

RECURSO ESPECIAL Nº 1.374.593 - SC (2013/0011423-0)

RELATOR : **MINISTRO HERMAN BENJAMIN**
RECORRENTE : **ELOIR DA SILVA LUIZ E OUTRO**
ADVOGADO : **CARLOS EDUARDO FAÍSCA NAHAS**
RECORRIDO : **MUNICÍPIO DE FLORIANÓPOLIS**
PROCURADOR : **LUIZ NESTOR FERREIRA E OUTRO(S)**

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DEMOLITÓRIA. NATUREZA REAL. CÔNJUGE. LITISCONSÓRCIO NECESSÁRIO. AUSÊNCIA DE CITAÇÃO. NULIDADE.

1. Cinge-se a controvérsia a definir qual a natureza da Ação Demolatória e, em consequência, se a hipótese exige a formação de litisconsórcio necessário passivo entre os cônjuges.

2. O Tribunal *a quo* entendeu que, por se tratar de *ação pessoal*, "a citação do cônjuge torna-se dispensável, posto que a ação demolatória não afeta diretamente o direito de propriedade das partes" (fl. 130).

3. A Ação Demolatória visa à demolição de: a) prédio em ruína (art. 1.280 do CC); b) construção prejudicial a imóvel vizinho, às suas servidões ou aos fins a que é destinado (art. 934, I, do CPC); c) obra executada por um dos condôminos que importe prejuízo ou alteração de coisa comum por (art. 934, II, do CPC); d) construção em contravenção da lei, do regulamento ou de postura estabelecidos pelo Município.

4. No sistema do Código Civil, a construção é tratada como uma das formas de aquisição da propriedade imóvel (arts. 1.253 a 1.259). Por outro lado, o direito de exigir a demolição de prédio vizinho encontra-se previsto no capítulo que trata dos direitos de vizinhança e está associado ao uso anormal da propriedade (Seção I do Capítulo V do Título III do Livro dos Direitos das Coisas).

5. A Ação Demolatória tem a mesma natureza da Ação de Nunciação de Obra Nova e se distingue desta em razão do estado em que se encontra a obra (REsp 311.507/AL, Rel. Ministro Ruy Rosado de Aguiar, Quarta Turma, DJ 5/11/2001, p. 118).

6. Assentada a premissa de que a Ação Demolatória e a Ação de Nunciação de Obra Nova se equivalem, o art. 95 do CPC corrobora a tese sobre a natureza real de ambas. O dispositivo prescreve que, nas ações fundadas *em direito real sobre imóveis*, o foro competente é o da situação da coisa, com a ressalva de que as referidas ações podem ser propostas no foro do domicílio ou de eleição, desde que o litígio não recaia sobre propriedade, vizinhança, servidão, posse, divisão e demarcação de terras e *nunciação de obra nova*.

7. Para o CPC, portanto, a Ação de Nunciação de Obra Nova se insere entre aquelas fundadas em direito real imobiliário. A mesma conclusão deve alcançar a Ação Demolatória.

8. Em precedente de relatoria do saudoso Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, o STJ assentou entendimento pela nulidade de processo em que pleiteada a demolição de bem, por ausência de citação de condômino litisconsorte necessário (REsp 147.769/SP, Rel. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, Quarta Turma, DJ 14/2/2000, p. 34).

9. Recurso Especial provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da SEGUNDA Turma do Superior Tribunal de Justiça: "Prosseguindo-se no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Mauro Campbell Marques, acompanhando o Sr. Ministro Herman Benjamin, por outros fundamentos, a Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator." Os Srs. Ministros Og Fernandes, Mauro Campbell Marques (Presidente) (voto-vista), Assusete Magalhães e Humberto Martins votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 05 de março de 2015(data do julgamento).

MINISTRO HERMAN BENJAMIN
Relator

RECURSO ESPECIAL Nº 1.374.593 - SC (2013/0011423-0)

RELATOR : **MINISTRO HERMAN BENJAMIN**
RECORRENTE : **ELOIR DA SILVA LUIZ E OUTRO**
ADVOGADO : **CARLOS EDUARDO FAÍSCA NAHAS**
RECORRIDO : **MUNICÍPIO DE FLORIANÓPOLIS**
PROCURADOR : **LUIZ NESTOR FERREIRA E OUTRO(S)**

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO HERMAN BENJAMIN (Relator): Trata-se de Agravo de decisão que inadmitiu Recurso Especial (art. 105, III, "a" e "c", da CF) interposto contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina cuja ementa é a seguinte:

Ação declaratória de nulidade. Sentença proferida em ação demolitória. Ausência de citação do cônjuge. Impossibilidade jurídica do pedido. Inocorrência. Aplicação da súmula n. 7 deste Tribunal de Justiça. Mérito. Ação de natureza pessoal. Dispensabilidade do litisconsórcio. Recurso provido.

