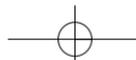


**Ação reivindicatória - Inépcia da inicial -
Ilegitimidade passiva - Extinção do processo
sem resolução de mérito - Construção de edifício
- Área contígua - Invasão parcial - Perdimento da
construção em favor do proprietário do terreno -
Desproporcionalidade - Princípios
gerais de direito**

Ementa: Direito processual civil e civil. Ação reivindicatória. Inépcia da inicial. Ilegitimidade passiva. Extinção do processo sem resolução de mérito. Construção de edifício. Invasão parcial de área contígua. Perdimento da construção em favor do proprietário do terreno. Desproporcionalidade. Princípios gerais de direito.

- A invasão de terreno alheio por pessoa jurídica não induz, necessariamente, a legitimidade passiva de seu sócio administrador para ação reivindicatória.
- O paradigma do pós-positivismo jurídico, operando verdadeira revolução no quadro da hierarquia das nor-



mas, dota os princípios gerais de direito de força normativa, com poder vinculante superior.

- A atividade jurisdicional não pode solucionar o caso concreto outorgando proteção a um bem jurídico em desproporcional sacrifício de outro igualmente tutelado, a pretexto do cumprimento da norma jurídica posta, sob pena de coadjuvar com a injustiça e, daí, operar verdadeiramente ilicitude.

- O regime civil anterior previa o perdimento da construção erigida de boa-fé em terreno alheio, mediante indenização. Detectando-se, todavia, que o reconhecimento do domínio da construção em favor do proprietário do terreno invadido - dada a desproporção entre o valor irrisório deste e o vulto daquela - importa violação do princípio da proporcionalidade, os efeitos da procedência do pedido reivindicatório devem ser adaptados à exigência de uma prestação jurisdicional equânime, reconhecendo-se o domínio da área em favor do invasor mediante justa composição indenizatória.

- Reconhecida a obrigação de o invasor de boa-fé indenizar em dinheiro a área invadida, incorporando-a ao seu patrimônio, descabe a indenização (aluguel) pelo uso indevido da área invadida.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.02.838225-7/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelantes: Lúcio Pentagna Guimarães e sua mulher - Apelados: Clínica de Cirurgia Plástica e Pronto Socorro Face Ltda. e outro - Relator: DES. JOSÉ FLÁVIO DE ALMEIDA

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 12ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM REJEITAR PRELIMINAR E DAR PROVIMENTO PARCIAL AO RECURSO, COM RECOMENDAÇÃO.

Belo Horizonte, 29 de abril de 2009. - José Flávio de Almeida - Relator.

Notas taquigráficas

Proferiu sustentação oral, pelos apelantes, o Dr. Gianpaolo Zambiasi Bertol Rocha e, pelos apelados, Marco Túlio de Carvalho Rocha.

DES. JOSÉ FLÁVIO DE ALMEIDA - Satisfeitos os pressupostos objetivos e subjetivos de admissibilidade, conheço do recurso.

Trata-se de ação reivindicatória ajuizada pelos apelantes noticiando que os apelados invadiram parte

do imóvel objeto da matrícula nº 7.576 do 2º Ofício de Registro de Imóveis de Belo Horizonte (f. 15/17), área minuciosamente descrita às f. 03/04 e planta de f. 14. Nesse sentido, a petição inicial destacou:

Em narrativa fática circunstancial cumpre-nos dizer que a 1ª Ré, é proprietária do lote nº 01, da quadra 53, no Belvedere, com Matrícula de nº 25.596, cujo registro encontra-se no 2º Ofício de Registro de Imóveis de Belo Horizonte, imóvel sito à Rua Jornalista Djalma Andrade, onde o 2º Réu, administrador da 1ª Ré construiu, em meados de 1995, a Clínica Médica de Cirurgia Plástica que funciona no local e que leva o nome do 2º Réu. Ocorre que no ato de construção da referida clínica houve a invasão de parte da área de propriedade dos Autores, docs. Anexos, no importe de aproximadamente 500m², exatamente como infere-se da planta de situação que instrui a presente.

O imóvel de propriedade dos autores esta perfeitamente individualizado, tomando-se por base seu perímetro, bem como demais características e confrontações, que encontram-se minuciosamente descritos na matrícula do imóvel, a seguir transcrita (transcrição da matrícula nº 7576, livro 2, do Cartório do 2º Ofício de Imóveis) (f. 03/04, sic).

Os apelantes formularam pedido reivindicatório cumulado com desfazimento da obra irregularmente construída e, ainda, indenização pelo uso indevido da propriedade (f. 07). Do processado destaca-se de relevante a produção de prova pericial, que esclareceu:

[...] podemos constatar que as divisas do lote N.02 (Casa de N.1800) estão também bastante deslocadas em relação à planta aprovada da PBH, sendo que esse deslocamento, no muro de divisa lateral (do lado esquerdo) existente entre os lotes de Ns., 02 e 01, na parte da frente do lote N. 02, é de 4,31m, e na parte dos fundos de 20,48m. Em consequência, uma parte do lote de N.02 constituída pelo Polígono A G H I, invade/ ocupa o terreno do lote N.01, dos requeridos, numa área de 606,58 m².

Ainda de acordo com o nosso levantamento, Planta de Detalhes, existe um deslocamento da divisa lateral entre o lote dos requeridos e o terreno dos requerentes, de 4,10m na parte da frente do lote 01, junto da Rua, de 10,96m na parte central desse lote, e um deslocamento que passa a ser nulo no vértice formado por essa divisa (lateral esquerda) com a divisa (lateral esquerda) com a divisa dos fundos (f. 131).

