

IRIB

REVISTA DE
DIREITO IMOBILIÁRIO

N. 13 JANEIRO—JUNHO DE 1984



IRIB

REVISTA DE
DIREITO IMOBILIÁRIO

CO-EDIÇÃO
INSTITUTO DE REGISTRO IMOBILIÁRIO DO BRASIL
EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS

N.º 13

JANEIRO-JUNHO DE 1984

REVISTA DE
DIREITO IMOBILIÁRIO

Conselho Editorial: Afrânio de Carvalho, Arruda Alvim, Caio Mário da Silva Pereira, Hely Lopes Meirelles, J. Nascimento Franco, João Rabello de Aguiar Vallim, Orlando Gomes, Ruy Ferreira da Luz, Elvino Silva Filho.

Diretora Responsável: Maria Helena Leonel Gandolfo

Editor e Redator-Chefe: Arnaldo Malheiros



INSTITUTO DE REGISTRO IMOBILIÁRIO DO BRASIL

Fundador: Júlio de Oliveira Chagas Neto

Diretoria: Presidente, Adolfo Oliveira (RJ); Vice-Presidentes, Benedito da Costa Coelho Júnior (PR), Adalberto Tabosa de Almeida (PE), Fernando de Barros Silveira (SP), Roberto Baier (SC), Léa Emília Braune Portugal (DF), Nicolau Balbino Filho (MG), Carlos Fernando Westphalen Santos (RS); 1.º Secretário em exercício, Roberto Sant'Ana (SP); 2.º Secretário "ad hoc", Néelson Lobo (SP); 1.º Tesoureiro, Cláudio Fioranti (SP); 2.º Tesoureiro, José Soares da Silva (ES); Diretor de Relações Públicas, Oswaldo de Oliveira Penna (SP).

Conselho Fiscal: Nelson Pereira Seba (MS), João Pedro Lamana Paiva (RS); Suplentes, Lauro Walfredo Bertoli (SC), Alvaro Mello (CE), Meirimar Barbosa (SP), Stélio Darci Cerqueira de Albuquerque (AL).

Sede: Rua Major Sertório, 110, 5.º andar — CEP 01222 — São Paulo, SP, Brasil.

Preço do exemplar avulso: Cr\$ 6.000,00

Serviços gráficos: **Composição:** Artetilo Compositora Gráfica Ltda., Rua Caetano Pinto, 261 — 03041 São Paulo, SP. — **Impressão:** Rumo Gráfica Editora Ltda., Rua Dr. Horácio da Costa, 1-A — 03471 São Paulo, SP.

EDITORA 
REVISTA DOS TRIBUNAIS

Rua Conde do Pinhal, 78.
Tel. (011) 37-2433 — Cx. Postal, 678.
01501 - São Paulo, SP, Brasil.

SUMÁRIO

ESTUDOS E COMENTÁRIOS

Revogação de cláusula de inalienabilidade em doação — Ruy Cirne Lima	7
Retificação do registro — Afrânio de Carvalho	9
Descumprimento de encargo e mora do donatário — Alvaro Villaça Azevedo	20
Processo de dúvida na Justiça Federal — Vladimir Passos de Freitas	32
Memorial de incorporação — Notas sobre a inexigibilidade de seu arquivamento nas hipóteses que não configurarem atividade empresarial — Melhim Namem Chalhub	37
O “lease back” no Registro Imobiliário — Biasu Ruggiero e José Reynaldo Peixoto de Souza	47

JURISPRUDÊNCIA	53
-----------------------------	----

DECISÕES ADMINISTRATIVAS

Penhora de imóvel em nome de terceiro	127
Adjudicação extrajudicial de lote	133
Firma individual	134
Doação com cláusula de acrescer	136
Loteamento irregular	138
Matrícula de unidade autônoma	140
Extinção de usufruto	145
Registro de condomínio	147
Caracterização de imóvel	151
Assinatura a rogo	152

ÍNDICE ALFABÉTICO	155
--------------------------------	-----

ESTUDOS E COMENTÁRIOS

REVOGAÇÃO DE CLÁUSULA DE INALIENABILIDADE EM DOAÇÃO

RUY CIRNE LIMA

Ex-Professor Catedrático da Faculdade de Direito da
UFRS (Porto Alegre)

PARECER

1. Nada obsta a que a doação, ela mesma, como qualquer de suas cláusulas — exceto se gravada de encargo, em favor de terceiro, que o tenha aceito¹ — se desfça por acordo entre o doador e o donatário. A esse acordo, chamam-no de “rescisão” Eduardo Espínola² e Washington de Barros Monteiro,³ não sem apoio da jurisprudência.⁴ Cunha Gonçalves inclui-o na disposição do art. 702 do CC português, segundo a qual os contratos, legalmente celebrados, não podem ser “revogados ou alterados, senão por mútuo consentimento dos contraentes”,⁵ equiparando-o, pois aos distratos.⁶ Nenhuma dúvida, entretanto, acerca de poder desfazer-se o negócio jurídico, ainda que tenha já produzido efeitos, pela mesma conjunção de vontades que o gerou, sempre que não disponha a lei o contrário. O mesmo distrato

é, segundo a definição de Teixeira de Freitas, “a dissolução do contrato, em continuidade de efeitos”, distinto, por isso mesmo, do mútuo dissenso, que sobrevém “antes de qualquer execução do contrato”.⁷ Tratar-se-á de novo contrato quando se cuidar de transferência já consumada da propriedade,⁸ ou em qualquer caso, “porque é um contrato, para dissolver outro”,⁹ mas, de qualquer maneira, a liberdade criadora da vontade das partes permanece a tal respeito, salvo proibição legal e obedecidos, sempre, os requisitos que a lei estabeleça.

2. Não é a cláusula de inalienabilidade, aposta à doação, impedimento, por seu turno, a que essa possa desfazer-se, através de acordo entre o doador e o donatário. Nascida do contrato, segue a cláusula a condição daquele, que não vincula e obriga além dos lindes de seu objeto. Ainda que inalienável o bem objeto de prestação contratual, o contrato mesmo pode, à vontade das partes, desfazê-lo: “nihil tam naturale quam eo genere quidque dissolvere, quo colliga-

1. Cf. *Pareceres — Direito Privado*, Porto Alegre, 1967, p. 47.

2. *Dos Contratos Nominados no Direito Civil Brasileiro*, Rio, 1953, n. 106, p. 187.

3. *Curso de Direito Civil*, 3.^a ed., t. II/136, São Paulo, 1962.

4. TASP, 5.9.55, RT 243/473.

5. *Tratado de Direito Civil*, vol. VIII, t. I/251, São Paulo, 1956, n. 1.138.

6. Cf. Alves Moreira, *Instituições do Direito Civil Português*, t. II/660, Coimbra, 1911, § 33.

7. *Consolidação das Leis Civis*, Rio, 1876, art. 370, nota 47, pp. 261 e 262.

8. Aubry e Rau, *Cours de Droit Civil Français*, t. IV/330, Paris, 1871, § 348; Giorgi, *Teoria delle Obbligazioni*, t. VII/412, Florença, 1892, n. 331.

9. Lacerda de Almeida, *Obrigações*, Porto Alegre, 1897, § 91, p. 412.

tum est" (D. 50, 17, 35), e, especificamente, quanto ao contrato, como causa ou título de aquisição, "quibus modis adquirimus, iisdem in contrarium amitimus" (D. 50, 17, 153), porque, em tal caso, nenhuma das partes se pode conceber "legem sibi dixisset" (D. 40, 5, 40, 1), já que "neque...imperare sibi, neque se prohibere quisquem potest"

(D. 4, 8, 51). Desfeito o contrato, a cláusula, à sua vez, com ele se desfaz.

3. Nada obsta, pois, a que, mantido o contrato, por acordo entre o doador e o donatário, a cláusula de inalienabilidade, aposta à doação, se tenha por extinta, de então adiante.

Este é o nosso parecer, s. m. j.

Porto Alegre, 22 de janeiro de 1968.

RETIFICAÇÃO DO REGISTRO

AFRÂNIO DE CARVALHO

Professor da Faculdade de Direito da UFRJ

SUMÁRIO: 1. *Disposição permissiva. Retificação administrativa e retificação judicial* — 2. *Retificação administrativa. Erro de fato* — 3. *Erro evidente do registrador. Repetição de erro do título* — 4. *Retificação administrativa de limites e de área do imóvel. Processo unilateral ou bilateral* — 5. *Retificação de área em título do Poder Público. Desconformidade com o registro anterior* — 6. *Retificação judicial de limites e de área do imóvel. Identificação do imóvel pelo perímetro* — 7. *Ação ordinária de retificação. Suas modalidades* — 8. *Prescrição da ação. Ação declaratória e ação condenatória.*

1. DISPOSIÇÃO PERMISSIVA. RETIFICAÇÃO ADMINISTRATIVA E RETIFICAÇÃO JUDICIAL

O Código Civil dispõe que, “se o teor do registro de imóveis não exprimir a verdade, poderá o prejudicado reclamar que se retifique” (art. 860). Essa disposição permissiva está redigida com tal amplitude que pode abranger tanto o erro de direito como o erro de fato, de modo que mediante a retificação se consiga obter sempre a completa correspondência entre a realidade e o registro. A lei registral a repete com um adjunto adverbial de instrumento, declarando que, “se o teor do registro não exprimir a verdade, poderá o prejudicado reclamar a retificação por meio de processo próprio” (Lei 6.015/73, art. 212).

Se o texto do Código Civil se presta a ser havido como lacônico, o da lei registral é, no entanto, inadvertidamente impreciso, ao prever que a retificação somente se faça “por meio de processo próprio”. Há, notoriamente, dois casos

de inexatidão do registro em que a retificação se opera sem qualquer “processo”, um dos quais parece ser, no conjunto, o mais freqüente de todos: o do “erro evidente” cometido pelo próprio registrador e o do acordo amigável entre o prejudicado e a outra parte.

