais tiveram posse dos lotes que houveram de herança do avô Amadeu Fruguli e localizados à Rua Tamareiras (fls. 176). Mesmo que não tivessem domínio sobre os imóveis disputados, já seriam beneficiários de prescrição aquisitiva. A postulação deve ser julgada improcedente.

3. Réplica a fls. 184/191. Victorina Thereza de Ácevedo e outros ingressaram no feito como autores a fls. 194/195. As partes peticionaram a fls. 198, 200, 204, 207, 210, 231, 236/239, 241, 243/244, 246/247.

4. O saneador adveio a fls. 249/verso/250, rejeitando a preliminar de ilegitimidade e permaneceu irrecorrido. Assistente dos requeridos indicado a fl. 257 e após compromissado apresentou a crítica de fls. 271/295. O perito judicial elaborou o trabalho entranhado a fls. 296/307 e peticionou a juntada das fotografias de fls. 322/325. Novas petições foram apresentadas a fls. 327, 329/333, 342, 352, 354/356.

Audiência de instrução e julgamento a fls. 361/361/verso, com as inquirições de fls. 362, 363, 364, 365, 366, 367, 368, 369. Conciliação sem êxito. Encerrada a instrução, as partes ofereceram os memoriais de fls. 376/381 e 384/389. Oficiou o Dr. Curador de Resíduos a fls. 395.

É o relatório. Decido.

5. A preliminar de ilegitimidade da parte resultou afastada no respeitável saneador de fls. 249/verso/250 e a matéria ali decidida precluiu. Entretanto, não estando os imóveis reivindicandos transcritos em nome dos postulantes e sim em nome de Oswaldo Fruguli ou Oswaldo Domingos Fruguli, cuja sucessão tramita perante a 6.^a Vara da Família da Capital, (fls. 10), como titular da matrícula de n.º 24.864 da 1.^a Circunscrição Imobiliária da Capital (fls. 29), impõe-se reconhecer a legitimidade postulatória dos AA., por força do art. 1.572 do Código Civil, segundo o qual: "Aberta a sucessão, o domínio e a posse da herança transmitem-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários", como sucessores do espólio.

6. O registro do evento se faz indispensável, diante da exibição da certidão de óbito n.º 20.605 do Cartório do Registro Civil das Pessoas Naturais do Município e Comarca de São Vicente, em nome de Oswaldo Domingos Fruguli e da cessão dos direitos hereditários consubstanciada no contrato de fls. 179/181, feita pelos AA. em favor de Walter Serante, patrono que subscreveu a inicial de fls. 2/8, este sim impossibilitado de exercer a reivindicatória do objeto do contrato pactuado com os descendentes do titular do domínio dos lotes demandados.

7. Assentada a legitimidade das partes, examina-se, doravante, o mérito da ação. Que os autores são os legítimos titulares do domínio dos lotes 10 a 15, 31 a 35 e 32-A, da Vila Canaã, antiga Granja Santa Catarina, distrito de Santo Amaro (medindo na integridade 1000m para a Rua das Tamareiras), por sessenta metros da frente aos fundos, ao longo da Rua Santa Matilde com a qual faz esquina é indiscutível, face à transcrição de n.º 24.864, do 1.º Registro de Imóveis da Capital (fls. 29), que se filia à matrícula de n.º 23.031 do mesmo Registro de Imóveis, de 7 de julho de 1937 (fls. 23).

8. O domínio dos requeridos está calcado na escritura do 2.º Tabelião da Capital de 11 de agosto de 1951, através da qual adquiriram de Celso David do Valle e sua mulher três lotes de terreno, sob os n.ºs 16, 17 e 18, da quadra 16, da Vila Canaã, no 31.º Subdistrito do Ibirapuera, Capital, com área de 1.200 metros quadrados, conforme matrícula n.º 46.816 do Registro de Imóveis da 11.^a Circunscrição (fls. 35).

9. No estudo realizado pela perícia judicial de fls. 296/307, precisamente a fls. 301, constata-se a afirmativa de que os lotes "agrupados de n.ºs 10, 11, 12, 13, 14, 15, 31, 32, 33, 35 e 32-A, da quadra 16, do Jardim Canaã, medindo em sua totalidade 100m de frente para a Rua das Tamareiras (atual Ameixeiras) por 60m da frente aos fundos ao longo da Rua Santa Matilde, estão corretamente demarcados na referida planta", enquanto que, os lotes 16, 17 e 18 "encontram-se encravados por terreno de terceiros, pela divisa natural do loteamento Jardim Canaã (curso d'água) e pelo Córrego Cupecê, sobre o qual atualmente existe a avenida do mesmo nome" (fls. 302). E prossegue o perito: aberta a "travessa Cupecê, paralelamente à Rua Santa Matilde e distante cerca de 80m dos lotes 16, 17 e 18, ditos lotes foram transportados de sua posição original e recolocados fazendo frente para a Travessa Cupecê, superpondo-se, dessa forma, parcialmente aos lotes 10, 11, 12, 13, 14 e 15 dos autores" — fls. 302.