Na oportunidade, o valor da área invadida ficou estimado em R\$166.748,20 (cento e sessenta e seis mil setecentos e quarenta e oito reais e vinte centavos), (f. 143, item 6.4 e 145, item 7.6), sendo os aluguéis mensais estimados em R\$583,62 (quinhentos e oitenta e três reais e sessenta e dois centavos), (f. 146, resposta ao item 7.10).

Foram pedidos esclarecimentos ao perito (f. 184/188 e f. 208/212), os quais foram considerados insuficientes (190/197 e f. 214/216) - especialmente no tocante à avaliação da área invadida e da construção nela edificada - o que motivou a nomeação de novo perito (f. 222). Elaborado esse laudo pericial em caráter

complementar (f. 255/321), concluiu-se que a área invadida de 382,54 m² tem o valor de R\$ 48.238,42 (quarenta e oito mil duzentos e trinta e oito reais e quarenta e dois centavos) (f. 267).

Após, sobreveio a sentença de extinção do processo sem resolução de mérito (f. 353/355), reconhecendo a ilegitimidade passiva do segundo réu (segundo apelado) e a inépcia da petição inicial por falta de delimitação precisa da área reivindicanda.

Preliminar de nulidade da sentença.

A sentença traz fundamentação, ainda que concisa, sobre a ilegitimidade passiva do segundo apelado para o pedido reivindicatório. Vejamos:

A primeira requerida, em cujo nome se encontra transcrita a matrícula do imóvel contíguo, cuja edificação teria invadido a área pertencente aos autores, nos termos do artigo 45 do CC, está devidamente imbuída de personalidade jurídica, inexistindo motivos para desconsideração desta personalidade jurídica e inclusão do segundo réu, no polo passivo do pleito.

Neste contexto, acolho a preliminar de ilegitimidade passiva do segundo suplicado, e nos termos do inciso VI do artigo 267 do Código de Processo Civil, julgo extinto o feito em relação ao mesmo (f. 354).

A isso se acrescenta que o segundo apelado, quando da noticiada invasão, era representante legal da primeira apelada (f. 33/36, cláusula sétima), sendo que só há responsabilidade pessoal do representante legal da pessoa jurídica quando seus atos extrapolam os limites do mandato, situação não detectada no caso, conforme será exposto mais adiante.

A fundamentação da sentença, apesar de sucinta, não configura prejuízo ao exercício do direito de defesa e, portanto, não gera nulidade (art. 244 c/c art. 250, parágrafo único, CPC). E, no ponto, porque acertada, deve prevalecer quanto ao reconhecimento de ilegitimidade do segundo apelado.

Por outro lado, verifica-se que a extinção do processo sem resolução de mérito se deveu, essencialmente, à falta de individualização precisa da área reivindicanda na petição inicial, visto que a área apontada como invadida corresponde à parte do imóvel constante da matrícula nº 7.576, sendo que esse todo veio individualizado. Todavia, *concessa venia*, é dispensável a providência exigida pelo Juízo de origem, visto que a inicial trouxe suficiente individualização da área parcialmente invadida, bastante para a instauração da relação jurídica processual. Nesse sentido, Haendchen & Letteriello esclarecem:

E, repetimos, se quiser o autor reivindicar parte do imóvel, deve identificá-lo. Nessa descrição não se exige precisão absoluta, porque, não estando ela mencionada no título dominial, não necessita ser rigorosamente medida.

[...]

Ação reivindicatória - Alegada inépcia na inicial por falta de individualização da área.

Quando o autor descreve a área reivindicada da maneira como consta no título de domínio e apresenta mapa e memorial de localização da gleba, não se pode acolher preliminar de inépcia da inicial, porquanto satisfeito o requisito de admissibilidade da reivindicatória, consistente na individualização do imóvel' (AC 24.925-4-01, 140301995, Rel. Des. Elpídio Helvécio Chaves Martins).

Portanto, resumindo, deve o autor na descrição da área ocupada dar elementos que a identifiquem, não sendo absolutamente necessário na reivindicatória parcial que descreva com precisão os limites. Porém, quanto aos limites externos, quanto às divisas do imóvel em seu todo, exige-se que sejam certos, pena de julgamento de improcedência da ação. (HAENDCHEN, Paulo Tadeu; LETTERIELLO, Rêmolio. *Ação reivindicatória*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 37/38.)

Nada obstante, o decreto de inépcia da petição inicial ocorreu após exaurida a fase instrutória, quando, conforme detectado pelo Juízo de origem, existiam elementos suficientes ao julgamento de mérito da ação. Vejamos:

Pelo teor da inicial e até mesmo se pode observar pelo da prova produzida (*sic*), por ocasião da elaboração da peça de ingresso, não se sabia a exata localização da linha limítrofe, nem tampouco a extensão do eventual esbulho.

Para se chegar à área supostamente esbulhada, o 1º perito teve que proceder ao levantamento das quadras 52 e 53, do loteamento aprovado na Prefeitura Municipal, objetivando 'demarcar as divisas' (f. 118). [...]

Tal demarcação foi aproveitada pelo 2º perito, e a utilização desta demarcação é que possibilitou a elaboração do conclusivo laudo.

Até então existia somente boa-fé do suplicado, no sentido de reconhecer eventual invasão da área apontada como sendo do autor.

Isto porque antes de definida a área invadida, apontando-se sinais materiais das divisas das duas propriedades, não se pode falar em esbulho e conseqüentemente em reivindicatória.