A retificação pode efetuar-se por via administrativa e por via judicial, conforme fique aquém ou não do interesse de terceiro. A lei registral prevê e distingue as duas modalidades de retificação, separando-as pelo critério do interesse de terceiro, que a primeira não atinge, diversamente do que sucede com a segunda.

A retificação administrativa só recai sobre o *registro* em si e abrange: a) erros de fato do registro, cuja correção não traga prejuízo a terceiro (arts. 212 e 213); b) nulidades absolutas do próprio ato do registro (art. 214).

Portanto, a via administrativa serve não só para o encaminhamento da correção de erros que dizem respeito unilateralmente a uma das partes apenas, como, ainda, para a declaração de nuli-

dades de pleno direito, contanto que estas inquiram exclusivamente o ato de registro. Está nela uma via bivalente, de duplo préstimo, porque permite ao órgão administrativo, individual ou coletivo, inclusive ao juiz, quando exerce a função administrativa, invalidar os atos por ele reconhecidos a tempo como nulos.

Com esse duplo préstimo, admite que o erro de fato possa ser comum ao registro e ao título, mas requer que a nulidade seja exclusiva do registro. Essa nulidade, inerente ao registro, sem nenhum nexó com o título causal, do qual independe, provém da inobservância de regra legal endereçada ao registrador. Pode acontecer até que o registro seja nulo e, por isso, venha a ser cancelado, sem que o título o seja, mantendo-se, portanto, apto a ser novamente tabulado. A lei registral diz textualmente que, “se, cancelado o registro, subsistirem o título e os direitos dele decorrentes, poderá o credor promover novo registro, o qual só produzirá efeitos a partir de sua data” (art. 254).

A inobservância de regra dirigida ao registrador inclui a incompetência territorial do cartório, a incompetência funcional do subscritor do assento, o lançamento deste em livro ou dia impróprio, a falta de prenotação, o desrespeito à prioridade, a especialização insuficiente do imóvel, a omissão da assinatura do registrador e, rarissimamente, a inscrição de título particular inidôneo ou sem título anterior. Essas infrações da regra legal incidem na sanção de nulidade cominada pela lei civil (CC, art. 145).

A retificação judicial recai sobre o *título* que dá origem ao registro e abrange todos os demais casos de nulidade, em que os vícios de vontade maculam o conteúdo do título causal: erro, dolo, coação, simulação, fraude (art. 216).

Anulado o título na via judicial, a sua nulidade reflete-se no registro.

Por conseguinte, a via judicial abre-se a toda e qualquer nulidade do *título*, embora a sua decretação tenha reflexo sucessivo no registro: “*sublata causa tollitur effectus*”. A nulidade peculiar ao título provém de vícios suscetíveis de macular os atos jurídicos em geral, aos quais os signatários se vinculam. A discussão dessa nulidade faz-se em contraditório próprio, com todas as garantias asseguradas aos interessados. A sua decretação emana de sentença do juiz em processo regular, após a audiência das partes.

Como a nulidade pode ingressar em duas vias diferentes, elege-se uma ou outra, conforme o ditame da própria lei, ao distingui-las: a) nulidade direta ou do próprio registro (art. 214); b) nulidade indireta ou decorrente do título causal (art. 216).

O art. 214 estatui que “as nulidades de pleno direito *do registro — do registro*, note-se bem — uma vez provadas, invalidam-no, independentemente de ação direta”. O art. 216 dispõe que “o registro poderá também ser retificado ou anulado por sentença em processo contencioso, ou por efeito do julgado em ação de anulação ou de declaração de nulidade de ato jurídico, ou de julgado sobre fraude à execução”. Se se admitisse que na via administrativa se declarassem todos os casos de nulidade, tanto do registro como do título, então se faria tábula rasa do art. 216, que trata das nulidades argüíveis e decretáveis na via judicial.

2. RETIFICAÇÃO ADMINISTRATIVA. ERRO DE FATO

A abertura da via administrativa para retificação do erro de fato atende a uma aguda necessidade do nosso sistema re-

gistral. Ao passo que no sistema alemão a retificação se prevê para *direitos*, porque ali o registro recebe do cadastro os *atos*, no nosso se estende a estes, devido à inexistência do cadastramento prévio dos imóveis. Aliás, a abrangência da retificação constituiu, a princípio, tema de questionamento entre nós, devido à brevidade da disposição permissiva do Código Civil, mas afinal se firmou o consenso de que no nosso País ela alcança também os *atos*.

Além de aplicar-se também a *atos*, releva acentuar que é relativamente a estes que a retificação tem maior aplicação entre nós, com frequência incomparavelmente maior do que a da retificação de *direitos*. Essa predominância quantitativa explica-se em primeiro lugar por vigiar o nosso registro tanto a fase de titulação como a de tabulação dos *direitos*, e não apenas esta, depois pela negligência tanto das partes contratantes como dos notários nas escrituras, culminando, por vezes, com a falha do próprio registrador.

Ao regular a retificação dos erros de fato em processo administrativo a lei estabelece que este deve ser promovido pelo interessado mediante requerimento para afinal se: despachado pelo juiz. Esse processo está sujeito, porém, a uma condição, sem a qual deixa de ser admissível: a ausência de prejuízo de terceiro. Noutras palavras, o texto restringe a retificação administrativa a casos em que não ofenda *direitos*: “desde que tal retificação não acarrete prejuízo a terceiro” (art. 213).

A retificação administrativa visa, dessa maneira, aos erros de fato que se agasalham no registro, os quais dizem respeito à identidade ora da pessoa, ora do imóvel, pelo que, em regra, interessam unilateralmente a quem seja titular deste. Assim, ali aparecem desfigurados ou truncados, salteadamente, os dados

pessoais referentes ao nome do outorgante ou do outorgado, à nacionalidade, à profissão, ao estado civil, ao regime de casamento, à residência, à carteira de identidade, ao CIC, bem como à localização, às linhas de limites, aos confrontantes e à área do imóvel.

Tais erros tanto podem surgir pela primeira vez no registro como provir do título, caso em que aquele apenas os repete. Ainda que provenham do título, faculta-se a retificação unilateral, desde que não haja prejuízo para terceiro, sem se prescindir do requerimento do interessado em respeito ao princípio de instância.

Assim aconteceu com a hipótese do erro de grafia do nome do adquirente constante da escritura, em que o cartório imobiliário exigiu, para retificação, nova escritura correta. Interposta apelação no processo de dúvida, em que o apelante alegou importar a exigência em custosa demasia formalística, o acórdão reconheceu que o fato se ajustava ao conceito de “erro evidente”, cuja retificação não prejudicava terceiro.

Ao reportar-se ao caso análogo de erro de cidadania de um dos adquirentes, em que também se decidiu ser irrelevante que o erro provenha do título ou do registro dele, o acórdão acresceu o rol das espécies de “erro evidente”. Na ocasião mandou observar a cautela recomendada legalmente ao registrador, que consistiria na exibição do CIC com que o interessado se apresentara na escritura, bem como da cédula de identidade. De acordo com o julgado, o conceito de “erro evidente” se estende ao repetido do título, sem se restringir ao cometido pelo registrador na transferência dos dados do título para o registro.¹

1. Acórdão do CSMSP de 14.12.79, RDI 6/143, 1980.

3. ERRO EVIDENTE DO REGISTRADOR. REPETIÇÃO DE ERRO DO TÍTULO

A retificação administrativa se simplifica ao máximo, dispensando até o processo disciplinado na lei registral, quando o seu objetivo cabe dentro do conceito de "erro evidente". Ao regular o referido processo, a própria lei retira dele o "erro evidente", para fazê-lo corrigir incontinenti pelo registrador: "A retificação será feita mediante despacho judicial, salvo no caso de erro evidente, o qual o oficial, desde logo, corrigirá com a devida cautela" (§ 1.º do art. 213).

Embora o parágrafo se subordine tecnicamente ao artigo, que prevê o processo administrativo requerido pelo interessado e despachado pelo juiz, é de primeira percepção que a emenda do "erro evidente" escapa a esse formalismo. A ressalva, pelo fato de o ser, tem autonomia, que no contexto redacional deixou de lhe ser conferida.

Dentro do gênero de "erro evidente" existe uma espécie, peculiar ao registro, caracterizada pelo atributo de ser da autoria do oficial do cartório. Sem qualquer intervenção estranha, esse oficial o comete na tomada de indicações do título, pelo que é natural que a emenda dele também lhe caiba de ofício. Tão logo dê o oficial pelo próprio lapso, há de corrigi-lo com a devida cautela. Essa iniciativa imediata evita complicações para o prejudicado e previne danos para terceiros, que, fiados no registro, pensassem em qualquer negócio, além de eximir de responsabilidade o oficial.

Ao discorrer sobre o princípio de instância, já me coubera opinar no sentido de que lhe devem ser abertas algumas exceções, que permitam ao registrador exercer, dentro de certos limites, uma atividade espontânea, "mas indispensá-

vel à regularização dos livros registraes e à segurança do tráfico".² Entre essas exceções deve figurar, por certo, a que lhe faculte corrigir de pronto o erro evidente por ele próprio cometido.

Do contrário, persistindo esse erro no registro enquanto não sobrevém o requerimento do interessado em corrigi-lo, pode, entretimes, nele ingressar um título firmado na menção registral por ele contaminada, o que obrigará o registrador a fazer a exigência da re-ratificação da escritura ou aceitar passivamente a perpetuação do erro tabular de sua autoria. Dessa alternativa, a primeira ponta, além de desajustar ou romper o entendimento entre as partes, envolve dispendiosa arbitrariedade, em que o autor do dano força outrem a responder por ele. A segunda importa em ignominiosa transigência com a inverdade numa instituição que vale por sua credibilidade.