10. A conclusão do engenheiro Ruy Batalha de Camargo foi censurada pela crítica de Carlos Aylton de Albuquerque Maranhão, a fls. 271/282, todavia, as objeções ali levantadas improcedem.

11. Procurou o assistente demonstrar que a atual Rua das Ameixeiras nunca se denominou Rua das Tamareiras, existindo as duas vias (fls. 276). A alteração da denominação, entretanto, é irrelevante, apesar de verdadeira (fls. 308/309 e da existência da Rua das Tamareiras noutra localidade, conforme anotado na planta de fl. 310, porquanto, o fato por si só não desloca automaticamente a locação dos lotes dos autores para aquela localidade, inclusive aqueles não incluídos na presente demanda de n.ºs 31, 32, 33, 34, 35 e 32-A, que fazem frente para a Rua Santa Matilde, conforme reprodução de fls. 302.

12. A discrepância inobstante observada não produz o efeito desejado pelos contestantes. Com efeito, a área em questão foi retalhada sem a inscrição regular

do loteamento perante o Registro de Imóveis, mas o título dos autores empresta cobertura satisfatória à área física ocupada, em perfeito cotejo com as ruas confrontantes, ou seja, 100 metros de testada para a Rua Tamareiras, por 60,00m para a citada Rua Santa Matilde.

O mesmo não ocorre com o título dos requeridos, que justaposto sobre a superfície, com frente para a Rua Cupecê, deixa a descoberto um lote de 400,00 metros quadrados, conforme levantamento planimétrico de fls. 283, que acompanhou a crítica do assistente dos contestantes, o que bem demonstra a sua desconformidade com o local, pois, do contrário, existiria coincidência entre a área ocupada e a titulada.

Acentua-se também que os lotes adquiridos pelos requeridos em 11 de agosto de 1951 (fls. 30/35), anteriormente, através de escritura de 12 de novembro de 1938, lavrada no 2.º Tabelião da Capital e matrícula n.º 27.339 (fls. 78/verso) foram alienados a Desidério Tobias, pelos mesmos vendedores, donde se concluiu que, enquanto perdurar aquela transferência, a compra de Nelson Waismann e de sua mulher é classificada como a **non domino**, pois a aquisição foi celebrada com quem não era titular de domínio dos imóveis transacionados.

13. Sob o prisma dominial, os requeridos estão desamparados de razão e também não são favorecidos pela lembrada prescrição aquisitiva, malgrado exerçam posse sobre a área de 1.200 metros constitutiva dos pretendidos lotes 16, 17 e 18 da quadra 16, desde agosto de 1951, pois o óbito do fiduciário ocorreu em 20 de agosto de 1977 (fl. 225), tendo-se aplicação o magistério do Professor Washington de Barros Monteiro, in *Direito das Sucessões*, 4.ª edição, Saraiva, 1962, in verbis:

“Só com a abertura do fideicomisso entra o fideicomissário na posse dos bens. Só então lhe assiste o direito de reivindicar os bens acaso alienados pelo fiduciário (Código Civil, art. 647). Em consequência, enquanto não recebe os bens, não ocorre contra ele qualquer prescrição, porquanto não pode propor, até então, ação alguma. Sua intervenção em juízo só se legitimará para o requerimento de medidas conservatórias, inclusive contra o próprio fiduciário. Mas operada a substituição, investe-se o substituto em todos os direitos e começam então a fluir os prazos prescritivos, podendo ajuizar todas as ações necessárias à defesa de seus direitos e interesses.”

14. O ensinamento transcrito, por sua clareza, dispensa outras considerações. O testamento do avô dos autores está transcrito a fls. 86, no formal de partilha dos bens deixados por Ernesto Amadeu Fruguli (fls. 82/164).