Por outro lado, a inicial é inepta, posto que não delimita a área esbulhada de sorte a constituir um pedido certo e determinado, possibilitando uma sentença igualmente certa e determinada relativa os pedidos formulados (*sic*), estando sem pressupostos de prosseguimento válido e regular (f. 354, *sic*).

Rejeito a preliminar.

DES. NILO LACERDA - Também rejeito, Sr. Presidente.

DES. ALVIMAR DE ÁVILA - Com os mesmos fundamentos do Relator, também rejeito.

DES. JOSÉ FLÁVIO DE ALMEIDA - Mérito.

Com isso, atento ao permissivo do art. 515, § 3º, do Código de Processo Civil, passo ao julgamento de mérito, por considerar o processo suficientemente instruído (art. 130, CPC).

O pedido reivindicatório dos apelantes foi formulado nos seguintes termos:

Condene os Réus nos valores concernentes à indenização pela privação injusta dos direitos inerentes à propriedade do terreno, fazendo-o através de avaliação sobre o *quantum* relativo à locação do imóvel no período observado da posse injusta, determinando-se, ainda, o desfazimento de todas as construções feitas no local, restabelecendo-se a situação anterior, e, ao final, imitando o Autores (*sic*) na posse do imóvel, mesmo antes que sejam desfeitas as construções, que se procedidas pelos Autores será às expensas dos Réus (f. 07, *sic*).

O fato ocorreu em meados da década passada, época em que vigente o Código Civil de 1916, portanto regente da matéria (art. 6º e parágrafo único, LICC). Para o caso, o antigo regime civil assegura ao titular da propriedade os direitos que lhe são inerentes, é dizer, de usar, gozar, dispor e reivindicar (art. 524, CC/16); ainda, impõe àquele que edifica em terreno alheio a perda da construção em favor do proprietário, desde que devidamente indenizado, salvo se comprovada a má-fé, caso em que admite o pedido de desfazimento da obra, mais perdas e danos (art. 547, CC/16).

De início, saliento que o fato de o pedido reivindicatório recair em parte do imóvel dos apelantes não afasta o interesse de agir - preliminar que se pode interpretar como de impossibilidade jurídica do pedido -, visto não haver, para o caso, previsão de outra modalidade de garantia, em simetria à previsão legal das ações de reintegração e manutenção de posse, na defesa de direito possessório. A ação reivindicatória é apta a veicular pretensão petitória, seja ela dirigida à totalidade ou a parte do bem imóvel.

Pontes de Miranda leciona:

O primeiro pressuposto necessário da pretensão à reivindicação é a 'propriedade atual do titular.

[...]

O segundo pressuposto necessário da ação de reivindicação é a 'posse da coisa pelo réu' (in *Tratado das ações*. São Paulo: RT, 1978, Tomo VII, p. 117/118).

Desnecessária, ainda, a notificação premonitória dos apelados, conforme sustentam, visto que a invasão do imóvel é ato não tolerado pelo Direito, configurando, por si só, a mora do invasor em restituir a coisa ao proprietário. Nesse sentido, acórdão da Apelação Cível nº 2.0000.00.305032-8/000, Comarca de Peçanha, Relator Des. Gouvêa Rios, j. em 06.06.2000.

Tratando-se de pretensão petitória, a acepção jurídica da posse injusta tem sentido amplo, bastando seja ela exercida sem o direito de possuir.

Mesmo de boa-fé a posse cede ao domínio. Injusta, pois, é qualquer detenção sem título de propriedade, ou sem o caráter de posse direta através das vias adequadas

(THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Posse de propriedade*. Leud, 1985, nº 12).

No caso, não há que se falar em falta de interesse de agir, pois os requisitos da pretensão petitória, prova do domínio e posse injusta, são incontrovertidos.

São, portanto, requisitos do sucesso da ação reivindicatória, diante do art. 524 do Código Civil: a) a prova pelo autor de que o domínio da coisa lhe pertence; e b) a prova de que o réu detém a mesma coisa injustamente, ou seja, de forma que repugna ao direito (Apelação Cível nº 54.027, Relator Desembargador Agostinho de Oliveira, publicação ocorrida em 23.09.1980).

Avançando, a primeira apelada sustentou, em contestação, que o fato não decorreu de má-fé, tendo-se levado a erro por invasão contra ela operada pelo proprietário do outro imóvel vizinho. Nesse sentido:

Ao contrário do que alegam os Autores, a posse do móvel pela 1ª Ré é da mais absoluta boa-fé.

Como se percebe pelo croqui que juntaram aos autos e pela documentação ora juntada, o vizinho da 1ª Ré, proprietário do lote n.2 da mesma quadra, a prevalecer a tese dos Autores, teria invadido o lote da 1ª Ré em proporção maior do que aquela que ora é reivindicada.

Ou seja, é fácil perceber que, a prevalecer a tese dos Autores, de que o imóvel reivindicado é de sua propriedade, eventual invasão pela 1ª Ré terá sido o resultado de alterações nas medições provocadas pela invasão que esta terá sofrido por seu outro vizinho.

Em outras palavras, a prevalecer a tese dos Autores, a 1ª Ré terá agido na mais absoluta inconsciência de obstáculo à sua posse, uma vez que sempre teve motivos para supor que mantinha a posse de bem próprio (f. 30).

A assertiva foi corroborada pelo perito judicial, que, em resposta aos quesitos, destacou:

7.1 - Qual a área do lote dos Réus?

Resposta: A área do lote N. 01, de acordo com a Planta aprovada pela Prefeitura Municipal de Belo Horizonte, em 13/08/80, CP-216-07-M, é de 1.787,66m².

O terreno ocupado pelos Réus, inclusive a área invadida, possui 1.563,53m² de área.