A ação declaratória é meio processual hábil para se obter a declaração de nulidade do processo que tiver corrido à revelia do réu por ausência de citação ou por citação nulamente feita (Súmula 7, TJSC).

A ação demolitória possui natureza pessoal pelo fato de que nela se busca obstar um acréscimo físico em um imóvel já existente, não atingindo a sua propriedade. Além disso, teria caráter obrigacional, correspondente a uma obrigação de fazer, concentrando-se a lide na relação do particular com a Administração, e não na discussão acerca de direitos reais (fl. 125).

Os Embargos de Declaração foram rejeitados (fls. 141-146).

Os recorrentes sustentam que ocorreu, além de divergência jurisprudencial, violação dos arts. 10, I e IV, e 47 do CPC, sob o argumento de que é absolutamente nula a sentença proferida em Ação Demolitória julgada procedente, sem que tenha sido respeitado o litisconsórcio passivo necessário entre o réu e seu cônjuge.

Sem contrarrazões.

É o relatório.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.374.593 - SC (2013/0011423-0)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO HERMAN BENJAMIN (Relator): Cinge-se a controvérsia a definir qual a natureza da Ação Demolatória e, em consequência, se a hipótese exige a formação de litisconsórcio necessário passivo entre os cônjuges.

O Tribunal *a quo* entendeu que, por se tratar de *ação pessoal*, "a citação do cônjuge torna-se dispensável, posto que a ação demolatória não afeta diretamente o direito de propriedade das partes" (fl. 130).

A irresignação merece acolhida.

Consoante o art. 10, § 1º, I, do CPC, ambos os cônjuges devem ser necessariamente citados para as ações que versem sobre *direitos reais imobiliários*.

A Ação Demolatória busca a tutela de direito real imobiliário, de modo que deve haver a formação de litisconsórcio passivo necessário.

Trata-se de demanda que visa à demolição de: a) prédio em ruína (art. 1.280 do CC); b) construção prejudicial a imóvel vizinho, às suas servidões ou aos fins a que é destinado (art. 934, I, do CPC); c) obra executada por um dos condôminos que importa prejuízo ou alteração de coisa comum (art. 934, II, do CPC); d) construção em contravenção da lei, do regulamento ou de postura estabelecidos pelo Município.

No sistema do Código Civil, a construção é tratada como uma das formas de aquisição da propriedade imóvel (arts. 1.253 a 1.259). Por outro lado, o direito de exigir a demolição de prédio vizinho encontra-se previsto no capítulo que trata dos direitos de vizinhança e está associado ao uso anormal da propriedade (Seção I do Capítulo V do Título III do Livro dos Direitos das Coisas).

A Ação Demolatória tem a mesma natureza da Ação de Nunciação de Obra Nova e se distingue desta em razão do estado em que se encontra a obra.

Como destacado por Theotônio Negrão, "concluída ou praticamente concluída a obra, não cabe mais a ação de nunciação (...) Se for o caso, cabe a ação demolatória"

Superior Tribunal de Justiça

(Código de Processo Civil e legislação processual em vigor, 45ª ed., São Paulo, Saraiva, 2013, p. 1008). Nessa linha, cito julgado deste Tribunal Superior:

DIREITO DE VIZINHANÇA. Terraço. Ação demolitória. Contra a construção do terraço a menos de metro e meio do terreno vizinho (art. 573 do CC), cabia ação de nunciação de obra nova até o momento de sua conclusão, entendendo-se como tal aquela a que faltem apenas trabalhos secundários. Uma vez concluída a obra (faltava apenas a pintura), cabível a ação demolitória, com prazo decadencial de ano e dia (art. 576 do CCivil), que se iniciou a partir da conclusão e não se interrompeu com a notificação administrativa.

Recurso conhecido e provido.

(REsp 311.507/AL, Rel. Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR, QUARTA TURMA, DJ 05/11/2001, p. 118).

Assentada a premissa de que a Ação Demolitória e a Ação de Nunciação de Obra Nova se equivalem, o art. 95 do CPC corrobora a tese sobre a natureza real de ambas. O dispositivo prescreve que, nas ações fundadas *em direito real sobre imóveis*, o foro competente é o da situação da coisa, com a ressalva de que as referidas ações podem ser propostas no foro do domicílio ou de eleição, desde que o litígio não recaia sobre propriedade, vizinhança, servidão, posse, divisão e demarcação de terras e *nunciação de obra nova*.

Para o CPC, portanto, a Ação de Nunciação de Obra Nova se insere entre aquelas fundadas em direito real imobiliário. A mesma conclusão deve alcançar a Ação Demolitória.