15. Comprovado o domínio dos lotes em nome do fiduciário (fls. 29, através da matrícula n.º 24.864 da Primeira Circunscrição Imobiliária da Capital) e sendo indubitosa a ocupação parcial daqueles de n.ºs 10 a 15, em razão de superposição dos terrenos n.ºs 16, 17 e 18 (fls. 303) adquiridos pelos requeridos de quem já não eram proprietários (matrícula n.º 27.339, entranhada a fls. 78/verso), conclui-se pelo reconhecimento do injusto exercício da posse pelo casal demandado sobre os mesmos, os quais deverão ser devolvidos livres e desocupados aos fideicomissários-autores, independentemente do ressarcimento de eventuais benfeitorias levantadas abusivamente sobre a propriedade de outrem.

16. Em harmonia com o exposto: julgo procedente a Ação Reivindicatória movida por Fernando Fruguli, Victorina Thereza de Acevedo casada com Jorge Acevedo Richero; Ernesto Amadeo Fruguli casado com Maria Celha Dias Gouvêa Frugoli, Ugo Osvaldo Frugoli casado com Laura Oliva Frugoli contra Nelson Waismann, e sua mulher Sahara Golda Waismann, imitando os autores na posse dos lotes 10 a 15, da quadra 16, da Vila Canaã, Capital, com frente para a atual Rua das Ameixelras, antiga Tamareiras, conforme laudo de fls. 296/307, aqui inteiramente encampado, respondendo os sucumbentes pelas custas processuais, salários periciais a fls. 318 para louvado judicial e em 1/3 (um terço) daquela quantia para o assistente, afora honorários advocatícios fixados em 20% (vinte por cento) sobre o valor atribuído à causa.

Entendo incabível a reparação de eventuais benfeitorias erigidas sobre os terrenos, que a rigor compensam os danos suportados pelos AA, que ficaram privados dos mesmos desde 19/7.

Após o trânsito em julgado e pagas as custas, expeça-se o competente mandado para entrega dos lotes reivindicandos, em 10 (dez) dias, de conformidade com o art. 621 do Código de Processo Civil, sob pena de reintegração judicial.

Publique-se, registre-se e intimem-se.

São Paulo, 16 de junho de 1980.

Demóstenes Migulino Braga
Juiz de Direito, (fls. 397/403)

Julgando a apelação dos réus, o Tribunal a quo decidiu:

"1. Adequada se mostra a demonstração feita pela sentença recorrida do atendimento, pelos autores, dos pressupostos da reivindicatória: a prova do **ius in re**, a adequada individuação do imóvel, a posse dos réus. O laudo pericial acolhido pela sentença aclarou com segurança o litígio, no referente à disputa dominial. O título dos autores é o que se ajusta aos lotes reivindicandos. E, como o salientou o magistrado, "o mesmo não ocorre com o título dos requeridos, que justaposto sobre a superfície, com frente para a Rua Cupecê, deixa a descoberto um lote de 400,000 metros quadrados, conforme levantamento planimétrico de fls. 283".

2. Todavia, em favor dos réus, a obstar a procedência da reivindicatória, opor-se a prescrição aquisitiva.

Os réus estão de posse do imóvel a partir de agosto de 1951 (fls. 402). O falecimento do testador fideicomitente é de 21 de junho de 1950 (fls. 84). Para o fiduciário passou o terreno desde essa data (1950). E ele faleceu em 20-8-77 (fls. 402). De agosto de 1951 a agosto de 1977 há um lapso de 26 anos. Há, assim, tempo de prescrição aquisitiva, inteiramente consumada enquanto a propriedade pertencia ao fiduciário. Quando este faleceu, o bem, que deveria transmitir ao fideicomissário, deixara de existir, para ele. O que iria transmitir, pois?

A lição da doutrina, segundo a qual não corre prescrição contra o fideicomissário, enquanto pertencente o bem ao fiduciário, não se aplica ao caso concreto. Efetivamente não pode o fideicomissário reivindicar o bem do fiduciário, ou da pessoa a quem este o vendeu, enquanto não ocorrer o falecimento do fiduciário. Enquanto não se realizar este evento, a propriedade, embora com o caráter de resolúvel, pertence inteiramente ao fiduciário, ou à pessoa a quem este a vendeu. É a pré-morte do fiduciário que torna efetivo o direito do fideicomissário.

Tal não significa, porém, a impossibilidade de aquisição do bem, através do usucapião, por terceiro, desvinculado de qualquer relacionamento com o fiduciário. Em termos de não adquirir deste, mas sim contra este. Se o fiduciário deixa o bem ao abandono, e deste se apossa um estranho, e nele exercita posse **ad usucapionem**, contínua, mansa e pacífica, por prazo superior ao previsto na lei, perde-o para o possuidor. Por forma tal que, quando ocorrer a sua morte, não mais existirá, no seu patrimônio, o bem, de cuja transmissão ao fideicomissário ficara encarregado.