[...]

8.5 - O imóvel de propriedade da Clínica de Cirurgia Plástica e Pronto Socorro da Face Ltda. encontra-se invadido? Em caso afirmativo, qual a extensão da invasão?

Resposta: Sim. O imóvel dos requeridos, lote N.01, encontra-se invadido pelo lote N.02, casa de N.1800 da Rua Jorn. Djalma Andrade, numa extensão de 606,58m² de área (f. 148/149).

O documento de f. 13, demonstrando que em outro momento houve interesse da primeira apelada pela aquisição da propriedade dos apelantes, a nosso juízo, não constitui prova de má-fé, que, como se sabe, não se presume, já que decorre do estado psicológico do possuidor. Assim, a prova da má-fé deve ser robusta, dadas,

sobretudo, as gravosas consequências de seu reconhecimento.

Sobre o tema, o Superior Tribunal de Justiça decidiu:

Posse - Injusta e de má-fé - Distinções. - A justiça ou injustiça da posse determina-se com base em critérios objetivos. Diversamente do que ocorre com a posse de boa ou de má-fé, que tem em vista elementos subjetivos, pois decorre da convicção do possuidor. O reconhecimento da injustiça da posse, levando à procedência da reivindicatória, não obsta, por si, tenha-se como presente a boa-fé. (REsp 9095/SP, Rel. Min. Cláudio Santos, Rel. para o acórdão Ministro Eduardo Ribeiro, Terceira Turma, julgado em 07.04.1992, DJ de 25.05.1992, p. 7.394).

Nesse passo, a construção em propriedade alheia por ato destituído de má-fé afasta a pretensão de desfazimento da obra, havendo, ao contrário, previsão legal de perda da construção para o proprietário do terreno mediante indenização correspondente (art. 547, CC/16).

O caso, todavia, apresenta peculiaridade não prevista pelo legislador de 1916, impedindo a aplicação daquelas regras sem que, com isso, haja violação dos princípios gerais de Direito, dentre os quais se destaca o princípio da proporcionalidade, que modernamente baliza o exercício da função jurisdicional na solução do caso concreto.

Em superação ao positivismo legalista instaurado pelo pensamento kelseniano, o modelo do moderno Estado Democrático de Direito institui o paradigma do pós-positivismo jurídico, erigindo no ordenamento jurídico um sistema normativo calcado essencialmente em regras principiológicas, que perdem o caráter meramente norteador da atividade legiferante, passando a assumir, no quadro da hierarquia das normas, caráter vinculante superior. Trata-se do paradigma do pós-positivismo jurídico, instituidor do caráter normativo dos princípios gerais de Direito, que impôs verdadeira inversão do paradigma legalista, outrora reinante, o qual relegava o caráter normativo dos princípios a último plano (art. 4º, LICC; art. 126, CPC).

Ora, as regras jurídicas presumem-se elaboradas em perfeita e simétrica adequação aos princípios da equidade e da justiça, prevendo abstratamente a solução adequada a ser adotada na solução do caso concreto. Tocando ao juiz a solução do caso através da subsunção do fato à norma, e, portanto, em consonância com aqueles princípios, a proteção que se outorga a um bem jurídico não deve refletir sacrifício desproporcional e desarrazoado a outro. É dizer, simbolicamente, que o fiel da balança deve graduar de acordo seja o peso axiológico dos valores postos em cada lado. Assim, o exercício da função jurisdicional, a pretexto do cumprimento da norma jurídica posta, não pode se dissociar do princípio da proporcionalidade, sob pena de coadjuvar com a injustiça e, daí, operar verdadeira ilicitude.

O princípio da proporcionalidade substancial, conceito criado pelo sistema romano-germânico, foi também desenvolvido no âmbito do sistema anglo-saxão sob a denominação de devido processo legal substancial, encerrando, todavia, o mesmo conteúdo, conforme nos esclarece Freddie Didier Júnior:

As decisões jurídicas hão de ser, ainda, substancialmente devidas. Não basta a sua regularidade formal; é necessário que uma decisão seja substancialmente razoável e correta. Daí, fala-se em um princípio do devido processo legal substancial, aplicável a todos os tipos de processo, também. É desta garantia que surgem os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, aqui tratados como manifestação de um mesmo fenômeno.

É como afirma Carlos Augusto de Assis: 'O devido processo legal, na sua dimensão substancial, tem correspondência com o chamado 'princípio da proporcionalidade', disseminado na Europa Continental.

[...]

E as razões que levaram à criação deste princípio foram muito bem postas por Karl Larenz:

'A amplitude com que a jurisprudência dos tribunais faz uso deste método explica-se, especialmente, pela ausência de uma delimitação rigorosa das hipóteses normativas destes direitos, a não indicação de notas distintivas, em relação, por exemplo, ao que é 'exigível'. Os direitos, cujos limites não estão fixados de uma vez por todas, mas que em certa medida são 'abertos', 'móveis', e, mais precisamente, esses princípios podem, justamente por esse motivo, entrar facilmente em colisão entre si, porque a sua amplitude não está de antemão fixada. Em caso de conflito, se se quiser que a paz jurídica se restabeleça, um ou outro direito (ou um dos bens jurídicos em causa) tem que descer até um certo ponto perante o outro ou cada um entre si. A jurisprudência dos tribunais consegue isto mediante uma 'ponderação' dos direitos ou bens jurídicos que estão em jogo conforme o 'peso' que ela confere ao bem respectivo na respectiva situação' (f. 31 e f. 34).