Em precedente de relatoria do saudoso Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, o STJ assentou entendimento pela nulidade de processo em que pleiteada a demolição de bem, por ausência de citação de condômino litisconsorte necessário. Confira-se:

PROCESSUAL CIVIL. ANULAÇÃO DE AÇÃO DEMOLITÓRIA, POR FALTA DE CITAÇÃO DOS LITISCONSORTES NECESSÁRIOS. NÃO FORMAÇÃO DA RELAÇÃO PROCESSUAL VÁLIDA. POSSIBILIDADE DE ANULAÇÃO. NULIDADE *PLENO IURE*. INTERESSE. RECURSO PROVIDO.

I - Os condôminos do imóvel têm manifesto interesse na ação que pretende a demolição do bem, principalmente se a sentença, nessa ação, fixa a

Superior Tribunal de Justiça

obrigação de destruir o imóvel do qual todos detêm a propriedade.

II - A nulidade *pleno iure* deve ser apreciada pelo órgão julgador mesmo de ofício, não se sujeitando à coisa julgada, como ocorre na ausência de citação, salvo eventual suprimento, comunicando-se aos atos subseqüentes.

III - A citação, como ato essencial ao devido processo legal, à garantia e segurança do processo como instrumento de jurisdição, deve observar os requisitos legais, pena de nulidade quando não suprido o vício, o qual deve ser apreciado em qualquer época ou via.

(REsp 147.769/SP, Rel. Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, QUARTA TURMA, DJ 14/02/2000, p. 34).

Diante do exposto, **dou provimento ao Recurso Especial e declaro a inversão dos ônus sucubenciais, restabelecendo-os na forma fixada na sentença.**

É como **voto**.

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
SEGUNDA TURMA**

Número Registro: 2013/0011423-0 **PROCESSO ELETRÔNICO REsp 1.374.593 / SC**

Números Origem: 023071067119 20080358682 20080358682000201 2008035868200100 23010591268
23071067119 242261220128240000

PAUTA: 27/05/2014

JULGADO: 27/05/2014

Relator

Exmo. Sr. Ministro **HERMAN BENJAMIN**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **MAURO CAMPBELL MARQUES**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **CARLOS EDUARDO DE OLIVEIRA VASCONCELOS**

Secretária

Bela. **VALÉRIA ALVIM DUSI**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : ELOIR DA SILVA LUIZ E OUTRO
ADVOGADO : CARLOS EDUARDO FAÍSCA NAHAS
RECORRIDO : MUNICÍPIO DE FLORIANÓPOLIS
PROCURADOR : LUIZ NESTOR FERREIRA E OUTRO(S)

ASSUNTO: DIREITO ADMINISTRATIVO E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO - Atos
Administrativos

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEGUNDA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"Após o voto do Sr. Ministro-Relator, dando provimento ao recurso, pediu vista dos autos, antecipadamente, o Sr. Ministro Mauro Campbell Marques."

Aguardam os Srs. Ministros Og Fernandes, Assusete Magalhães e Humberto Martins.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.374.593 - SC (2013/0011423-0)

VOTO-VISTA

EXMO. SR. MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES:

A detida análise dos autos demonstra que o Município de Florianópolis ajuizou, em desfavor de ANTÔNIO ANÍZIO LUIZ - consorte da recorrente, Ação Demolatória com o objetivo de demolir obra realizada em sua propriedade em desconformidade com a legislação municipal.

Segundo documentos *apud actus*, mesmo tendo sido regularmente citado, o réu não apresentou contestação e, por consequência, sofreu os efeitos da revelia, tendo o pedido de demolição, formulado pela autora, sido julgado procedente.

Prestes as sofrer os efeitos da coisa julgada, ELOIR DA SILVA LUIZ ajuizou a presente Ação Declaratória de Nulidade de Ato Jurídico e Processo - *Querella Nullitatis* - em face do Município de Florianópolis/SC, pela qual pleiteia a nulidade da decisão exarada naqueles autos em razão da ausência de sua citação na qualidade de cônjuge virago. Aduziu que, tendo a Ação Demolatória natureza real, seu ingresso na lide a título de litisconsorte passiva necessária, é medida que se impõe, sendo sua citação pressuposto de validade do processo.

Acolhendo a pretensão, o juízo singular julgou procedente o pedido para declarar ineficaz a sentença perante a autora, impedindo o cumprimento do mandado de demolição, sem prejuízo de nova ação demolitória em desfavor do casal.

Em sede de apelação, a sentença foi reformada, para julgar improcedente o pedido, nos termos da ementa a seguir sintetizada:

"Ação declaratória de nulidade. Sentença proferida em ação demolitória. Ausência de citação do cônjuge. Impossibilidade jurídica do pedido. Inocorrência. Aplicação da súmula n. 7 deste Tribunal de Justiça. Mérito. Ação de natureza pessoal. Dispensabilidade do litisconsórcio. Recurso provido.

A ação declaratória é meio processual hábil para se obter a declaração de nulidade do processo que tiver corrido à revelia do réu por ausência de citação ou por citação nulamente feita (Súmula 7, TJSC).