E isso ocorreu no caso concreto.

Aliás, ao fideicomissário assegura-se o direito à prática de atos de conservação do bem que eventualmente lhe poderá pertencer. E se nenhum ato pratica, permitindo que o bem pereça, como coisa própria, em mãos do fiduciário, não há como admitir-se a reivindicação contra o que usucapiu, a pretexto de que a prescrição não corre "pendendo condição suspensiva".

3. Pelo exposto, dão provimento à apelação, para julgar improcedente a ação, por reconhecer em favor dos réus a prescrição aquisitiva.

Em consequência, invertidos ficam os ônus da sucumbência.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Srs. Desembargadores Sydney Sanches e Sylvio do Amaral.

São Paulo, 30 de dezembro de 1980.

Toledo Piza
Presidente

Aniceto Allende
Relator" (fls. 455/457)

Irresignados, os apelados opuseram-lhe embargos de declaração (fls. 459), simultaneamente com a interposição do recurso extraordinário cumulado com arguição de relevância (fls. 492), ficando este sustado até o julgamento daqueles.

Apreciando os embargos, decidiu-se pelo seu acolhimento, em parte, *in verbis*:

"1. Em extensa e bem cuidada petição, acompanhada de documentos, Fernando Frugoli, inventariante do Espólio de Oswaldo Domingos Frugoli, e outros, oferecem embargos de declaração ao Acórdão que julgou improcedente a ação de reivindicação que os embargos movem contra Nelson Waismann e sua mulher.

Referida ação fora julgada procedente, em primeira instância, por sentença que repeliu a arguição de usucapião, lançada pelos réus em defesa, sob o fundamento de que, enquanto não recebe os bens, com a morte do fiduciário ou o implemento da condição, não corre contra o fideicomissário qualquer prescrição.

Nos embargos ora ajuizados, posta de lado a discussão sobre a tese referida, alegam os embargantes omissão do acórdão sobre pontos a respeito dos quais deveria pronunciar-se. O primeiro deles refere-se à alegação de menoridade dos netos do testador fideicomitente, a qual, uma vez considerada, acarretaria o não reconhecimento do usucapião extraordinário, na espécie, por não completado o lapso prescricional de 20 anos. O Segundo ponto refere-se à circunstância de que, gravado o imóvel com cláusula de inalienabilidade, não poderia ser adquirido por outrem, mesmo por usucapião. Outrossim, em ação anterior, já se afastara a prescrição, com força de coisa julgada, a operar na presente ação. E finalmente pedem os embargantes se declarem os limites e termos em que deferido o usucapião, em favor dos réus.

2. Os embargos merecem acolhida parcial, para que explicitem as razões pelas quais o Acórdão embargado não deu destaque a alguns dos pontos questionados pelos embargantes. Sem que se chegue, porém, a qualquer alteração do julgado. Aliás, para esse fim, inadequado seriam os embargos de declaração.

3. Colhe-se dos autos que, pela Transcrição 24.864, de março de 1938, Amadeu Frugoli, viúvo-meeiro, e seu filho Oswaldo Frugoli, herdeiro, maior, adquiriram no inventário de Victorina Frugoli, o terreno da Vila Canaã, objeto da presente ação. A origem do terreno prende-se à anterior aquisição, feita por Amadeu, a Celso David do Valle e outros. E a sucessão objeto da partilha ocorreu por morte de Victorina, mulher de Amadeu e mãe de Oswaldo.

Em 11 de agosto de 1951, os réus adquiriram imóvel que, pelo menos em parte, se superpõe ao inicialmente descrito. E desde então mantiveram posse ininterrupta no local, com os requisitos que, para a própria sentença de primeiro grau, justificariam o usucapião, não fosse a tese de que qualquer prescrição, mesmo aquisitiva, não corre, em hipótese de fideicomisso, senão a partir da morte do fiduciário.

Ernesto Amadeu Frugoli, pelo testamento que se vê a fls. 86, deixou a metade disponível de seus bens, existentes por ocasião de sua morte, a seus netos, em fideicomisso. Como fiduciário ficou o seu filho Oswaldo Domingos Frugoli. E este, ausente do local, deixou o bem ao desamparo. Só com a sua morte, em 20 de agosto de 1977, é que os bens passaram para a titularidade dos fideicomissários.