Estabelecidas essas premissas, fica patente, no caso, a desproporção entre a preservação do direito dos apelantes tal como previsto pelo direito positivo, seja através do desfazimento da obra - tese já afastada pela ausência de má-fé - seja transferindo-lhes o domínio da construção. A primeira apelada edificou em terreno próprio, atribuindo-lhe destinação econômico-social, operando-se a invasão parcial de terreno alheio, sem, contudo, revelar-se a intencionalidade. É de se ressaltar, ainda, que a construção é instrumento essencial à atividade econômica desenvolvida pela primeira apelada, dotada de relevante função social, com proteção constitucional.

Noutro giro, além da desproporção verificada entre o valor da construção e o valor da propriedade invadida, tem-se ainda significativa desproporção entre a parcela da construção erigida sobre o terreno invadido (mínimo) e o seu tamanho global, já que a construção foi feita quase que completamente em terreno próprio, conforme restou detectado pela perícia técnica:

O polígono B C E F é a parte do lote N.01, com 382,45m², que invade/ocupa o terreno dos requerentes.

A área total invadida pelos requeridos pode ser distribuída da seguinte forma:

—> Área não construída nos fundos: 114,97m²

—> Área de parte do jardim e rampa de acesso superior: 32,41m²

—> Área construída de garagem: 19,92m²

—> Área de parte do estacionamento: 149,35m²

—> Área de rampa de acesso de entrada da Clínica: 65,61m²

—> Área do prédio principal (parede-quina): 0,19m²

—> Total de área construída que invade o terreno dos requerentes: Área: 267,48m²

[...]

As benfeitorias construídas pelos Réus no terreno ocupado são as seguintes:

—> Prédio principal da Clínica (área total): 995,13m²

—> Área do jardim superior: 167,99m²

—> Área da garagem: 50,91m²

—> Área do estacionamento: 200,31m²

—> Área da rampa de acesso ao prédio: 78,19m²

—> Área da rampa de acesso do Jardim: 13,30m²

—> Área da guarita/serviço: 15,15m² (f. 131, item 5.4; e f. 147, item 8.3).

Tal situação impede o perdimento da construção em favor dos apelantes, bem assim a cisão da edificação na linha divisória dos terrenos, visto que essa solução importa redução substancial de seu valor e do fim a que se destina, conforme constatado pelo perito do Juízo. Nesse sentido:

A linha divisória (Linha BC - Planta de detalhes 1/1) traçada na divisa entre os terrenos dividiu as citadas benfeitorias em duas partes, que somente têm valor para os Réus e desde que as mesmas permaneçam integradas.

Para os Autores, ou para terceiros, na hipótese de devolução do terreno (da área invadida), entendemos que essas partes de benfeitorias, que ficariam mutiladas no terreno dos Autores, não teriam nenhum aproveitamento e, portanto, não têm valor de mercado. Essas benfeitorias, muito provavelmente, serão todas demolidas.

[...]

O prejuízo para o Réu poderia ser estimado pelo valor do custo de construção dessas benfeitorias, considerando as partes das mesmas que se encontram na área invadida do terreno dos Autores (f. 209).

A questão ganha contornos especiais quando se constata, nos termos da perícia realizada, o vulto da edificação, orçada em R\$ 1.068.000,00 (um milhão e sessenta e oito mil reais), (item 8.3, f. 147/148).

Note-se, por fim, que a área invadida, num total de 382,45m² (f. 131; item 5.4), mostra-se irrelevante e não desvirtua a destinação econômica dos setenta e oito hectares que compõem a propriedade dos apelantes (cf. matrícula 7.576, f. 15-v.).

Nessas circunstâncias, não há, absolutamente, proporcionalidade e razoabilidade em impor o perdimento da propriedade da construção em proveito do

proprietário do terreno invadido, solução que deve ser afastada, resolvendo-se a questão em perdas e danos.

Em caso análogo, de reintegração de posse, este Tribunal de Justiça enfrentou a questão, resolvendo em perdas e danos litígio em que se pleiteava a posse de área mínima invadida com demolição de construção. O acórdão restou assim ementado:

Ação de reintegração de posse. Demolição. Indenização. - Em ação de reintegração de posse cumulada com pedido de demolição de construção, pode o magistrado determinar, em substituição ao pedido inaugural, a indenização por perdas e danos, na hipótese de ser pequena a área invadida e de relativa importância a construção nela edificada, mormente quando houver risco de comprometimento da estrutura da obra respectiva. (Apelação Cível 2.0000.00.306235-3/000, Relator Desembargador Silas Vieira, publicação ocorrida em 17.06.2000.)

A decisão, a propósito, lastreou em precedente do Superior Tribunal de Justiça lançado nos seguintes termos:

Reintegração de posse. Demolição. Indenização. Pedido do réu.

1. A inexistência de pedido expresso do réu não impede ao juiz de deferir indenização, em lugar da demolição do prédio.

2. A invasão de área mínima de terreno, com a construção concluída de valioso prédio, resolve-se com a indenização e não com a demolição. Voto vencido. Recurso conhecido e provido. (REsp 77712/MG, Rel. Ministro Barros Monteiro, Rel. para o acórdão Ministro Ruy Rosado de Aguiar, Quarta Turma, julgado em 18.03.1997, DJ de 19.12.1997, p. 67.505.)

Do acórdão destaco, por oportuno, trecho do voto proferido pelo eminente Ministro Ruy Rosado de Aguiar:

Tenho que o juiz, ainda que inexistente reconvenção, e mesmo que revel o demandado, não estava obrigado a deferir o pedido de demolição de um valioso prédio que invadira na sua construção pequena nesga de terreno vizinho, fração mínima do imóvel. Podendo transformar esse pedido de demolição em justa indenização, compo o interesse de todas as partes, parece inadequado fazer-se aplicação rígida da defesa possessória. Cabe ao juiz, comprometido com a Justiça, harmonizar o direito do autor, que não pode ser exercido abusivamente, com a natureza da coisa e com o bom senso. A ação possessória não impede esse deferimento, que não é nada mais do que a limitação do pedido.