A ação demolitória possui natureza pessoal pelo fato de que nela se busca obstar um acréscimo físico em um imóvel já existente, não atingindo a sua propriedade. Além disso, teria caráter obrigacional, correspondente a uma obrigação de fazer, concentrando-se a lide na relação do particular com a Administração, e não na discussão acerca de direitos reais."

Irresignado, a recorrente apresentou recurso especial pelo qual alegou violação ao art.

10, I e IV, 47 do CPC, bem como divergência jurisprudencial. Aduz, em síntese, que: a) a Ação Demolitória tem natureza real imobiliária, portanto, é indispensável a citação de ambos os cônjuges; b) mesmo que se entenda ter tal ação natureza pessoal, dada a possibilidade de sua repercussão atingir diretamente sua vida - notadamente a sua sobrevivência, eis que parte do imóvel a ser demolido é destinado às suas atividades laborais, sua citação no feito não poderia ser dispensada, porquanto revela-se patente a existência de litisconsórcio necessário unitário.

Diante do juízo negativo de admissibilidade, ascendeu os autos por força de agravo em recurso especial.

O relator do feito, considerando o fato de estar presentes os pressupostos de admissibilidade do especial, bem como o repertório de jurisprudência do STJ apontar a existência de um único precedente acerca da exigência de litisconsórcio necessário em Ação Demolitória - REsp 147.769/SP, Rel. Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, QUARTA TURMA, DJ 14/02/2000 - deu provimento ao agravo e determinou sua conversão em recurso especial.

Em seu voto, exarou entendimento no sentido de ter a Ação Demolitória natureza real imobiliária e, como tal, deveria haver, nos termos do art. 10, § 1º, I, do CPC, formação de litisconsórcio passivo necessário entre os cônjuges.

Para tanto, traçou um paralelo comparativo com a ação de nunciação de obra nova e chamou a atenção para o fato de que o art. 95 do CPC corrobora a tese sobre a natureza real de ambas.

Atento às relevantes considerações tecidas no voto, principalmente pelo fato de a jurisprudência desta Corte registrar a existência de um único precedente acerca do tema, pedi vista antecipada do presente feito para melhor refletir, o que o faço pelas razões a seguir delineadas.

A questão pode ser resumida com a resposta das seguintes indagações *a Ação Demolitória tem natureza real imobiliária ou pessoal? A ausência de citação do cônjuge virago é causa de nulidade da sentença, reparável via "querela nullitatis", porquanto ausente a formação de litisconsórcio passivo necessário e unitário?*

1- Da natureza jurídica da Ação Demolitória.

Superior Tribunal de Justiça

Prescreve o art. 10, § 1º, I, do Código de Processo Civil que ambos os cônjuges serão necessariamente citados nas ações que versem sobre os direitos reais imobiliários. E é o Código Civil, notadamente, em seu art. 1.225, que delimita quais seria tais direitos, senão vejamos:

"Art. 1.225. São direitos reais:

I - a propriedade;

II - a superfície;

III - as servidões;

IV - o usufruto;

V - o uso;

VI - a habitação;

VII - o direito do promitente comprador do imóvel;

VIII - o penhor;

IX - a hipoteca;

X - a anticrese.

XI - a concessão de uso especial para fins de moradia; (Incluído pela Lei nº 11.481, de 2007)

XII - a concessão de direito real de uso. (Incluído pela Lei nº 11.481, de 2007)"

Segundo a visão da doutrina civilista clássica [DINIZ, Maria Helena. *Código Civil Anotado*, 15ª edição, São Paulo: Saraiva, 2010, P. 841; GOMES, Orlando. *Direitos Reais*. 19ª edição, ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 21; PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 18. ed. Atualizador: Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 3] os direitos reais objetivam a proteção ao direito de propriedade, tendo como ponto nodal a titularidade do domínio. Como tal, sofre a incidência fundamental do princípio da tipicidade, cujo rol taxativo somente poderia ser ampliado por meio da atuação do legislador positivo.

Ocorre que a Ação Demolitória não busca discutir o direito de propriedade propriamente dito, mas sim a licitude ou não de edificação consoante prescreve o arcabouço legislativo municipal inerente às regras construtivas.

Dessa feita, entendo que a causa de pedir na aludida ação **tem caráter mandamental** - consubstanciado em uma obrigação de fazer - devendo a lide se circunscrever à possibilidade de o réu ter descumprido ou não o código de obras do município. Não, há, pois, margem para qualquer discussão quanto à existência de possíveis direitos reais, ou sua violação.

Também considero desarrazoado a afirmação de, como a aludida ação se assemelha à Ação de Nunciação do Obra Nova (art. 934 do CPC), o art. 95 do CPC corroboraria a tese sobre a natureza real de ambas.