Por isso, nenhum relevo se deu, na sentença, objeto do recurso, e no acórdão, que a reformou, à circunstância de haver ou não, entre os fideicomissários, alguns menores, antes de 1977. A propriedade, até então, pertencia, por inteiro, ao fiduciário. E este permitiu que os réus se instalassem no terreno e ali permanecessem, na posse incontestada do imóvel, por 26 anos.

Ora, como o Acórdão, bem como a sentença, não puseram em dúvida que os autores, fideicomissários, só poderiam invocar a titularidade do direito de propriedade sobre o imóvel a partir do momento em que esse direito cessou em relação ao fiduciário, não tinha porque, na contagem do prazo, descontar período de menoridade de qualquer fideicomissário. O que se considerou é que, entre a data em que passou ao fiduciário, e a data da morte deste, a prescrição aquisitiva, em favor dos possuidores, operava apenas contra o fiduciário, e não contra os que iriam substituí-lo, posteriormente. O prazo correu, pois, contra maior e capaz, que nenhuma diligência teve em relação aos bens que deveria, por sua morte, transmitir a outrem.

Assim, embora se reconheça aos embargantes o direito a que no Acórdão se consignem as razões pelas quais nenhum desconto se fez no cômputo do prazo, a conclusão lançada no acórdão se mantém: o lapso de 26 anos decorreu, operando-se a prescrição aquisitiva em favor dos réus, e contra o fiduciário, que nada poderia entregar aos fideicomissários. O acerto ou errônia dessa afirmativa, de sua vez, é matéria que refoge ao âmbito dos embargos declaratórios.

4. A cláusula de inalienabilidade, imposta aos bens dos netos, não exigia menção especial no caso **sub judice**. Foi imposta para que esses netos, por morte de cada um, passassem os bens à pessoa indicada pelo testador. A cláusula é de duvidosa legalidade. Mas inócua para o deslinde da contravérsia.

Os vínculos impostos à legítima do filho Oswaldo Domíngos Frugoli — este sim — é que merecem referência especial. Ao que se infere dos embargos, os requerentes pretendem sustentar que a cláusula de inalienabilidade, imposta em doação ou testamento, impede que o gravado perca o bem, pelo decurso do tempo e posse de outrem, mesmo em razão do usucapião extraordinário.

O Acórdão reconhecendo que o usucapião se consumou repellu a arguição. Mas não consignou as razões do entendimento. É inquestionável o direito dos embargantes a que tal se declare, como ora se passa a fazer.

O usucapião, como o lembra **Vampré**, em lição transcrita por Carvalho Santos, "é um modo de aquisição regulado pela teoria legal da posse e da propriedade: não tem base na alienabilidade e não há razão para tornar uma coisa e outra basicamente correlatas" ("Rev. dos Tribunais", vol. 24, pág. 385 — **Código Civil Brasileiro Interpretado** — II, 147). E em outro passo lembra o referido autor: "Se não fosse assim (cuida o trecho de demonstrar que o usucapião prescinde da idéia da alienação) — mister seria concluir pela impossibilidade de se usucapiarem bens que pelos doadores ou testadores fossem feridos de inalienabilidade, o que importaria em absurdo e difícil de sustentar" (pág. 149, *ob. cit.*).

A lição de Clóvis Bevilacqua transcrita pelos embargantes é exata: estabelecida a inalienabilidade, o bem gravado está isento de usucapião ordinário (**Código Civil Comentado**, vol. 6, pág. 105, art. 1.676). E isto porque o usucapião ordinário exige que a posse resulte de um justo título e da boa fé do usucapiente. E proibida a alienação, com os requisitos de publicidade pertinentes, os requisitos questionados não beneficiarão o eventual prescrite. A inalienabilidade imposto por ato de vontade a bem particular, todavia, não impede o usucapião de longo prazo. É o mesmo Clóvis na mesma obra, (vol. 3, pág. 72, art. 558), que esclarece:

"Os bens públicos, comuns, de uso especial ou dominiais, não se adquirem por usucapião (art. 67). Os bens particulares, ainda que inalienáveis, podem ser objeto do usucapião de trinta anos (referia-se ao prazo anterior à Lei n.º 2.437); porque a inalienabilidade dos bens públicos é essencial à natureza jurídica, e a dos bens particulares é uma garantia, que a lei concede, em atenção a certas pessoas, ou a certas situações jurídicas".