[...]

Se a construção do valioso prédio, já concluída, invadiu área mínima do terreno lindeiro, não causando outro prejuízo que não o decorrente do desrespeito à divisa, pode o juiz determinar a indenização do dano e não a demolição do prédio.

O voto foi acompanhado pelo Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira que, em adendo, destacou:

Além das considerações já apontadas, tenho que o caso está a refletir, ao lado da rigidez do sistema, quanto ao conheci-

mento do recurso especial, algo mais relevante e merecendo de especial atenção, em face das finalidades sociais e políticas do processo civil contemporâneo, que, em sua feição de efetividade, reclama maior sensibilidade do julgador e aplicação da 'lógica do razoável', como, aliás, comanda o art. 5º da Lei de Introdução.

No caso, tomando por base o que foi aqui exposto, há circunstâncias fáticas que ensejam a incidência de critérios mais modernos de hermenêutica, admitindo doutrina e jurisprudência a possibilidade de se transformar uma reintegração desarrazoada em indenização, mesmo de ofício e na fase executória.

É importante salientar a diferença entre a ação de reintegração de posse e a ação reivindicatória residente tão somente na causa de pedir, sendo uma fundada em posse anterior (*jus possessionis*) e outra em título de domínio (*jus possidendi*). Ambas, todavia, buscam o direito à posse direta com os respectivos consecrários, sendo certo que onde há a mesma razão, aí deve haver o mesmo direito (*ubi eadem est ratio, idem jus*).

De longa data, a propósito, o saudoso Professor Silvio Rodrigues havia se debruçado sobre o tema, destacando:

Quando a construção ou plantação ultrapassa de muito o valor do terreno e foi levantada de boa fé, é extremamente injusta a regra que determina a sua perda em favor do dono do solo. Tanto mais que este concorreu, pelo menos com sua negligência, para que tais construções ou plantações se erguessem.

Não raro, e este é caso dos mais freqüentes, uma construção avança, em pequena fração, em terreno alheio. Amíude a invasão é de alguns centímetros e o construtor se encontra de boa fé. Entretanto, de acordo com a lei, como o acessório segue o principal, o proprietário do terreno adquire o domínio do acessório. E, como compete ao proprietário o direito de usar e de reivindicar o seu prédio, cabe-lhe a prerrogativa de exigir a demolição da obra. Ora, isso às vezes colide com o interesse da comunidade.

Pois que, a regra do art. 547 do Código Civil deixa ao arbítrio do proprietário do solo decidir se o prédio erguido em seu terreno deve ou não ser deitado abaixo. Ora, tal disposição é perigosa, por colidir com o interesse econômico da sociedade. Imagine-se que se trate de prédio valiosíssimo, que será lançado a terra por capricho do proprietário do solo. Obviamente, outro é o interesse da sociedade.

Entretanto, o Código Civil, fugindo à orientação apregoadada por muitos escritores do passado, que alguns Códigos já vinham adotando e que outros mais tarde adotaram, sucumbiu ao preceito lógico e não admitiu qualquer abrandamento da regra tradicional que determina seguir o acessório a condição do principal.

Com efeito, no regime anterior ao Código, escritores como LAFAYETTE, LOBÃO, BORGES CARNEIRO, COELHO DA ROCHA admitiam exceção à regra de que o acessório segue o principal, em dadas hipóteses. Eis a lição de LAFAYETTE: 'Por exceção da regra o edifício fica pertencendo ao construtor nos casos seguintes:

- a) Se foi levantado às claras e em presença do dono do solo, sem impugnação de sua parte.
- b) Se vale muito mais do que o solo por ele ocupado' (in *Direito das coisas*, § 40, b).

E LAFAYETTE se escora, nesta afirmativa, em MELLO FREIRE (Liv. 3.º, Tit. 3º, § 8º), em LOBÃO (Casas, § 51) e em BORGES CARNEIRO (4, 65, nº 21).

Aliás, CARLOS DE CARVALHO, em sua *Nova consolidação das leis civis*, consolidou a regra no parágrafo único do art. 427, nestes termos:

'Sendo o edifício de valor muito superior ao solo, este cederá àquele, salvo direitos de terceiros'.

É evidente o interesse social desta solução. Da mesma maneira, impõe-se a regra no sentido de evitar decisões injustas nos casos de construções que invadam, em porções reduzidas, terrenos alheios.

Por conseguinte, é de se recomendar, de *lege ferenda*, a adoção de tal critério. Ademais, não se pode deixar de aplaudir uma jurisprudência que acolha tal orientação. (RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: Direito das coisas*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 1983, v. 5, p. 103/105.)

Este o raciocínio que conduziu o egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo a prolar a seguinte decisão:

Ação reivindicatória - Invasão de pequena área - Construções que não devem ser demolidas, sob pena de se afrontar o interesse da sociedade e dar guarida a mero capricho dos proprietários do solo - Caso que se resolve em perdas e danos, estejam os invasores de boa ou de má-fé - Apelo improvido. (Apelação Cível nº 144.114-4/6, Relator Desembargador Alexandre Germano, decisão ocorrida em 09.03.2004.)