A ressalva da dispensa do processo para correção do erro evidente funcional veio dos regulamentos anteriores do registro (Dec. 18.542/28, art. 219; Dec. lei 4.857/39, art. 228). Essa dispensa não era questionada na doutrina, de sorte que um dos nossos mais seguros especialistas, após assinalar uma espécie em que o título estava certo, mas o registro errado, por discordar daquele, devido, certamente, a equívoco ou negligência na transposição de dados de um para o outro, conclui peremptoriamente que, "em todos esses casos, desde que o teor do título, objeto de inscrição ou transcrição, denuncia inequivocamente o erro cometido, o oficial pode *ex officio* proceder à retificação".³

Aliás, a prática dos cartórios, bem antiga, é corrigir desde logo o erro causado

2. Afrânio de Carvalho, *Registro de Imóveis*, 3.ª ed., Forense, p. 330.

3. Serpa Lopes, *Tratado de Registros Públicos*, Jacintho, 1942, p. 304.

pelo serventuário, sem esperar pelo requerimento do interessado. Tão arraigada é essa prática que ultimamente até chama a atenção pela demasia, ensejada, de um lado, pelo espírito liberal da lei vigente e, de outro, conforme já assinalai, pela falta de um livro de ras-cunhos, que deveria ser o suprimido livro de extratos.⁴

Ora, a prática diuturna e uniforme constitui valioso auxiliar da exegese e, na espécie, ela corrobora a correção *ex officio* como o melhor sentido que se possa dar ao fragmento legal em face do intuito indisputável da lei e do contraste com as conseqüências de outro sentido aventado. Daí ser pertinente invocar-se a lição do nosso processualista clássico: "Interpretatio consuetudine approbata optima est".⁵

4. RETIFICAÇÃO ADMINISTRATIVA DE LIMITES E DE ÁREA DO IMÓVEL. PROCESSO UNILATERAL OU BILATERAL

De parte a retificação administrativa mais simples, que é a efetuada pelo registrador para escoimar o registro de um erro evidente, cometido ou não por ele próprio, resta considerar a generalidade submetida a processo, da qual a lei destaca aquela que tem como alvo endireitar os limites ou a área do imóvel havidos pelo dono como consignados erroneamente no registro. Inscrita na identidade do imóvel, por versar sobre a extensão de suas linhas de divisa ou sobre a área total, essa retificação impõe o processo administrativo, com intervenção do Ministério Público e decisão final do juiz. Esse processo, de jurisdição voluntária, será *unilateral* se a retificação não atingir o perímetro do imóvel e seu

corpo certo (§ 1.º do art. 213), ou *bilateral*, com citação dos confrontantes e do alienante do imóvel, se atingir o referido perímetro, como vem descrito no título e no registro (§ 2.º do art. 213).

No primeiro caso, o requerimento da retificação, seja da metragem de uma ou mais linhas de divisa, seja da área total do imóvel, deverá enunciar que fica respeitado o corpo certo deste, definido pelo seu contorno, delimitado por marcos, cercas, muros, valos, córregos ou outros acidentes naturais. Sua finalidade estará apenas em obter que seja declarada a verdadeira extensão de uma ou mais linhas limítrofes ou área total do imóvel, por haver erro ou falta na menção constante do título e do registro, subentendendo sempre que as novas medidas são tomadas internamente, dentro do corpo certo determinado pelo perímetro.⁶

Sob essa condição, o requerente da retificação oferecerá ou não a planta do imóvel, levantada por engenheiro ou topógrafo inscrito no Conselho Regional de Engenharia e Arquitetura, podendo o juiz, no caso afirmativo, depois de ouvido o Ministério Público, dispensar a perícia. Não dispensada pelo juiz, a perícia será chamada para conferir a planta oferecida e responder se corresponde ao imóvel e pode ser aceita para a retificação da metragem da linha ou da área do imóvel, que, na nova medição, pode sofrer acréscimo ou decréscimo. O acréscimo não causa prejuízo a terceiro, porque não ultrapassa a linha de confrontantes.⁷

No segundo caso, de alteração do perímetro, por não se comportar dentro deste a retificação, aí a situação mudará

6. Acórdão da 1.ª C. do TJSP de 27.12.79, RDI 6/138.

7. Acórdão da 1.ª C. do TAPR de 13.12.79, RDI 6/139; acórdão da 1.ª C. do TJSC de 15.10.81, RDI 10/104.

4. Afrânio de Carvalho, ob. cit., p. 377.

5. Paula Batista, *Hermenêutica Jurídica*, p. 443.

completamente de figura. Nessa hipótese será aplicável a regra especial da lei, segundo a qual, “se da retificação resultar alteração da descrição das divisas ou da área do imóvel, serão citados para se manifestarem sobre o requerimento, em 10 dias, todos os confrontantes e o alienante ou seus sucessores” (§ 2.º do art. 213).

Ao passo que no primeiro caso se refigura um processo declaratório unilateral, em que se busca a declaração de um fato enunciado incorretamente no título e no registro, no segundo se delineia um processo contencioso, ou bilateral, ao qual os confrontantes e o alienante são atraídos pela citação, a fim de que assistam à enunciação de uma linha limítrofe ou de uma área que envolve “alteração da descrição das divisas ou da área do imóvel”. Há, assim, indício de que, ao invés de uma nova tradução numérica de medidas lineares ou superficiais, o processo conduza à ultrapassagem do perímetro até então havido como definidor do imóvel, o que leva à citação de todos os interessados, vizinhos e transmitente.

A propósito, cabe aduzir uma ponderação destinada a simplificar o processo em benefício das partes. Ao exigir a citação dos interessados, confrontantes e alienante, a lei, a meu ver, aceita implicitamente a declaração de ciência destes, consistente na assinatura de concordância por eles aposta na planta retificadora oferecida pelo proprietário. Além de poder essa conduta ser havida como comparecimento espontâneo (CPC, art. 214, § 1.º), milita ainda em favor dela um velho princípio segundo o qual a declaração de ciência vale citação ou intimação.

Nesse entendimento, que me parece bem fundado, além de consentâneo com o espírito simplificador da lei registral,

torna-se dispensável a perícia ou vistoria administrativa, que encarece sobremaneira o processo. Suprimida a vistoria, não somente se corta uma despesa como se abrevia a tramitação. A Justiça ganha em prestígio quando mais rápida e mais barata.

5. RETIFICAÇÃO DE ÁREA EM TÍTULO DO PODER PÚBLICO. DESCONFORMIDADE COM O REGISTRO ANTERIOR

Nesta altura, torna-se conveniente abrir um parêntesis para versar o caso em que o título, expedido pelo Estado ou pela União, ao *ratificar* outro anterior, *retifica* a medição constante deste, atribuindo ao imóvel uma área maior ou menor. Se o título anterior se achar inscrito, poderá também sê-lo o novo, apesar da desconformidade?

Há que distinguir se o novo título dito de ratificação alterou ou não o perímetro constante do anterior, manteve ou não os limites e confrontações originais. Se respeitou o perímetro do anterior, se reiterou os seus limites e confrontações, retificando apenas a área inexatamente mencionada nele, poderá ingressar no Registro para averbação na matrícula das medidas exatas do imóvel.

Tanto vale dizer que, à vista dele, o proprietário deverá requerer a retificação do erro do registro mediante o processo administrativo do art. 213, sem que se torne necessária a citação dos confrontantes e do alienante, este, aliás, qualificado pelo atributo de Poder Público. Esse atributo assegura fidedignidade ao título e à planta oferecidos pelo proprietário, motivo pelo qual deixa de ter cabimento a perícia para conferência da planta ou verificação das medidas.

Verdade seja que a lei exige a citação dos confrontantes quando houver alteração das divisas “ou da área do

imóvel", mas, logicamente, quer referir-se à alteração da área que decorra da alteração das divisas. Aos confrontantes não interessa uma medida interna, que não chega à linha de confinação. Assim deve ser interpretado o texto, que, do contrário, apresentaria um sentido anormal, por causa da imperfeição do seu fraseado, que aparentemente exterioriza uma alternativa.

Se, ao invés da retificação, o proprietário do imóvel requer a inscrição do título, incumbe ao registrador levantar a *dúvida*, com fundamento no art. 198 da lei. Diante dela, o interessado poderá conformar-se com a exigência da mudança do pedido, mas, no caso contrário, será a dúvida julgada procedente, com a desvantagem de ser ele condenado ao pagamento das custas.

Na faixa de fronteiras, o INCRA outorga *títulos ratificatórios* de alienações e concessões de terras devolutas efetuadas pelos Estados nos termos do Dec.-lei 1.414, de 18.8.75, alterado em parte pela Lei 6.925, de 29.6.81, e Dec. 76.694, de 28.11.75. Esses títulos, porém, não apenas *ratificam* os anteriores como, ainda, freqüentemente os *retificam*, mencionando a área com diferença para mais ou para menos, o que enseja o levantamento da dúvida.⁸

Seja, porém, qual for o processo administrativo de retificação, se, feita a citação dos interessados, um ou mais dentre estes impugnar o pedido fundamentadamente, trancar-se-á o referido processo, remetendo-se o requerente para as vias ordinárias (§ 4.º do art. 213). Como a impugnação alegará provavelmente a diferença ou invasão de *rumos* estipulados originalmente nos tí-

tulos (e não apenas diferença de *extensão*), a via mais indicada será a ação demarcatória (CC, art. 569; CPC, art. 950).