O equívoco dos embargantes resulta, certamente, da consideração de que o bem inalienável é posto fora de comércio. Mas cumpre distinguir, como o fez Clóvis, no trecho citado, e o faz **Serpa Lopes**, em expressiva análise (**Curso de Direito Civil**, ed. Freitas Bastos, vol. 6, pág. 545):

‘Observe-se, porém, que os bens fora de comércio, por isso mesmo que não podem ser objeto de um negócio jurídico, igualmente não podem ser usucapidos.

Esta conclusão deve ser entendida em termos. Se o imóvel está fora de comércio em razão de se tratar de um bem público, de um bem pertencente ao Estado, a sua inusucapibilidade é evidente, como iremos demonstrar (cf. 358 infra); se, porém, a sua inalienabilidade decorre de um ato negocial ou de outro ato jurídico qualquer sob a cobertura do Direito Privado, como no caso de pactos antenupciais, dote, doação, legado, cláusulas testamentárias, o usucapiente é *res inter alios acta*, e porque a sua aquisição é de caráter originário, nenhum empecilho pode encontrar nessa in comerciabilidade, porquanto entre o usucapiente e o proprietário contra quem ele adquire não existe a menor relação de sucessoriedade. Trata-se de uma aquisição, como já dissemos, de caráter originário (cf. n.º 354, supra)’.
5. De coisa julgada, no atinente ao reconhecimento do usucapião, não poderia cogitar-se, na espécie. Na ação anterior, demarcatória, repeliu-se a arguição de prescrição extintiva. A possibilidade de ter ocorrido, no caso, a prescrição aquisitiva, não foi objeto do julgado. Aliás, a sentença, em sua parte decisória, limitou-se a proclamar a carência da ação, remetendo os autores para a reivindicatória, “pois da ação demarcatória está excluída a questão dominial propriamente dita”.

Por isso mesmo é que a sentença recorrida teve que julgar a alegação de prescrição aquisitiva, repelindo-a, pelas razões já expostas. Se coisa julgada houvesse, em tal ponto, incabível seria o reexame, para qualquer conclusão diversa, ou para reafirmar, com nova fundamentação, o já decidido.

6. Finalmente, não cabe, no âmbito da presente ação, estabelecer a exata individuação do imóvel, para os fins pleiteados a fls. 468, como se a sentença, aqui proferida, fosse aquela que passará a representar o título de propriedade dos réus, suscetível de transcrição. O que se reconheceu, no caso, é que os réus ocupam a área reivindicanda, por tempo e com os requisitos da prescrição aquisitiva. Ou seja: acolheu-se o usucapião, alegado em defesa, em consonância com a Súmula e as lições correntes da doutrina e da jurisprudência. Este reconhecimento do usucapião, na reivindicatória, afasta apenas a procedência desta. Não supre a necessidade da ação declaratória de usucapião, para que os réus possam obter o título hábil para a plena disponibilidade do imóvel.

7. Assim, em homenagem também ao notável esforço do digno patrono dos embargantes, os embargos são conhecidos e recebidos, em parte, para a explicitação dos pontos, ora versados. Sem que tal conduza, porém, a qualquer alteração do Acórdão.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Srs. Desembargadores **Sydney Sanches** e **Sylvio do Amaral**.

São Paulo, 7 de abril de 1981 — **Aniceto Allende**, Presidente e Relator (fls. 514/521).

Retomando seu andamento, e dentro do prazo, os recorrentes aditaram o apelo extremo com a petição de fls. 530/537.

O recurso foi interposto com base nas letras **a** e **d** do permissivo constitucional, cumulado com arguição de relevância, sob a alegação de que o Acórdão

da apelação, com os esclarecimentos decorrentes dos embargos declaratórios, feriu o art. 153, § 3.º, da Carta Magna; arts. 169, I, 170, I, e 1.676, do Código Civil, e art. 471, I, do Cód. Proc. Civil, além de apontarem dissídio pretoriano com as decisões que colacionam.

Admitido o seu processamento através do despacho de fls. 572/576 e após ser regularmente instruído com as razões de fls. 588 ut 593 e contra-razões de fls. 597/603, vieram os autos a esta Corte. Com vista à Procuradoria-Geral da República, receberam o parecer de fls. 611/613, contrário ao seu conhecimento. A arguição de relevância não foi conhecida.

VOTO

O Sr. Ministro **Djaci Falcão** (Relator): O Acórdão recorrido, como se viu da sua leitura, reconheceu em favor dos réus a prescrição aquisitiva.