O fato de o dispositivo legal elencar o foro da situação da coisa como o competente

para dirimir a controvérsia quando o litígio recair, dentre outros, em ação de nunciação de obra nova, não tem o condão, por si só, de conferir ao feito natureza de direito real imobiliária.

Isso porque, com a especificação de competência territorial, o legislador objetiva conferir maior efetividade à atividade probatória das partes e não ampliar a natureza jurídica de institutos, cuja definição é dada pelo direito material, no caso, o Código Civil.

Estabelecida tal premissa - reforçada pelo fato de o exercício hermenêutico não permitir ampliação do alcance de norma taxativa - **entendo que a Ação Demolitória possui natureza pessoal reipersecutória**, na qual a tutela jurisdicional pretendida se consubstancia em uma obrigação de fazer, vez que o objetivo do ente público é fazer com que a construção volte ao seu *status quo ante*, por ter o réu descumprido regras obrigacionais ligadas à construção civil.

Nesse sentido faço minhas as palavras de Maria Helena Diniz (*in* Sistemas de Registros de Imóveis. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009): *essas ações pessoais são designadas “reipersecutórias”, porque, embora oriundas de relação de direito pessoal, têm por finalidade (...)o esclarecimento de dúvidas sobre uma coisa.”*

Portanto, não coaduno com o entendimento do relator no ponto em que defende ter tal ação natureza real. Assim, considero ser inaplicável, à espécie, o art. 10, § 1º, I, do CPC.

2- Existência de litisconsórcio passivo necessário e reconhecimento de vício transrescisório amparável via *Querella Nullitatis*.

Estabelecida a premissa quanto a natureza jurídica da Ação Demolitória, a questão merece ser enfrentada mais afundo.

O buslís da questão está em saber se a formação de litisconsórcio passivo necessário entre cônjuges - casados em regime de comunhão de bens - se circunscreve à feitos de natureza real imobiliária.

É bem da verdade que esta Corte de Justiça possui entendimento no sentido de que em certas ações de natureza pessoal não há falar em litisconsórcio necessário entre marido e mulher. A propósito:

"AGRAVO REGIMENTAL. EM VIRTUDE DA FALTA DE ARGUMENTOS NOVOS, MANTIDA A DECISÃO ANTERIOR. COBRANÇA DE DÍVIDA CONDOMINIAL. PRESCINDIBILIDADE DE CITAÇÃO DO CÔNJUGE EM AÇÕES DE NATUREZA PESSOAL. ENTENDIMENTO DESTA CORTE.

Superior Tribunal de Justiça

INCIDÊNCIA DA SÚMULA 83.

I - Não tendo a parte apresentado argumentos novos capazes de alterar o julgamento anterior, deve-se manter a decisão recorrida.

II - Os cônjuges, co-proprietários de imóvel, respondem solidariamente pelas despesas de condomínio, mas esta responsabilidade não implica litisconsórcio necessário em razão da natureza pessoal da ação de cobrança de cotas condominiais. .

Incidência da Súmula 83/STJ.

Agravo improvido. " (AgRg no Ag 782.068/PR, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 25/11/2008, DJe 19/12/2008)

Ocorre que tal premissa não deve ser aplicável de forma indistinta, a ponto de atingir toda e qualquer ação pessoal. Tanto é verdade, que o artigo 10 do CPC prevê a incidência de outras regras, que justificam a intervenção de cônjuge. A propósito, cita-se:

"Art. 10. O cônjuge somente necessitará do consentimento do outro para propor ações que versem sobre bens imóveis ou direitos reais sobre imóveis alheios.

Parágrafo único. Ambos os cônjuges serão necessariamente citados para as ações:

I - fundadas em direito real sobre imóveis;

II - resultantes de fatos que digam respeito a ambos os cônjuges ou de atos praticados por eles;

III - fundadas em dívidas contraídas pelo marido a bem da família, mas cuja execução tenha de recair sobre o produto do trabalho da mulher ou os seus bens reservados;

IV - que tenham por objeto o reconhecimento, a constituição ou a extinção de ônus sobre imóveis de um ou de ambos os cônjuges."

E mais. Entendo, ainda, que tal dispositivo merece aplicação conjunto com o que prescreve o artigo 47, *caput*, do CPC: "*Há litisconsórcio necessário, quando, por disposição de lei ou pela natureza da relação jurídica, o juiz tiver de decidir a lide de modo uniforme para todas as partes; caso em que a eficácia da sentença dependerá da citação de todos os litisconsortes no processo.*"

Tal como prescreve o art. 1248, V, do Código Civil, a acessão por construção - apesar de não se consubstanciar em um direito real - é uma forma de aquisição da propriedade imóvel. Ocorre que o objeto da Ação Demolitória é capaz de atingir, por via reflexa, o direito de propriedade, porquanto visa o desfazimento de construção em desconformidade com o arcabouço jurídico municipal inerente à construções urbanas.