6. RETIFICAÇÃO JUDICIAL DE LIMITES E DE ÁREA DO IMÓVEL. IDENTIFICAÇÃO DO IMÓVEL PELO PERÍMETRO

Ao remeter o requerente para a via ordinária, quando algum interessado levanta a sua impugnação no processo administrativo de acerto de limites ou de área do imóvel, a lei registral retorna à situação tradicional da exigência da ação de conhecimento para a discussão de direitos. A inexactidão do registro no tocante a qualquer direito faculta, pois, ao titular deste propor a ação de retificação, a fim de que o registro reflita a situação jurídica real. Todo assento carente de fundamento legítimo fica exposto a cair por força de reclamação do prejudicado.

No caso atrás discutido, de inexactidão de limites ou de área do imóvel, a discussão, levada para a via ordinária, recai às vezes sobre a natureza da transmissão do imóvel, se *ad corpus* ou *ad mensuram*. A disposição do Código Civil concernente à venda, que, por analogia, ocasionalmente se aplica também à locação, tem-se prestado a dúvidas interpretativas, que geram, não raro, pleitos em detrimento das relações de vizinhança e da produção rural.

Cumprido recordar que a venda comum, usual, corriqueira, segue a modalidade *ad corpus*, em que o comprador percorre de antemão o imóvel, acompanhando as divisas, atravessando as pastagens e as lavouras, visitando as instalações, antes de fechar o negócio e formalizá-lo por escrito. As partes acordam sobre um imóvel plenamente conhecido, por ter sido visto, percorrido e examinado, e o preço refere-se pre-

8. Tomei conhecimento da que foi lucidamente levantada pelo Oficial do Registro de Iguatemi-MS, Peri Carlos Pael Lopes, decidida com acerto pelo Juiz Hermenegildo Vieira da Silva.

cisamente a esse bem físico: a transmissão do *todo* faz-se por um preço *único*.

A escritura formaliza o negócio como foi combinado, descrevendo as divisas do imóvel e mencionando o preço global, costumando acrescentar referência a dimensões, seja de metragem de linhas de divisa, seja de área nele encontrável, esta ora proveniente de estimativa, ora de medição de agrimensor. Essa referência não passa de menção accidental das partes, cujo erro não prejudica a indicação da coisa (CC, art. 91), visto como esta foi cabalmente identificada pelo seu *contorno*.

Ao passo que a referência dimensional é irrelevante na venda que, pelo teor geral da escritura, se considera *ad corpus*, já acontece justamente o oposto na venda *ad mensuram*, em que ela aparece como decisiva para a caracterização dessa modalidade contratual. A venda *ad mensuram* é aquela em que as partes tomam, para determinar o preço, não o todo, mas uma *unidade de medida*, buscando acertar quantas vezes ela se contém dentro do imóvel: a unidade de medida condiciona a área. O elemento determinante do preço é não mais o contorno, mas a medida.⁹

Aliás, ao apresentar-se ostensivamente a modalidade contratual comum, *ad corpus*, seria tanto mais desarrazoado sacar do segundo plano a medida quando entre uma medição antiga e outra recente costuma haver uma diferença considerável, conforme o testemunho de quantos compulsam autos em zonas pioneiras do País. Num artigo sobre a planta do imóvel assinalei que, entre duas plantas de uma mesma linha de menos de 300 m, se verificou uma diferença de 10 m... Com o correr do tempo, é de esperar que a discrepância

desapareça ou se atenuie nos levantamentos topográficos, com a uniformização de critérios de medir e a coadjuvação da fotografia aérea, mas presentemente não pode ser desconhecida.

Daí se deduz que, para discernir a modalidade de negócio ocorrida, basta averiguar se a escritura descreve um corpo certo imobiliário, se traça em sequência regular o contorno do imóvel, não importando a menção de medidas, pois dentro do contorno do imóvel se pode encontrar maior ou menor área, contanto que não sejam ultrapassadas as raias definidoras da entidade territorial. Segundo a melhor censura, no nosso Direito, até o chamado vigésimo de tolerância pode ser excedido, só tendo realmente cabimento invocá-lo na venda *ad mensuram*: na venda *ad corpus* é irrelevante (CC, parágrafo único do art. 1.136).¹⁰

Aliás, a transmissão *ad mensuram* não se coaduna com o sistema registral brasileiro, que exige inequivocamente para a tabulação do título que o imóvel seja descrito como *corpo certo*, em obediência ao princípio de especialidade. A identificação do imóvel ditada pela lei há de conduzir ao espírito do leitor de sua descrição uma figura geométrica definida, porque impõe a indicação não apenas de sua situação no quadro administrativo, de seu nome e de sua área, mas, ainda, de suas características e confrontações (art. 176).

Ao exigir que a identificação do imóvel se faça sobretudo pelo seu perímetro, o princípio de especialidade estabelece a base para a observância do princípio de continuidade, que diz respeito tanto à *titularidade* como à *individualidade* do imóvel. Ora, a individualidade do imóvel é deveras definida pelo seu

9. Pedro Lessa, *Dissertações e Polêmica*, p. 282; Orlando Gomes, parecer in *RT* 377/77.

10. João Luís Alves, *Código Civil*, comentário ao art. 1.136; acórdão da 1.ª C. do TJSP de 5.7.77, *RDI* 2/85.

perímetro, como atrás se expôs, e não pelas medidas das linhas de limites, ou da sua área, como, tampouco, pelo nome de seus confrontantes. As medidas podem variar acidentalmente com os critérios e instrumentos de medição e os confrontantes com a transmissão sucessiva do direito de propriedade.

7. AÇÃO ORDINÁRIA DE RETIFICAÇÃO. SUAS MODALIDADES

Após tratar da evolução do processo administrativo para a ação ordinária de retificação, cabe versar esta ação isoladamente, como tronco principal onde desembocam, em geral, os pedidos de retificação fundados em qualquer vício dos atos jurídicos. Ao passo que o vício externo, ostensivo na face do título, costuma ser afastado no exame prévio de sua legalidade, o vício interno, encoberto nele, passa incólume por esse exame. Aí torna-se cabível a ação ordinária de retificação.

Na ação movida contra o título com o qual se pede, na petição inicial, se cumule, com o pedido específico, o de retificação do registro. Essa cumulação tem a vantagem de evitar, pela referência expressa à retificação, qualquer dúvida do cartório imobiliário sobre se a certidão da citação é registrável. Assim se facilita a inscrição preventiva dessa certidão, que vale como contradita (art. 167, I, n. 21).

Conforme atrás se expendeu, a ação contra o título se acha prevista no art. 216 da lei registral, que condensa as suas causas e oportunidades. Essas causas são a anulabilidade ou a nulidade do título, que dão lugar, respectivamente, à ação condenatória e à declaração de nulidade, esta última também decretável no incidente de fraude de execução, movido contra o alienante do imóvel demandado para tornar ineficaz

a alienação (CPC, arts. 5.º e 325). A nulidade do título, que repercute no registro, é muito mais freqüente do que a do registro em si, porque esta se confina no âmbito necessariamente restrito dos defeitos formais do assento, ligados à inobservância de formalidades essenciais da inscrição (CC, arts. 130 e 145, III).

Assim, a fase obrigacional da formação do título é a que mais se presta, por sua largueza, ao aparecimento de vícios, que redundam na nulidade ou na anulabilidade do ato jurídico (CC, arts. 145 e 147). A ação competente para desconstituir o título assume diversas feições, como a de reivindicação, de petição de herança, de inoficiosidade de doação e as demais em que se pede a anulação do título por um dos vícios internos que o inquinam, erro, dolo, coação. Decretada a nulidade do título, acarreta como conseqüência o cancelamento do registro, que é efetuado mediante mandado após o trânsito em julgado da sentença.

Coroando todos esses vícios, insere-se nessa fase a falsidade do título, mormente da escritura pública, que, revestida aparentemente dos requisitos legais, nem emana do notário que a subscreve, nem contém o ato que nela se diz haver sido praticado em sua presença pelas partes. Essa escritura avulsa, sem correspondente no livro de notas do tabelião, costuma lograr registro, porque o cartório não dispõe de meio para descobrir o falso, visto como não lhe é remetida cópia da distribuição de escrituras.¹¹

Quando descoberta a falsidade ideológica, a vítima poderá mover ação penal contra o autor ou autores pelo crime cometido, já que, preenchendo lamentável lacuna do anterior, o Código Penal de 1940 prevê expres-

11. Afrânio de Carvalho, ob. cit., p. 290.

samente a falsificação de documento público (Dec.-lei 2.848/40, art. 297). Quanto ao prejudicado pelo registro da escritura falsa, terá a seu dispor a ação anulatória da escritura por falsidade, cumulada com a de cancelamento do registro.

No caso, deixaram de ser observadas as formalidades legais do *título*, e não do próprio *registro*, motivo pelo qual a nulidade deve ser demandada por ação direta contra o título. Ao eleger-se essa via atende-se à linha de separação traçada pela lei entre a nulidade do título e a do registro, sem se desvincular o primeiro do segundo. Quando a lei alude à nulidade de pleno direito do registro, visa, evidentemente, àquela que se acha imanente neste, à originalidade, e não à derivada do título.

A confusão de uma com a outra para o fim de dispensar a ação anulatória do título redundaria numa temeridade, que abriria a porta a um movimento de constante alteração dos assentos do registro imobiliário. Ora, esse registro tem na estabilidade a razão inspiradora da confiança do público. Nenhuma interpretação legal que abale a sua credibilidade merece prosperar.