O Código Civil de 2002 tem previsão expressa regulando a situação do caso concreto, conforme anota Marco Aurélio Viana:

Sob a égide do art. 547 do Código revogado, o proprietário do terreno havia a propriedade do que era incorporado ao imóvel, quando terceiro plantava, semeava ou edificava. Se o dono das sementes, plantas e materiais agia com boa-fé, gozava do direito à indenização. Se de má-fé, perdia o direito a ser indenizado e podia ser compelido a repor as coisas no estado anterior e pagar os prejuízos que houvesse causado. Ocorre que, se a construção ou plantação ultrapassasse o valor do terreno e levantada de boa-fé, o dono do imóvel adquiria a propriedade.

A solução presente no parágrafo único do art. 1.255 põe-se dentro da melhor orientação, e já estava no Anteprojeto de Orlando Gomes, art. 442. Sendo o direito de propriedade orientado pela sua função social, correto que se procure harmonizar os interesses, evitando soluções que prejudiquem a circulação da riqueza. A aquisição do solo por parte daquele que construiu ou plantou, estando de boa-fé, é justa e atende aos reclames da melhor doutrina, mesmo aquela anterior ao diploma civil de 1916. (VIANA, Marco Aurélio S. Coordenador TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *Comentário ao Novo Código Civil: direitos reais*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, v. XVI, p. 155/156.)

Com isso, soa harmônico ao sistema jurídico a solução do caso com a transferência da propriedade da área invadida em favor da primeira apelada mediante justa indenização aos apelantes, esta em atenção ao

princípio que veda o enriquecimento sem causa (arts. 884 e segs., CC02). Destaque-se que essa solução não importa a pretendida aplicação retroativa da nova lei civil, manifestada pela defesa, situação vedada pelo princípio *tempus regit actum*, conforme visto.

Diante das divergências técnicas surgidas na apuração do valor da área invadida, temos que a questão merece maiores digressões, conforme passamos a analisar.

O valor da área invadida encontrado pela primeira perícia, utilizando-se do método comparativo, foi de R\$166.748,20 (cento e sessenta e seis mil setecentos e quarenta e oito reais e vinte centavos) (f. 143). Os apelados pediram a realização de nova perícia, arvorando-se essencialmente no método utilizado para a avaliação da área, destacando que “usa-se o Método Comparativo para se ter o preço do metro quadrado da área dos lotes (parcelamento), ou para avaliar terrenos não-loteados em comparação com outros. No entanto, o terreno não-loteado de propriedade da Autora não foi comparado com nenhum terreno não-loteado, pela inexistência da referida amostragem”. Com isso, pediram a realização de nova perícia com observância do método involutivo para cálculo do valor da gleba bruta, o que foi deferido (f. 222), tendo a segunda perícia encontrado o valor de R\$ 48.238,42 (quarenta e oito mil duzentos e trinta e oito reais e quarenta e dois centavos), (f. 267, item 12).

Em sede de esclarecimento, o primeiro perito judicial ponderou a diferença entre os métodos comparativo e involutivo, destacando:

O método involutivo é aquele método baseado em um modelo de viabilidade técnico-econômico, para avaliação do valor de um terreno, alicerçado no seu aproveitamento eficiente máximo.

Por esse aproveitamento eficiente entende-se aquela utilização mais indicada para o local, seja comercial, industrial ou residencial, mediante um projeto hipotético de empreendimento compatível com as características do imóvel e as condições do mercado. A avaliação por este método considera a receita provável da comercialização de todas as unidades do projeto com base nos preços obtidos em pesquisas de mercado, leva em conta todas as despesas necessárias à transformação do terreno no empreendimento projetado, prevê o custo de execução, margem de lucro do empreendedor, despesas financeiras e de comercialização, lançamento do empreendimento etc. dessa forma, deduzindo do valor da receita prevista para o empreendimento, todas as despesas, encontra-se o valor do terreno, ou seja, o valor máximo que se poderia pagar pelo terreno para viabilizar o empreendimento.

O método comparativo, conforme citamos no item 06 do Laudo Pericial (à f. 133), é aquele em que o valor do bem, no caso o imóvel, é obtido através da comparação com dados de mercado de outros imóveis similares ao avaliando, já negociados ou ofertados para a venda. A condição fundamental para a aplicação deste método é a estatisticamente como amostra do mercado. Por este método qualquer bem pode ser avaliado, desde que existam elementos (amostras representativas) suficientes. A sua aplicação segue

as seguintes etapas: caracterização e identificação da propriedade (imóvel) a avaliar com todos os atributos que lhe conferem valor, procurar no mercado as propriedades similares e comparáveis (outros imóveis), proceder à homogeneização dos dados encontrados, uma vez que os imóveis possuem algumas características heterogêneas, ou utilizar a inferência estatística e finalmente encontrar o valor da avaliação do imóvel por meio de análise estatística dos dados (f. 193/194, sic)

No caso, a área reivindicada situa-se em bairro dos mais valorizados desta Capital, situação que não pode ser desprezada. Se, por um lado, a área reivindicada compõe um terreno maior de 78 ha não loteado, destituído dos equipamentos urbanos, e, portanto, afastando a aplicação do método comparativo; por outro lado não é menos verdade que tal área se insere em vizinhança totalmente urbanizada, o que se evidencia, por exemplo, através das fotografias de f. 170, 171, 178, 321, desprestigiando, da mesma forma, a aplicação do método involutivo.

No caso, a condenação ao pagamento de indenização, de um lado, serve para compensar os apelantes da perda patrimonial experimentada; de outro, para impedir o enriquecimento sem causa da primeira apelada. Se a justa composição da perda patrimonial exige a aplicação do método involutivo, a adequada composição do acréscimo patrimonial em favor da primeira apelada reclama a aplicação do método comparativo, visto que a transferência do domínio em seu favor importa agregação da área ao seu terreno, que é loteado.