Quanto à alegação de vulneração do art. 153, § 3.º, da Constituição da República, não tem procedência, uma vez que a ação demarcatória, anteriormente ajuizada não apreciou o mérito da controvérsia, tendo sido os autores, ora recorrentes, julgados carecedores da ação. O tema do usucapião não chegou a ser apreciado. Em relação ao art. 471, inc. I, do Código de Processo Civil, relativo à relação jurídica continuativa, não foi objeto de prequestionamento (Súmulas n.ºs 282 e 356).

Todavia, o recurso merece acolhimento por haver negativa de vigência aos arts. 169, I e 170, inc. I, do Código Civil. Na verdade, ao falecer o testador Ernesto Amadeo Frugoli, a 21-6-50 (fl. 84), deixou consignado na cláusula 6.ª do testamento a seguinte disposição:

"Que deixa a metade disponível de todos os seus bens existentes por ocasião de sua morte, em fideicomisso, aos seus netos que então existirem, gravados com as cláusulas de incomunicabilidade, e inalienabilidade vitalícias, bem como impenhorabilidade de suas rendas, determinando que, por morte de cada um de seus netos, a porção de bens que lhe tiver cabido passe a seu filho Oswaldo Domingues Frugoli, salvo o caso de já ter este falecido ou de ser atingido por comoriência, hipótese em que aos demais netos sobreviventes passará, em partes iguais o quinhão do que tiver falecido; se, porventura, ocorrer falecimento concomitante de todos os seus netos, passarão ainda os bens que a eles deixa ao seu filho Oswaldo Domingos Frugoli, salvo a hipótese de já ter este falecido, ou de ser abrangido por comoriência, caso em que passarão os bens aos seus irmãos que porventura existirem, ou inexistindo, também estes, a parente mais próximo da estirpe "Frugoli", distribuindo-se em partes iguais, os bens si vários forem eles no mesmo grau de parentesco" (fls. 86/87).

Sem dúvida, os netos do testador, filhos dos recorrentes, é que se tornaram os verdadeiros fiduciários da parte disponível da herança, sendo que somente na morte deles é que tais bens passariam para Oswaldo Domingos Frugoli, pai dos recorrentes, conforme observam os recorrentes:

"O v. Acórdão recorrido fere a norma do art. 169 I e 170 I do Código Civil.

Com efeito, na contagem dos 26 anos relativos ao lapso de tempo entre o mês de agosto de 1951 ao mês de agosto de 1977, referidos no V. Acórdão recorrido, deixou desprezado o tempo relativo à **Menoridade** dos netos do Testador, entre eles o mais novo — Fernando Frugoli — com apenas 5 anos de idade na ocasião em que foi constituído o Fideicomisso e o imóvel foi clausurado com vínculo de **Inalienabilidade vitalícia**. E não se considerou ainda que o Fideicomisso foi constituído sobre as duas partes do patrimônio do Testador

(a legítima e a parte disponível) sendo que a parte disponível foi destinada, inteiramente, aos netos do Testador — **Todos Menores** — como se pode verificar no Testamento constante do Formal de Partilha juntado com a Inicial, e contra eles **não corre prescrição**. Todavia, o V. Acórdão deferiu a Prescrição contra Oswaldo na parte a ele destinada, excluindo-se a outra parte dos netos, os quais, tanto como o filho do Testador, também tornaram-se Fiduciários. E os netos eram todos **Menores**, na ocasião.

Neste aspecto o Julgamento é totalmente **Nulo**, porque incidiu em erro contrário à **Ordem Pública** relativa à capacidade civil dos netos do Testador. E mais, observa-se que o Testador dividiu seus bens em duas partes — na legítima a ser herdada por Oswaldo, e na parte disponível doada, diretamente aos netos, nos termos dos incisos 7.º e 8.º do Testamento. Todavia, por morte do único filho Oswaldo, a sua legítima passaria aos netos do Testador. E por morte dos netos a parte disponível testada passaria a Oswaldo. Assim sendo, **todos**, filhos e netos — tornaram-se Fideicomissários e Fiduciários, cada qual segundo a posição testada" (fls. 496/497).

E às fls. 532/533:

"Aqui logo se vê, que a propriedade reivindicada nunca esteve em pleno poder de Oswaldo Domingos Frugoli. **Por inteiro** como disse o Acórdão recorrido, o qual como perfeito fideicomissário e não fiduciário, nunca teve reunidos todos os elementos da propriedade, em sua pessoa, limitados que estavam seus direitos de fideicomissários, como muito bem o diz a norma do art. 525 do Código Civil Brasileiro:

'É plena a propriedade, quando todos os seus direitos elementares se acham reunidos no do proprietário; limitada, quando tem ônus real ou é **resolúvel**.'