8. PRESCRIÇÃO DA AÇÃO. AÇÃO DECLARATÓRIA E AÇÃO CONDENATÓRIA

A ação ordinária de retificação sugere logo a pergunta sobre o tempo em que pode ser movida, isto é, conduz ao exame de sua prescrição. No Direito alemão a ação de retificação é imprescritível, segundo disposição expressa do Código Civil (§ 898), mas nesse Direito atém-se ao acordo abstrato de inscrição, sem se estender aos meandros do negócio causal que lhe dá origem. No Direito brasileiro, ao contrário, a ação de retificação cobre ambas as fases que se sucedem, a obrigacional e a real.

Sob o influxo do Direito alemão, alguns juristas, à cuja frente se acha o nosso tratadista de Direito Privado, entendem que a retificação é imprescritível.¹² Outros, entre os quais sobressai o nosso tratadista de Registros Públicos, opinam que a retificação é prescritível, estando a ação sujeita ao prazo de prescrição das ações reais.¹³

Aí está um tema em que cumpre indagar primeiramente se há entre um e outro direito uma modificação capaz de refletir-se na mudança de tratamento jurídico. A meu ver, o maior alcance da retificação no nosso Direito fornece a chave para dirimir a dúvida. Ao contrário do que acontece alhures, onde o ataque ao registro é frontal, aqui, de par com esse, existe o ataque indireto, que, começando por dirigir-se contra o título, atinge afinal o registro.

A ação para restabelecer a verdade, que, no primeiro caso, é sempre declaratória, no segundo pode ser *declaratória* ou *condenatória*. A ação declaratória é, por sua natureza, imprescritível, porque o ato nulo não convalesce com o decurso do tempo. É que as nulidades de pleno direito são imprescritíveis, podendo ser invocadas em qualquer tempo.¹⁴ A ação condenatória, ao oposto,

12. Pontes de Miranda, *Tratado de Direito Privado*, t. II/361 e 362, Borsóí, §§ 1.250 e 1.252; cf. Tabosa de Almeida, *Das Inexistências Registras e sua Retificação*, tese, Roma, 1982, p. 31.

13. Serpa Lopes, *Tratado de Registros Públicos*, vol. 4/303, Jacintho, 1942, n. 598.

14. Fritz Fleiner, *Droit Administratif Allemand*, § 13, p. 132; Planiol, *Droit Civil*, 6.^a ed., vol. I, n. 339; Alves Moreira, *Direito Civil Português*, vol. I, n. 191; Marcello Caetano, *Manual de Direito Administrativo*, 3.^a ed., n. 132; Arturo Lentini, *La Giustizia Amministrativa*, cap. II, § 6.^o, n. 9, p. 76; Francesco D'Alessio, *Diritto Amministrativo*, n. 464, p. 222; Tulio Ascarelli, *Ensaio e Pareceres*, São Paulo, Saraiva, 1952, p. 19; Pontes de Miranda, *Tratado*, t. VI/129 e 130, § 666.

é prescritível, porque o ato anulável convalida-se com a passagem do tempo.

Quando a ação se move contra o título, cumula dois pedidos, de anulação do título e de retificação do registro. Essa cumulação objetiva é permitida, porque o segundo pedido é mais do que compatível com o primeiro, é complementar dele, já que o alvo final do autor é a retificação. Além disso, o procedimento adequado a ambos é o ordinário (CPC, art. 292).

Nessa conformidade, a resposta à dúvida levantada não pode ter sentido absoluto, porque deve distinguir a espécie de retificação, optando por que a ação é imprescritível, quando declaratória de nulidade de pleno direito, e prescritível, quando, por se tratar de anulabilidade, é condenatória. Essa diferença decorre da circunstância de que a nulidade protege interesses gerais, ao passo que a anulabilidade ampara sempre direitos individuais. Ali, o ato não pode ser convalidado, aqui pode.

DESCUMPRIMENTO DE ENCARGO E MORA DO DONATÁRIO

ÁLVARO VILLAÇA AZEVEDO

Professor Adjunto da Faculdade de Direito da USP
— Professor Titular da Faculdade de Direito da
Universidade Mackenzie — Advogado em São Paulo

SUMÁRIO: Consulta — Parecer: I — Narrativa dos fatos: Documentos da doação do imóvel — Encargos da doação — ... III — Matéria de Direito: Mora e revogação — Ingratidão e revogação — Mora da pessoa jurídica — Locação do imóvel. IV — Respostas aos quesitos.

Consulta complementar — Parecer complementar: I — Memorial da ré. II — Memorial dos autores com parecer. III — Análise da sentença. IV — Recurso de apelação.

CONSULTA

Consultam-me os ilustres advogados Ruben Garcia Lima e David Simões Júnior sobre o processado na ação ordinária em que litigam seus clientes, como autores, Pedro Zanella Papatzanaki e esposa, D. Amélia Vallardi Papatzanakis, e, como ré, a Coletividade Helênica de São Paulo, perante o E. Juízo da 24.^a Vara Cível desta comarca de São Paulo, proc. 3.357/78, em fase de oferecimento de memoriais.

Examinando os autos, cuidadosamente, inteirei-me dos fatos, cuja narrativa adiante se declina, estando, assim, habilitado a responder aos quesitos, como a seguir formulados.

1. A doação, objeto desta demanda, é gravada com encargos?

2. Pode compreender-se a palavra "Igreja" antecedendo a expressão "Grego-Ortodoxa", constante da primeira cláusula restritiva da escritura de doação?

3. Quem construiu a Igreja Grego-Ortodoxa, existente no imóvel doado?

4. Pela prova produzida nos autos, é possível concluir-se pela mora da ré? E pela prática de atos injuriosos e caluniosos desta contra os autores?

5. É possível estabelecer-se a mora da pessoa jurídica, em matéria de descumprimento de encargo, na doação?

6. Pode a ré locar o imóvel que lhe foi doado?

7. Em conclusão, é ou não admissível a revogação da doação cogitada neste feito? Por que fundamentos?

PARECER

I — NARRATIVA DOS FATOS

Documentos da doação do imóvel

1. Em 6.7.56 resolveram os autores doar à entidade ré o imóvel sito, nesta Capital, na R. Bresser, 793, antigo n. 205, no 6.º Subdistrito do Brás. 3.^a Circunscrição Imobiliária desta co-

marca, medindo o terreno “4,60m de frente para a mesma R. Bresser por 40m da frente aos fundos, onde se alarga 27,60m, confrontando de um lado com Joaquim Viana, de outro lado com os doadores e nos fundos com André Liani, ou sucessores; imóvel, esse, estimado”, à época da doação, “em Cr\$ 2.500.000,00”.

2. Esse mesmo imóvel, que adquirido pelos autores pelas transcrições 36.340 e 50.257 do Registro de Imóveis da 3.^a Circunscrição desta comarca, foi, como aludido, doado, por escritura pública, lavrada nas notas do 1.^o Tabelionato desta Capital, no Livro 638, a fls. 29-verso, que, levada ao mesmo Registro Imobiliário, foi transcrita sob n. 51.604 e averbada sob n. 1, a fls. 65 do Livro 3-AX, em 3.9.56.

3. Essa escritura de doação foi objeto de retificação e ratificação, nos termos da escritura pública firmada, entre as partes, no mesmo Tabelionato, em 14.5.58, no Livro 664, a fls. 25-verso, também devidamente registrada.

Encargos da doação

4. Oito cláusulas restritivas regularam a doação ora cogitada, gravando-a de encargos, e que se enumeram na escritura de aquisição, nos autos, a fls., sendo certo que tão-só as cláusulas 2.^a, 3.^a e 5.^a sofreram alterações na mencionada escritura de re-ratificação, consoante atestado a fls.

5. A primeira dessas cláusulas assenta que “o prédio constante desta escritura será demolido ou adaptado para a construção da Grego-Ortodoxa e se destina à sede da Coletividade Helênica de São Paulo, da Escola Grega ou Grega Brasileira, e, desde que haja suficiente espaço de terreno, de moradia para alojamento de padre, ou outros edifícios de utilidade para a Coletividade Helêni-

ca de São Paulo, visando a fins beneficentes. A totalidade do terreno e construções ficará sob a alta proteção do Chefe da Missão Diplomática do Reino da Grécia que estiver exercendo funções junto ao Governo dos Estados Unidos do Brasil” (grifei).

6. A cláusula 2.^a, com a alteração referida no item 4, retro, submete esse imóvel doado à “administração” de uma “Comissão Eclesiástica, composta de 10 membros efetivos, além do presidente e 10 suplentes”, com posturas de caráter religioso, asseverando, ainda, que: “Após a conclusão das eventuais obras, a administração da Comissão Eclesiástica se restringirá a tudo que diz respeito à Igreja e suas dependências, ficando sob a responsabilidade da Coletividade Helênica de São Paulo a administração do salão destinado à mesma, inclusive as respectivas dependências, como enfermaria, escola etc., tudo para uso exclusivo da mesma Coletividade. A indicação dos nomes dará a formação da Comissão Eclesiástica e caberá aos doadores, que apresentarão a respectiva lista ao Consulado Geral da Grécia, para comprovar a nacionalidade grega. A aprovação e nomeação definitiva da Comissão caberá ao Sr. Arcebispo de Nova York, ou à suprema Chefia espiritual da Igreja Ortodoxa da América do Sul” (grifei mais uma vez).

7. A seu turno, a cláusula 3.^a, com a apontada alteração, em reforço do documento de doação originário, deixa patente que: “A Presidência da Comissão Eclesiástica pertencerá aos doadores, a título perpétuo, enquanto estiverem em vida, exercendo o cargo alternativamente, conforme seu exclusivo critério, de forma a serem presididas as reuniões da Comissão somente por um deles. O presidente em exercício terá o direito de “veto” sobre assuntos relacionados com a administração da Igreja, sempre que

as relações da Comissão forem contrárias das determinações e cláusulas da escritura de doação e suas alterações introduzidas pela presente” (escritura de re-ratificação). “Portanto, nenhuma resolução da Comissão, tomada sob as condições supradeterminadas, poderá ser posta em execução nem será considerada válida e justa” (grifei, novamente).