Dessa feita, tem-se, pois, que a procedência do feito demolitório implica em desaparecimento do domínio sobre a coisa. E, como tal, entendo ser uma clara situação na qual a relação jurídica base deve ser decidida de forma uniforme para todos, fato que, por si só, justifica

Superior Tribunal de Justiça

a necessidade de citação de ambos os consortes. Nesse mesmo sentido é o magistério de Arruda Alvim, citado pelo juízo singular: "*É irrelevante que tais ações 'não sejam baseadas em pretensão representada por direito real pois basta que 'possam afetar o imóvel'*" (ARRUDA ALVIM, *Código de Processo Civil Comentado*, vol. 11/5 5, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1975).

Como o inciso IV, § 1º, do art. 10 do CPC, prevê a necessidade de citação de ambos os cônjuges nos feitos nos quais se buscam o reconhecimento, a constituição ou a extinção de simples ônus sobre imóvel pertencente a um ou a ambos, não é demais concluir ser também vontade do legislador prever a citação desses em feitos que - mesmo não fundado em direito real - busca-se tutelar a limitação do direito de construir, em imóvel de um ou de ambos os cônjuges.

Nessa ordem de ideias, assim como o relator entendo que há necessidade de formação de litisconsórcio passivo necessário na espécie, porquanto deve o juiz decidir a lide de forma uniforme a ambos cônjuges, devendo, para tanto, garantir-lhes ampla atividade probatória.

Contudo, divorcio do fundamento jurídico adotado pelo relator, para amparar a pretensão. Como colocado acima, não tendo a Ação Demolitória o intuito de tutelar direito real imobiliário, é inaplicável, à espécie, o inciso I, do § 1º, do art. 10 do CPC. Contudo, incide, à espécie, o inciso IV, do mesmo dispositivo, que deve ser aplicado em conjunto com o 47 do Código de Processo Civil.

Dessa feita, estabelecida a premissa de necessidade de formação de litisconsórcio passivo necessário e sendo incontroverso a ausência de citação da autora do presente recurso, tem-se que a presente *Querela Nullitatis* comporta êxito.

Nos termos da interativa jurisprudência desta Corte de Justiça, a nulidade do feito por falta de citação, além de não se sujeitar a prazo para propositura, tem como pressuposto único a existência de decisão de mérito com trânsito em julgado, hipótese essa incontroversa nos autos. Citam-se os seguintes precedentes:

"PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC. QUERELA NULLITATIS INSANABILIS. DESCABIMENTO. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. RECURSO IMPROVIDO.

1. Não configura ofensa ao art. 535 do Código de Processo Civil, o fato de o C. Tribunal de origem, embora sem examinar individualmente cada um dos argumentos suscitados pela parte recorrente, adotar fundamentação contrária à pretensão da parte, suficiente para decidir integralmente a controvérsia.

2. O cabimento da querela nullitatis insanabilis é indiscutivelmente reconhecido em

Superior Tribunal de Justiça

caso de defeito ou ausência de citação, se o processo correu à revelia (v.g., CPC, arts. 475-L, I, e 741, I). Todavia, a moderna doutrina e jurisprudência, considerando a possibilidade de relativização da coisa julgada quando o decisum transitado em julgado estiver eivado de vício insanável, capaz de torná-lo juridicamente inexistente, tem ampliado o rol de cabimento da querela nullitatis insanabilis. Assim, em hipóteses excepcionais vem sendo reconhecida a viabilidade de ajuizamento dessa ação, para além da tradicional ausência ou defeito de citação, por exemplo: (i) quando é proferida sentença de mérito a despeito de faltar condições da ação; (ii) a sentença de mérito é proferida em desconformidade com a coisa julgada anterior; (iii) a decisão está embasada em lei posteriormente declarada inconstitucional pelo eg. Supremo Tribunal Federal.

3. No caso em exame, a actio nullitatis vem ajuizada sob o fundamento de existência de vício insanável no acórdão proferido pelo c. Tribunal de Justiça, em apelação em execução de alimentos, consubstanciado na falta de correlação lógica entre os fundamentos daquele decisum e sua parte dispositiva, o que equivaleria à ausência de obrigatória motivação do julgado (CPC, art. 458 e CF/88, art. 93, IX).

4. Entretanto, não é cabível, em virtude do instituto da preclusão, o ajuizamento de querela nullitatis insanabilis, com base em falta ou deficiência na fundamentação da decisão judicial. Não há falar, pois, em hipótese excepcional a viabilizar a relativização da coisa julgada, sobretudo porque aqui não se vislumbra nenhum vício insanável capaz de autorizar o ajuizamento de querela nullitatis insanabilis, pois bastaria à parte ter manejado oportunamente o recurso processual cabível, para ter analisada sua pretensão.