A nosso juízo, a situação reclama a remessa das partes à fase de liquidação de sentença, nomeando-se perito que seja capaz de compor o valor da indenização através da aplicação conjunta de ambos os métodos ou outro método que revele o justo preço da área objeto do litígio.

Dada a natureza declaratória do provimento jurisdicional no tocante à transferência do domínio, fica afastada a pretensão indenizatória pelo uso indevido da área - a depender de uso indevido de bem alheio -, cabendo às partes as providências necessárias para regularizar, no âmbito administrativo, a transferência do domínio, atendidas as exigências legais e demais formalidades reclamadas pela Municipalidade.

Com essas considerações, rejeito a preliminar de nulidade e dou parcial provimento ao recurso para reformar a sentença e, com fundamento no art. 515, § 3º, do Código de Processo Civil, julgar procedente o pedido reivindicatório, convertendo-o em perdas e danos. Em consequência, condeno a primeira apelada ao pagamento de indenização aos apelantes correspondente ao valor da área invadida, como ficar apurado em liquidação, contando-se juros de mora de 6% (seis por cento)

ao ano desde a data da invasão até a entrada em vigor do Código Civil de 2002 (janeiro de 2003), e, a partir daí, deverão incidir à taxa de 12% (doze por cento) ao ano, transferindo-se, após, o domínio da área reivindicada à apelada, obedecidas as exigências legais e administrativas da Municipalidade. Julgo improcedente o pedido de condenação ao pagamento de "aluguel" pela ocupação do terreno. Confirmando a sentença de extinção do processo sem resolução de mérito em relação do segundo apelado.

Condeno a primeira apelada ao pagamento de 80% das custas processuais (incluindo as recursais) e honorários advocatícios que fixo em 20% (vinte por cento) sobre o valor da condenação. Condeno os apelantes ao pagamento dos restantes 20% das custas e honorários advocatícios, que arbitro em R\$ 3.000,00 (três mil reais), nos termos dos arts. 20, §§ 3º e 4º, e 21 do Código de Processo Civil e Súmula 306 do STJ.

DES. NILO LACERDA - Senhor Presidente, do exame que fiz dos autos não cheguei a outra conclusão senão à que chegou o eminente Desembargador Relator. Para se fazer justiça em casos da natureza do debatido nesses autos, a ação reivindicatória há que ser convertida em perdas e danos.

A retroação dos juros de mora à data da invasão não deixa de ser uma forma de compensar o pedido de estabelecimento do valor para locação.

O eminente Relator esgotou com esmero, que lhe é peculiar, toda a matéria debatida nesses autos.

Eu acompanho inteiramente o voto de Vossa Excelência.

DES. ALVIMAR DE ÁVILA - Senhor Presidente, eu anoto a satisfação com que ouvi as brilhantes sustentações orais proferidas pelos ilustres advogados, e há que se elogiar o esmero profissional de cada um deles em defesa de suas teses.

Essa Câmara tem tido oportunidade, Senhor Presidente, ao longo do tempo, de decidir causas raras e importantes que aportam a esse Tribunal.

Tive oportunidade, em companhia do Des. Saldanha da Fonseca e de outros de decidir questões intrincadas, difíceis, que chegaram aos Tribunais Superiores, voltaram a essa Casa e continuam a render recursos dada a importância que representam no seio social.

Entretanto, Senhor Presidente, numa demanda dessa natureza, parece que a distribuição foi guiada por Deus, se assim me permite Vossa Excelência, talvez nenhum outro Colega tivesse a sensibilidade não só jurídica, mas humana e social maiores que as do Des. José Flávio de Almeida para decidir um caso dessa natureza.

Eu fico envaidecido e agradeço a Deus por ter um Colega do calibre de Vossa Excelência, um homem que

dignifica o Poder Judiciário em face de sua inteligência, da sua simplicidade e seu zelo profissional acima de tudo.

Vossa Excelência, em seu voto, que eu só não pedi para ler todo do início ao fim porque Vossa Excelência não permitiu, mas é um voto, Senhor Presidente, que merece ser lido e merece ser estudado por aqueles que o acompanharem ou que dele divergirem porque os argumentos de Vossa Excelência são profundos, sinceros e estritamente dentro da realidade jurídica e social do País.

Li e reli várias vezes a decisão de Sua Excelência, estive com os autos em mãos, eu não tenho, Senhor Presidente, nenhum motivo, nenhum argumento para não acompanhar *in totum* a decisão do il. Relator, mesmo porque representa o que há de mais correto e de mais equânime no Poder Judiciário. E me conforta muito tantos ilustres e renomados autores de que Sua Excelência se vale no voto, que não acho longo pela exuberância da fundamentação, onde Vossa Excelência busca ensinamentos em Silvio Rodrigues, Pontes de Miranda e tantos outros e até mesmo autores estrangeiros, mas especialmente no professor Marco Aurélio Viana, trazendo uma solução altamente rica para a espécie. Perdoe-me, Sr. Presidente, não estou falando de direito, mas estou fazendo comentários sobre uma verdadeira aula de direito que representa o voto do ilustre Relator. Eu, a despeito de participar da Turma Julgadora, acredito que regimentalmente não me impede, e, se assim houver algum impedimento, eu peço a V. Ex.ª que retire o meu requerimento.

Súmula - REJEITARAM PRELIMINAR E DERAM PROVIMENTO PARCIAL AO RECURSO, COM RECOMENDAÇÃO.

...