8. A cláusula 4.^a, em seguida, mostra que: “Nenhuma pessoa física ou jurídica terá direito, em tempo algum, de vender, ceder, doar ou hipotecar o terreno ora doado com as edificações que contiver, e que se destinarão para sempre ao uso exclusivo da Coletividade Helênica de São Paulo, para os fins pelos quais estão sendo doados” (grifei, também).

9. Por sua vez, a cláusula 5.^a cuida de que: “No caso de falecimento de um dos doadores, a presidência caberá automaticamente ao sobrevivente, desde que assim o desejar. Em caso de renúncia do cargo, ou em caso de falecimento de um dos doadores, a Comissão Eclesiástica elegerá entre os seus próprios membros efetivos um presidente, com mandato por tempo a ser estipulado no regulamento interno mencionado na cláusula 2.^a, continuando, assim, a designação do presidente e mediante eleições. Os presidentes eleitos ficarão privados do direito de veto, ficando todas as resoluções da Comissão sujeitas tão-somente a votação por maioria relativa de votos. Finda a gestão da Comissão Eclesiástica, o novo Conselho será designado mediante as eleições, pela Assembléia Geral da Coletividade” (grifei, mais uma vez).

10. Pela cláusula 6.^a, a Coletividade ré tomou posse do imóvel doado na data da doação.

11. Pela cláusula 7.^a, os alugueis desse imóvel, em razão de estar locado à época da doação, passaram, de ime-

diato, a ser recebidos pela Comissão Eclesiástica da Coletividade ré, que ficou, via de consequência, autorizada a fornecer os respectivos recibos.

12. Finalmente, a cláusula 8.^a cuidou da possibilidade de ser dissolvida a Coletividade ré, situação em que, vindo a ocorrer, “por qualquer motivo e em qualquer época, a Legação Real da Grécia no Brasil tomará, após entendimentos com o governo de S. M. Helênica, as medidas de direito a fim de assegurar o normal funcionamento e garantir os interesses da Igreja Ortodoxa Grega de São Paulo” (grifos meus).

.....*

III — MATÉRIA DE DIREITO

49. Cuidando das doações modais ou gravadas de encargo, ensina Alfredo Ascoli¹ que seu ônus pode ser uma prestação de realizar uma vantagem ao doador, a um terceiro ou ao próprio donatário, como pode consistir na obrigação por este de dar ou fazer em favor de outrem, como também na obrigação de empregar ou não a coisa doada, total ou parcialmente, de um determinado modo, somente em seu interesse próprio.

O encargo é, assim, uma imposição obrigacional criada ao donatário para que ele dê, faça ou não faça algo relativamente ao bem que lhe foi doado, em favor do doador, dele, donatário, ou de terceiro.

50. Por isso, lembra Rubens Limongi França² que modo ou encargo é “a cláusula acessória, em virtude da qual se estabelecem modificações à vantagem criada pelo ato jurídico, já mediante o

* N. da R.: Foi suprimida parte deste parecer versando matéria de fato.

1. *Trattato delle Donazioni*, 2.^a ed., Milão, Società Editrice Libreria, 1935, § 18, p. 213.

2. *Manual de Direito Civil*, 3.^a ed., São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1975, p. 280.

estabelecimento de uma determinada aplicação da coisa, já por meio da exigência de certa prestação”.

51. Daí por que “o encargo é coercitivo”, pode ser imposto, assenta Washington de Barros Monteiro,³ “o que não sucede com a condição. Ninguém pode ser constrangido a submeter-se a uma condição, ao passo que estará sujeito a essa contingência, se se tratar de encargo, sob pena de se anular a liberalidade”.

Essa imposição leva o doador, considerando o caso presente, a uma determinada destinação do imóvel doado, como verdadeiro ideal, causa e essência do ato de liberalidade, exigindo do donatário que esse destino programado se ultime e que sejam cumpridas as obrigações assumidas.

Por isso, afirma Sílvio Rodrigues⁴ que o encargo ou modo “é uma limitação trazida a uma liberalidade, quer por dar destino ao seu objeto”, “quer por impor ao beneficiário uma contra-prestação”.

52. No que tange à utilização da coisa doada, entende o saudoso Agostinho Alvim⁵ que: “Quando houver restrição do uso da coisa através de obrigação, existirá encargo. Se se disser: “dou-te tal casa, que não poderá ser usada deste ou daquele modo”, não haverá aí, tecnicamente, limitação de poder, embora cerceie o uso da coisa: haverá, sim, a imposição de uma obrigação negativa, que, como obrigação que é, caracteriza o encargo”.

53. E porque os encargos impõem execução obrigacional, são coercitivos, assenta o art. 1.180 de nosso CC que “o donatário é obrigado” a cumpri-los,

“caso forem a benefício do doador, de terceiro, ou do interesse geral”, sendo certo que, se forem desta última espécie, poderá o Ministério Público exigir sua execução, mesmo depois da morte do doador, se este não tiver tomado essa iniciativa.

Mora e revogação

54. Referindo-se ao parágrafo único do art. 1.181 do CC brasileiro, Agostinho Alvim⁶ ministra que: “A revogação da doação onerosa tem lugar quando se verificar a mora do donatário em cumprir o encargo”.

Assim, é preciso que o donatário descumpra o encargo para que seja levado à mora, caso não restitua a situação inadimplida ao estado primitivo.

55. Daí por que a lição do mesmo Agostinho Alvim⁷ no sentido de que, em face do atrás citado dispositivo legal, “cumprir examinar não só a hipótese de mora, como também várias outras questões, a saber: a) se a purgação da mora obsta à revogação da doação; b) se o inadimplemento absoluto culposo tem o mesmo efeito da mora; c) se tem o mesmo efeito dela o inadimplemento absoluto não culposo”, aduzindo, adiante, conclusão já expendida, e nos moldes da lei, segundo a qual, “desde que a mora se verifique, o doador está autorizado a revogar a doação”.

Ora, no caso cogitado não ocorreu purgação da mora, pois inatendidas restaram as interpelações judiciais promovidas pelos autores doadores. E, mais, após as mesmas, não só manteve sua posição de inadimplência a ré como, também, a ratificou no desenvolvimento do processo sob análise.

3. *Curso de Direito Civil — Parte Geral*, 13.ª ed., São Paulo, Saraiva, 1975, p. 239.

4. *Direito Civil — Parte Geral*, 5.ª ed., vol. I/231, São Paulo, Saraiva, 1974.

5. *Da Doação*, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1963, p. 223.

6. Ob. cit., p. 248.

7. Idem, ibidem.

Diga-se, até, que existe julgado de nosso Tribunal de Justiça dispensando a providência interpelatória⁸ (“Ocorre mora do donatário, não havendo prazo para implemento da obrigação, desde o momento em que ele, de modo inequívoco, manifesta a intenção de não cumprir o encargo que fora imposto pelos doadores. Não há, pois, necessidade de interpelação para sua constituição em mora”) e que Agostinho Alvim⁹ entende não ser possível “a purgação se o encargo consistir em obrigação negativa. E isso porque a violação não seria mora, senão inadimplemento absoluto”.

No caso, como visto, dúvidas inexistem de que o inadimplemento da donatária ré ocorreu, pois, interpelada, sequer esboçou intenção de purgar sua mora ou de desfazer imagem de inadimplemento absoluto. Sim, porque se manteve ela entendendo como correto seu procedimento ilícito.

56. Havendo revogação, é claro que ela abrange o ato todo, pois, como leciona o saudoso Vicente Ráo:¹⁰ “Segundo nossa lei”, “é a doação um contrato misto, oneroso até o limite do encargo; gratuito, no excedente. Mas, em caso de inadimplemento, é a inteira doação que se revoga, desde que o donatário incida em mora (arts. 1.180 e 1.181, parágrafo único), porque o ato é incidível. Clóvis (comentário ao art. 1.167), admitindo essa qualificação, todavia considera a doação com encargo como figura *particular* de contrato oneroso, porque “o encargo não é um correspectivo da liberalidade, mas apenas um acessório que a modifica”, e, por isso, a seu ver, o não cumprimento do encargo pode causar a revogação da liberalidade, mas não a responsabilidade

do donatário pelas perdas e danos: “a natureza do modo explica essa diferença entre a doação “*sub modo*” e os outros contratos onerosos” (comentário ao art. 1.181, parágrafo único)”.

Ingratidão e revogação

57. Realmente, o n. III do art. 1.185 do CC autoriza a revogação da doação por ingratidão do donatário, ou seja, por graves injúrias deste ou calúnia assacadas contra o doador.

Embora delineiem-se, nestes autos, esses atos injuriosos e caluniosos por parte de diretores da entidade ré contra a figura dos doadores, autores, e ainda que não seja necessária a condenação criminal à revogação da doação, “dado o princípio contido no art. 1.525” de nosso CC (como bem posto por Agostinho Alvim),¹¹ não é de cuidar-se dessa matéria no caso *sub judice*, pois é expresso o art. 1.187 do CC, por seu n. II, quando atesta a impossibilidade de revogar-se, por ingratidão do donatário, a doação onerada com encargo.

Se a doação fosse pura (sem encargo), seria possível considerar-se essa ingratidão por ofensas graves aos doadores, por parte dos membros diretores da pessoa jurídica donatária.

Contudo, no caso presente, impõe-se a revogação, tão-só, pelo prisma do descumprimento do encargo, mas qualificação pela presença desses atos injuriosos, e de bastante gravidade.

Mora da pessoa jurídica

58. A pessoa jurídica, desde que devidamente representada, em regra tem capacidade ativa e passiva, inclusive para doar e para receber doações, respeitadas as restrições legais e estatutárias.