Ora, se Oswaldo Domingos Frugoli tinha apenas sua parte legítima do terreno herdado e, quanto à parte disponível do Testador **passou diretamente aos netos** em Fideicomisso — não se pode negar a existência de **uma indivisão e de um condomínio**, instituído pelo Testador, impedindo assim a conclusão contida nos acórdãos recorridos segundo os quais os netos do Testador nada poderiam receber de Oswaldo, que veio a perder a propriedade por inteiro, em favor dos réus recorridos" (fls. 522/533).

Dai afirmar com propriedade o despacho que admitiu o recurso:

"A posse dos réus, iniciada em agosto de 1951, não poderia gerar a usucapião senão a partir de quando completaram os menores 16 anos de idade, o que ocorreu, relativamente a Fernando Frugoli, em 03 de agosto de 1960. Fluindo de então o prazo prescricional, interrompeu-se pela citação válida nesta demanda, verificada em 19 de abril de 1979, antes, portanto, do fluxo temporal apto a permitir o reconhecimento do domínio" (fls. 574/575).

Cuida-se, no caso, de manifestação de vontade expressa de modo claro, a revelar fatos incontroversos, aos quais os acórdãos deram definição jurídica inadequada, considerando fiduciário o fideicomissário, e vice-versa. Em consequência, concluiu acolhendo, erroneamente, a alegação de usucapião, como demonstram os recorrentes em suas razões (fls. 523/525 e 530/535).

Ademais, é oportuno ponderar que a matéria foi prequestionada, como se verifica do Acórdão dos embargos declaratórios (fls. 514/515).

Os recorrentes pedem que seja provido o recurso, restabelecendo-se a sentença que julgou procedente a ação reivindicatória, reconhecendo ser incabível "a reparação de eventuais benfeitorias erigidas sobre os terrenos, que a rigor compensam os danos suportados pelos que ficaram privados dos mesmos desde 1977".

Acontece que o acórdão recorrido acolheu a alegação de que se operou a prescrição aquisitiva em favor dos réus, deixando evidentemente de apreciar o restante da apelação, inclusive a parte em que os apelantes sustentam:

"Finalmente, caso mantida a sentença de primeira instância, os apelantes têm o direito de ser indenizados pelas benfeitorias que, como proprietários, introduziram no imóvel" (fls. 418).

Diante do exposto conheço do recurso pela letra a do permissivo constitucional e dou-lhe provimento em parte, a fim de que afastada a prescrição aquisitiva em favor dos réus, reconhecida pelo Acórdão, prossiga a egrégia Câmara julgadora no julgamento da apelação, como for de direito.

VOTO

O Sr. Ministro Aldir Passarinho: Sr. Presidente, acho, que, no caso, verificou-se um erro, um equívoco, no v. Acórdão. Há dispositivos do Código Civil, a respeito, bastante claros. Pelo art. 1733, o testador confere o uso da propriedade ou até mesmo o domínio ao legatário que é o fiduciário, e este, ao morrer, o transfere para o fideicomissário.

No caso, o fideicomissário era menor. Ora, no usucapião — que ocorre em decorrência da prescrição aquisitiva — a ele se aplicam todos os princípios da prescrição, de acordo, inclusive, com o art. 553 do Código Civil. E as interrupções também se verificam da mesma maneira.

Na conformidade do art. 169, inciso I, do Código Civil, a prescrição não atinge os menores. No caso, eram os proprietários todos menores, e depois de terem adquirido a maioria não decorreu prazo necessário à prescrição aquisitiva.

Assim, não há como deixar de conhecer do recurso e dar-lhe provimento, nos termos postos por V. Exa., Sr. Ministro Relator, a fim de que, afastada a restrição prescricional, possa ser examinado o restante.

EXTRATO DA ATA

RE 99.804-SP — Rel.: Ministro Djaci Falcão. Rectes.: Fernando Frugoli e outros (Adv.: Walter Serante). Recdos.: Nelson Waismann e sua mulher (Adv.: Wilson Luz Roschel e outro).

Decisão: conhecido e provido parcialmente, nos termos do voto do Relator. Unânime. Falou, pelo Recte.: Dr. Walter Serante.

Presidência do Sr. Ministro Djaci Falcão. Presentes à sessão os Senhores Ministros Decio Miranda, Aldir Passarinho e Francisco Rezek. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Moreira Alves. Subprocurador-Geral da República, Dr. Mauro Leite Soares.

Brasília, 28 de junho de 1984. **Héllo Francisco Marques**, Secretário.