5. Recurso especial a que se nega provimento."

(REsp 1252902/SP, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 04/10/2011, DJe 24/10/2011);

"PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE ACÓRDÃO PROFERIDO PELA ANTIGA PRIMEIRA TURMA DO TRF 2ª REGIÃO. COMPETÊNCIA PARA APRECIAR E JULGAR A QUERELA NULLITATIS. AUSÊNCIA DE PREVISÃO EXPRESSA NO CPC E NO REGIMENTO INTERNO DA CORTE A QUO. IMPOSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO, POR ANALOGIA, DAS REGRAS ATINENTES À AÇÃO RESCISÓRIA. COMPETÊNCIA DA TURMA ESPECIALIZADA QUE SUBSTITUIU O JUÍZO QUE EXAROU O DECISUM. PRECEDENTES.

1. Agravo interno cuja a controvérsia gira em torno da utilização da doutrina ou da analogia, amparada nos requisitos da ação rescisória, para definir a competência interna para apreciar e julgar querela nullitatis, em face da ausência de previsão expressa no CPC e no Regimento Interno do Tribunal Regional Federal da 2ª Região.

2. O entendimento desta Casa, no que diz respeito a chamada querela nullitatis insanabilis, é de que a competência para apreciação e julgamento pertence ao juízo primevo, pois não se pretende a rescisão da coisa julgada, mas apenas o reconhecimento de que a relação processual e a decisão jamais existiram. Precedentes: REsp 1015133/MT, Rel. Min. Eliana Calmon, Rel. p/ Acórdão Min. Castro Meira, Segunda Turma, DJe 23/04/2010; REsp 710.599/SP, Rel. Min. Denise Arruda, Primeira Turma, DJ 14/02/2008.

3. Registre-se que a jurisprudência do STJ é no sentido de que descabe ação rescisória calcada em nulidade do mandado de segurança por ocorrência de vício, à míngua de sentença de mérito a habilitar esta via em substituição à própria, qual

Superior Tribunal de Justiça

seja, a de querella nulitatis. Precedentes: AR 771/PA, Segunda Seção, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, DJ de 26/02/2007; AR 569/PE, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, DJe 18/02/2011; AgRg no REsp 470.522/MG, Rel. Min. Paulo Furtado (Desembargador Convocado do TJ/BA), Terceira Turma, DJe 20/08/2010.

4. A interpretação analógica não se demonstra a mais adequada para a resolução do caso dos autos, ante as diferenças existentes entre os feitos anulatório e rescisório, o que permite a utilização da doutrina e da jurisprudência do STJ para estabelecer que a competência, para análise e decisão da querela nulitatis, é da Turma especializada que sucedeu o Juízo que proferiu o julgado tido por anulável, como foi definido pelo Tribunal de origem.

5. Agravo regimental não provido."

(AgRg no REsp 1199335/RJ, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 17/03/2011, DJe 22/03/2011);

"PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA. ART. 485, III E V, DO CPC. AUSÊNCIA DE CITAÇÃO DE LITISCONSORTE PASSIVO NECESSÁRIO. HIPÓTESE DE QUERELLA NULITATIS. EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO.

1. Busca-se com a presente ação rescisória desconstituir acórdão da Primeira Turma desta Corte que reconheceu a ilegalidade da cobrança de tarifa de energia elétrica com base nas Portarias ns. 038/86 e 045/86, tendo em vista o congelamento previsto nos Decretos-Leis ns. 2.283/86 e 2.284/86.

2. Rejeita-se a preliminar de litispendência, visto que, embora evidenciada a tríplice identidade entre partes, pedidos e causa petendi em relação à presente ação e aquela autuada sob o n. 546/96, não há como se reconhecer a ocorrência de litispendência, tendo em vista que a ação anteriormente ajuizada perante esta Corte foi extinta sem julgamento do mérito por falta de documentação essencial à propositura da ação.

3. A contagem do prazo decadencial de dois anos previsto no art.

495 do CPC somente tem início a partir da ciência inequívoca da decisão que se intenta rescindir pela parte vencida. Assim, ausente a intimação da parte vencida, rejeita-se a preliminar de decadência para a propositura da rescisória.

4. As hipóteses excepcionais de desconstituição de acórdão transitado em julgado por meio da ação rescisória estão arroladas de forma taxativa no art. 485 do Código de Processo civil.

5. Pelo caput do referido dispositivo legal, evidencia-se que esta ação possui natureza constitutiva negativa, que produz sentença desconstitutiva, quando julgada procedente. Tal ação tem como pressupostos (i) a existência de decisão de mérito com trânsito em julgado; (ii) enquadramento nas hipóteses taxativamente previstas; e (iii) o exercício antes do decurso do prazo decadencial de dois anos (CPC, art. 495).