11. Ob. cit., pp. 283 e 284.

8. RT 204/252.

9. Ob. cit., p. 252.

10. *Ato jurídico*, São Paulo, Max Limonad, 1961, p. 438.

59. No caso presente, dados os encargos existentes, a aceitação foi expressa, por escritura pública, retificada e ratificada, não tendo havido qualquer limitação ou reserva quanto ao integral cumprimento dos encargos assumidos.

Pelo contrário, a aceitação, pela entidade ré, desses encargos levou-a a assumir essas obrigações de fazer e de não fazer, claramente especificadas em cláusulas restritivas, no título de aquisição.

60. Se, por acaso, não pretendesse a ré o recebimento dessa doação, com essas limitações impostas, não deveria tê-la aceitado.

Aliás, como lembra Caio Mário da Silva Pereira:¹² “Ninguém pode ser compelido a aceitar uma liberalidade (doação ou legado), mas indo esta acompanhada de um encargo, a sua aceitação implica subordinação do benefício recebido ao dever imposto sob a forma do *modus*”.

61. Por outro lado, as obrigações assumidas pela entidade ré, de fazer material, não apresentam qualquer caráter personalíssimo, sendo, portanto, cumpríveis por quaisquer diretores ou representantes.

62. Tenha-se, mais, que o caráter espiritual e religioso de que se reveste a doação em causa leva, mesmo, a uma situação essencial de que o uso, pela donatária, do prédio doado deva fazer-se nos estritos limites desse ambiente de religião e de caridade, de que está impregnado o ato dos doadores.

Tanto que é indiscutível a preocupação destes, no contrato de doação, de doar à Coletividade ré para que ela pudesse servir, ao lado da Igreja, à causa protetiva dos gregos sediados no Brasil, e desinteressadamente.

12. *Instituições de Direito Civil*, 6.^a ed., Rio, Forense, 1982, p. 498.

63. A doação não se fez livre à ré para que ela pudesse, como proprietária, sem peias, locar o salão para satisfazer necessidades só suas, egoisticamente, mas para atender à colônia helênica.

Como visto, no caso presente, a donatária, fechando o salão, dentre outros atos reprováveis, em face dos encargos assumidos, alijou as demais entidades que deveriam existir sob seu comando e sob sua cuidadosa proteção.

Os doadores, como estampado nos autos, doaram o imóvel sob enfoque à ré para que ela velasse pela coletividade grega, no Brasil. . .

64. Aliás, como se nota da leitura do requerimento dos autores, em sua petição inicial (item 8, *in verbis*: “seja a ação julgada procedente”, “para que volte à propriedade dos autores o imóvel doado, que, após, terá o mesmo destino por eles sempre querido, mas por donatário que saiba respeitar não só a figura dos doadores mas, também, as cláusulas de restrição, os encargos por eles impostos”), têm eles intenção de redoar, com os mesmos encargos, quiçá à Igreja ou a outra entidade helênica, caso obtenham ganho de causa.

A meu ver, nesse caso, melhor seria, para evitar problemas, como os aqui narrados, que instituíssem uma fundação, onde a finalidade objetivada estaria perpetuamente ligada a esse patrimônio, com situações previstas indeclinavelmente nos estatutos da mesma, inclusive no tocante à participação dos autores, enquanto vivos, tudo sob o zelo do Ministério Público e do Poder Judiciário.

65. Pelo que, neste passo, estudado, indene de dúvida que a pessoa jurídica, recebendo doação com encargos e aceitando estes, não poderá fugir a seu cumprimento, por sua direção representativa, sob pena de poder instar-se em mora.

Se tal não fosse, nunca poderia uma empresa donatária sofrer revogação de doação, por descumprimento de encargos, sendo, portanto, inúteis estes.

Ora, por mais que se quisesse interpretar em sentido contrário, nada poderia obstar a que se anulasse a vontade das partes no entabulamento negocial, a ponto de tornar ineficazes encargos que se impuseram como causa primeira do ato de doar.

Locação do imóvel

66. Por outro lado, descabe o entendimento da ré de que no contrato de doação é omissa a situação do imóvel doado quanto a não poder ser objeto de locação.

Restou claro que esse imóvel deveria ter sido de uso exclusivo da ré, o que consta desse contrato, como visto, como também que o mesmo não pode ser vendido, *cedido*, doado ou hipotecado.

Quer a ré que houve silêncio, nesse pactuado, “a respeito de aluguel” (sic).

67. Nenhuma procedência nessa argumentação, pois a condição essencial da locação é que exista *cessão onerosa* do uso ou do uso e do gozo do bem doado.

Embora como matéria indiscutível, retratou-se-a em obra de Rogério Lauria Tucci e minha,¹³ no conceito de contrato de locação predial urbana, nestes termos: “o contrato de locação, cuidado pela lei em análise” (Lei 6.649, de 16.5.79, modificada pela Lei 6.698, de 15.10.79), “é a relação jurídica, de caráter temporário, e regulada em seus pontos principais por normas de ordem pública, em que se envolvem locador e locatário, com a obrigação do primeiro de ceder ao segundo o uso, ou o uso e o gozo, de determinado imóvel, destinado a abrigar o inquilino e sua família,

13. *Tratado da Locação Predial Urbana*, vol. 1.º/27 e 29, São Paulo, Saraiva, 1980.

ou a possibilitar-lhe uma atividade lucrativa, mediante retribuição deste, pelo pagamento de um aluguel” (os grifos são do texto original).

E aduzimos, o Prof. Rogério e eu: “O elemento objetivo refere-se ao objeto negocial: a *cessão da posse do imóvel locado e a retribuição, geralmente em dinheiro, pela utilização deste*” (os últimos grifos são meus).

IV — RESPOSTAS AOS QUESITOS

68. Em alinhavo, em face da matéria, como exposta, vejo-me habilitado a responder aos quesitos que me foram formulados:

Quesito 1: Sim, a doação objeto desta demanda é gravada com encargos.

Quesito 2: Sim, a palavra “Igreja” há que se inserir na expressão “Grego-Ortodoxa”, para melhora de seu sentido.

Quesito 3: Ao que restou provado, os autores construíram a Igreja Grego-Ortodoxa, existente no imóvel doado.

Quesito 4: Ante a prova produzida nos autos, sob análise, conclui-se que, indiscutivelmente, ocorreu mora da ré no tocante ao cumprimento de encargos da doação, conforme demonstrado, tendo, mesmo, chegado a direção desta à prática de atos injuriosos, e graves, contra os autores.

Quesito 5: É perfeitamente possível, como procuramos evidenciar, o descumprimento de encargos pela pessoa jurídica, pela atuação de seus representantes legais.

Quesito 6: Em face da proibição expressa, constante do ato aquisitivo de doação, ficou impossibilitada a ré de realizar qualquer tipo de cessão do imóvel doado, quer gratuita, como é o caso do comodato (a pessoas estranhas ao âmbito desse contrato), quer, principalmente, onerosa, a qualquer pessoa, como é o caso da locação.

Quesito 7: Em conclusão, é admissível a revogação da doação, enfocada, pelo único fundamento do descumprimento pela ré dos encargos criados, com conseqüente e indubitável mora desta.

É o meu parecer, s. m. j.
São Paulo, 28 de junho de 1982.

CONSULTA COMPLEMENTAR

Consultam-me, mais uma vez, os ilustres advogados Ruben Garcia Lima e David Simões Júnior sobre atos posteriores a parecer já dado, nos autos da ação ordinária em que litigam seus clientes, como autores, Pedro Zanella Papatzanaki e esposa, D. Amélia Vallardi Papatzanakis, e, como ré, a Coletividade Helênica de São Paulo, perante a E. 24.^a Vara Cível desta comarca de São Paulo, proc. 3.357/78.

Examinando novamente os autos, agora analisando o r. ato decisório e a apelação ofertada pela ré, encontro-me habilitado a responder aos novos quesitos formulados, como adiante:

1. O parecer de V. Exa., anteriormente juntado, a fls., pode ser considerado documento, como alegam os apelantes, primeiro a fls. e depois a fls., item 1.º? Pode considerar-se nula a sentença porque admitiu a permanência desse trabalho nos autos, após o encerramento da instrução probatória?

2. Qual a posição doutrinária de V. Exa., considerando-se o parecer já dado, em face das argumentações constantes do memorial e das razões de apelação ofertadas pela ré e ante a decisão da causa?

PARECER COMPLEMENTAR

I — MEMORIAL DA RÉ

1. A ré, hoje apelante, em seu memorial, de fls., procurando enfrentar a

matéria até então existente no processo, sob análise, cita, inicialmente, vários juristas pátrios, tais Orozimbo Nonato, Vicente Ráo e Fernando Rudge Leite, sem que as lições desses Mestres, entretanto, de qualquer modo, *data venia*, favoreçam sua argumentação. Ao contrário, reforçam a posição dos autores, atualmente apelados.

Realmente, esses jurisconsultos são citados quando assentam que o doador pode impor o encargo como condição suspensiva ou resolutiva, contudo devendo fazê-lo expressamente, pois esse elemento acidental do ato jurídico deverá estabelecer-se no contrato por acordo de vontades.

Como visto, embora o encargo seja coercitivo, diferente da condição, poderá existir por meio desta.

Isso não se discute no caso presente, em que, *ex abundantia*, restou comprovada a existência de encargos que gravam, indiscutivelmente, a doação do imóvel em causa, o que ficou, fartamente, a meu ver, demonstrado em meu parecer de fls., conforme, especialmente, as conclusões de fls.

2. Tudo o mais, quanto à matéria de prova, alegado pela ré é "reprise" do que já alegara, anteriormente, e, *data venia*, sem qualquer fundamento ou correspondência à comprovação deduzida nos autos, como procurei demonstrar em meu aludido parecer.