6. O art. 485 em comento não cogita, expressamente, da admissão da ação rescisória para declaração de nulidade por ausência de citação, pois não há que se falar em coisa julgada na sentença proferida em processo em que não se formou a relação jurídica apta ao seu desenvolvimento. É que nessa hipótese estamos diante de uma sentença juridicamente inexistente, que nunca adquire a autoridade da coisa julgada. Falta-lhe, portanto, elemento essencial ao cabimento da rescisória, qual seja, a decisão de mérito acobertada pelo manto da coisa julgada. Dessa forma, as sentenças tidas como nulas de pleno direito e ainda as consideradas inexistentes, a exemplo do que ocorre quando proferidas sem assinatura ou sem dispositivo, ou ainda quando prolatadas em processo em que

Superior Tribunal de Justiça

ausente citação válida ou quando o litisconsorte necessário não integrou o polo passivo, não se enquadram nas hipóteses de admissão da ação rescisória, face a inexistência jurídica da própria sentença porque inquinada de vício insanável.

7. Apreciando questão análoga, atinente ao cabimento ou não de ação rescisória por violação literal a dispositivo de lei no caso de ausência de citação válida, o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça já se posicionaram no sentido de que o vício apontado como ensejador da rescisória é, em verdade, autorizador da querela nullitatis insanabilis. Precedentes: do STF - RE 96.374/GO, rel. Ministro Moreira Alves, DJ de 30.8.83; do STJ - REsp n. 62.853/GO, Quarta Turma, rel. Min. Fernando Gonçalves, unânime, DJU de 01.08.2005; AR .771/PA, Segunda Seção, Rel. Ministro Aldir Passarinho Junior DJ 26/02/2007.

8. No caso específico dos autos, em que a ação principal tramitou sem que houvesse citação válida do litisconsórcio passivo necessário, não se formou a relação processual em ângulo. Há, assim, vício que atinge a eficácia do processo em relação ao réu e a validade dos atos processuais subsequentes, por afrontar o princípio do contraditório. Em virtude disto, aquela decisão que transitou em julgado não atinge aquele réu que não integrou o polo passivo da ação. Por tal razão, a nulidade por falta de citação poderá ser suscitada por meio de ação declaratória de inexistência por falta de citação, denominada querela nullitatis, que, vale ressaltar, não está sujeita a prazo para propositura, e não por meio de ação rescisória, que tem como pressuposto a existência de decisão de mérito com trânsito em julgado.

9. Ação rescisória extinta sem julgamento do mérito."

(AR .569/PE, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 22/09/2010, DJe 18/02/2011).

Pelo exposto, assim como o relator voto pelo provimento do especial para que sejam restabelecidos os efeitos da sentença, contudo o faço com fundamento diverso, bem seja, no art. 10, § 1º, IV c/c 47 do Código de Processo Civil. É como voto.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.374.593 - SC (2013/0011423-0)

VOTO

MINISTRA ASSULETE MAGALHÃES: Sr. Presidente, trata-se de saber se a ação demolitória tem natureza real ou pessoal. Pude perceber que o resultado do julgamento acaba sendo o mesmo, embora haja divergência de fundamento entre os votos dos Ministros HERMAN BENJAMIN e MAURO CAMPBELL MARQUES.

Há, efetivamente, uma controvérsia em torno da índole dessa ação demolitória, se seria de natureza real ou pessoal. Mas, seja ela pessoal ou real, o segundo fundamento é inafastável. Há necessidade, neste caso, de litisconsórcio passivo necessário da mulher do proprietário, porque ela é também proprietária, com fundamento no art. 47 do CPC.

Dou provimento ao Recurso Especial, por ambos os fundamentos, do Relator e do Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES.

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
SEGUNDA TURMA**

Número Registro: 2013/0011423-0 **PROCESSO ELETRÔNICO REsp 1.374.593 / SC**

Números Origem: 023071067119 20080358682 20080358682000201 2008035868200100 23010591268
23071067119 242261220128240000

PAUTA: 03/03/2015

JULGADO: 05/03/2015

Relator

Exmo. Sr. Ministro **HERMAN BENJAMIN**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **MAURO CAMPBELL MARQUES**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **JOSÉ FLAUBERT MACHADO ARAÚJO**

Secretária

Bela. **VALÉRIA ALVIM DUSI**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : ELOIR DA SILVA LUIZ E OUTRO
ADVOGADO : CARLOS EDUARDO FAÍSCA NAHAS
RECORRIDO : MUNICÍPIO DE FLORIANÓPOLIS
PROCURADOR : LUIZ NESTOR FERREIRA E OUTRO(S)

ASSUNTO: DIREITO ADMINISTRATIVO E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO - Atos
Administrativos

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEGUNDA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"Prosseguindo-se no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Mauro Campbell Marques, acompanhando o Sr. Ministro Herman Benjamin, por outros fundamentos, a Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator."

Os Srs. Ministros Og Fernandes, Mauro Campbell Marques (Presidente) (voto-vista), Assusete Magalhães e Humberto Martins votaram com o Sr. Ministro Relator.