3. No que concerne à possibilidade de descumprimento de encargos por pessoa jurídica, pela atuação de seus representantes, não tenho dúvidas em reafirmar, contra o posicionamento da ré, que esse inadimplemento é perfeitamente possível e ocorrente no caso sob exame, tal qual exposto em meu parecer.

A argumentação da ré, partindo do conceito de pessoa jurídica de Clóvis Beviláqua, para afirmar que ela é dis-

tinta da pessoa de seus membros e, por isso, a entidade abstrata não pode descumprir o encargo, não tem qualquer suporte jurídico. Isso é verdade, pois, a assim ser, a empresa não poderia praticar qualquer ato jurídico, nem, no caso concreto, poderia a ré ter recebido a doação do apontado imóvel.

Recebendo a doação, como recebeu, por seus representantes, ficou a ré sujeita ao cumprimento do encargo, também por esses mesmos dirigentes, pois o acordo de vontades estabeleceu-se nesse sentido, modificando-se o ato da doação pelo encargo. E o cumprimento deste é condição indispensável a que não se revogue a doação. Por isso, também, não há que argumentar-se com a idéia de que o descumprimento do encargo ocorreu muitos anos após a doação, pois o passar do tempo não implica a extinção automática do encargo, contrariamente à situação jurídica avençada pelas partes. Ele é integrante do ato por ele modificado.

Por isso é que se cuida, no caso de inadimplemento do encargo, de revogação do ato (presentemente, da doação), porque esse descumprimento é *a posteriori*, não importa quando.

Por outro lado, a ré, baseando-se, nesta feita, em lições de Clóvis Beviláqua, de Basileu Garcia, de José Higino, de José Frederico Marques, de Petrocelli e de Emílio Onder, afirma que a pessoa jurídica não pode delinqüir, não sendo sujeito ativo no Direito Penal.

Ora, neste caso, não se discute tal matéria, de atuação da pessoa jurídica no âmbito penal; ela jamais, como entidade abstrata, praticaria um crime, pois a responsabilidade por este é da pessoa física, p. ex., de um de seus diretores ou sócios. Presentemente, tem-se em mira a responsabilidade civil, ante o descumprimento contratual do encargo. No campo do Direito Civil, como

é óbvio, a pessoa jurídica manifesta sua vontade, por seus representantes, podendo, assim, por atuação destes, vir a contrariar ou não situações contratadas ou legais. A situação jurídica sob cogitação é de descumprimento contratual, pois a doação é um contrato, previsto como tal a partir do art. 1.165 do CC.

4. A cogitar-se de revogação por ingratidão do donatário, já dissera em meu parecer (item 57, fls., e na resposta ao quesito 7, a fls.) não ser possível a mesma quando a doação for com encargo, ante a proibição do art. 1.187, II, do CC. Ela só é de admitir-se quando se cuidar de doação pura.

Aduzi naquela oportunidade, a fls., que, malgrado merecer revogação a doação em causa, "tão-só, pelo prisma do descumprimento do encargo", esse inadimplemento foi qualificado por atos injuriosos de bastante gravidade, pela direção da ré.

II — MEMORIAL DOS AUTORES COM PARECER

5. Bem admitiu S. Exa. o MM. e douto Juiz *a quo*, a fls., que o memorial dos autores fundou-se em parecer.

Contudo, nem necessitaria esse ilustre Magistrado ter determinado abertura de vista aos nobres Advogados da ré, convertendo o julgamento em diligência, pois aludido parecer são as razões do memorial dos autores. Se assim agiu S. Exa., fê-lo, certamente, *ad cautelam*.

Os autores, ao apresentarem seu memorial, poderiam, até, se quisessem, transcrever, pura e simplesmente, o texto desse meu trabalho, em sua petição. Não o fizeram, tenho certo, por respeito à situação autoral.

Diga-se, mais, que esse parecer não foi utilizado pela parte para trazer aos autos qualquer documentação que pudesse ter sido entranhada no estúdio

instrutório do feito. Veja-se, ainda, que o parecer, em si, não é um documento, mas uma composição ideológica de posições fáticas e doutrinárias, com posicionamento de seu autor, em conclusões a respeito dos quesitos formulados. O que existe nesse trabalho é análise das situações do processo e das provas que foram validamente produzidas nele. Em uma palavra: razões.

Meu parecer é, desse modo, a parte do memorial dos autores que não foi escrita pelos seus advogados, mas com a ratificação deles, como se citassem matéria doutrinária (páginas de livros, p. ex.), ou jurisprudencial ou analisassem a prova dos autos. Assim, é como se os ilustres Advogados dos autores tivessem escrito o que eu escrevi, usando de seu mandato judicial para contratar argumentação complementar.

6. Dai não ter sentido o pedido de desentranhamento do parecer, por implicar, no dizer da ré, “novas juntadas de documentos ou provas”, após o encerramento da instrução do feito (v. fls., especialmente o item 1.º). Parecer não é documento, e muito menos prova.

7. Por isso que foi repelida essa pretensão, a fls., pelo douto Magistrado, sob fundamento de que “parecer, análise científica sobre questão fática e jurídica, posta em juízo, não é juntada de documentos, sobre os quais, talvez, pudesse ser analisada a pretensão”.

III — ANÁLISE DA SENTENÇA

8. Sopesando as provas dos autos, cuidadosamente, S. Exa. o douto Juiz Oscarlino Moeller enfrenta superiormente os fatos justificativos do pedido de revogação da liberalidade em causa, concluindo, a fls., que o “salão da Coletividade” vem sendo locado, “de longa data”, “no mínimo a entidades gregas” (conforme confissão da própria ré, a fls.); e que, a fls., “robusta realidade”

demonstra que “o salão destinado à Coletividade Helênica, por suas várias entidades, foi fechado pela ré, vedado acesso ao mesmo e suas dependências” (com grifos do texto original; tudo consoante a prova pericial realizada — v. fls., fls. e fls.; a própria admissão da ré, embora alegando que o fazia “para evitar ingresso de estranhos”; e a prova testemunhal — v. fls., fls. e fls.); e que, no tocante às remoções de bens de entidades gregas para o “mezanino” da Igreja, impedindo-as de utilizar o imóvel doado, houve, “na realidade” (grifos do original; conforme demonstrado no laudo pericial fotograficamente, a fls., e, ainda, a fls., e por testemunhas, a fls.); e, finalmente, que, a fls.: “Os indícios da ofensa, até pela caracterização de injúria, pois, permanecem”, em negativa “repercussão civil”, “altamente comprometedora das atitudes da ré, deslustrando aqueles que lhe serviram de esteio na formação idônea de uma sede”.

E aduz, com muita acuidade, esse ilustrado Julgador, a fls., no que concerne ao fechamento arbitrário do aludido salão, pela ré, que, mesmo que a tanto fosse levada (a raciocinar-se por absurdo), “a entrega das novas chaves, pelo menos, ao presidente honorário” impunha-se. E, ainda, a fls., que esse fechamento verificou-se “com troca de chaves, não entregues aos autores ou quaisquer outros elementos” (grifei).

9. A fls., S. Exa. acolhe, irrestritamente, o pedido inicial no que se refere ao descumprimento do encargo (não por ingratidão, que denegado, conforme item 8.2, fls.), demonstrando que os apontados e comprovados fatos levam, indene de dúvidas, ao “descumprimento à imposição condicionante da liberalidade”; ferida, dessa forma, frontal e profundamente, a cláusula 4.ª do contrato de doação revogando, impositiva dos mesmos encargos.

Realmente, referida cláusula impede a donatária ré, “ou qualquer pessoa física ou jurídica”, de locar ou ceder onerosamente o prédio doado, impondo o uso exclusivo pela Coletividade Helênica de São Paulo desse bem. Diz, em complemento, o eminente Juiz Oscarlino Moeller, e com senso apurado de observação, que: “O uso (não a venda, cessão, doação ou hipoteca) é que constitui o objetivo basilar da doação. Desvirtuar o uso (hipótese aventada da locação) ou impedir o uso (hipótese do fechamento do salão) caracterizam descumprimento do encargo proposto ou imposto. Assim, como segunda classificação dos fatos constatados como substanciadores de descumprimento do encargo da cláusula 4.^a se delinea o fechamento, troca de chaves e remoção de bens, comprovadamente existentes. O uso, finalidade precípua da doação, à Coletividade Helênica e entidades que a compõem (note-se que a construção determinada na doação — cláusula 1.^a — se destina à Igreja Grego-Ortodoxa, sede da Coletividade Helênica de São Paulo, da Escola Grega ou Grega Brasileira, visando a fins beneficentes) foi negado com o fechamento do salão pela própria ré. A negativa de uso, por ato da ré, equivale a desvirtuamento dos encargos impostos” (grifei).

10. Como admitido, também, no r. ato decisório *sub examine*, restou patenteada, perfeitamente, a mora da ré, pelas notificações que lhe endereçou o autor (fls. e fls.).

11. Além disso, admitiu o mesmo ilustre Prolator desse decreto judicial, para honra minha, como integrantes de seu ato, os itens 58 a 65 de meu parecer, o que me dispensa de analisar a matéria referente à possibilidade de inadimplimento de encargo por pessoa jurídica.

12. No tocante à pretensão da ré ao recebimento de indenização por perdas e danos, por benfeitorias, conservação e manutenção do imóvel doado, bem demonstra S. Exa. que, não havendo reconvenção, o feito não comporta, não sendo possessório, o caráter dúplice previsto no art. 922 do CPC.

Entretanto, mesmo que tivesse havido reconvenção, e que nela fossem pedidas essas verbas indenizatórias, não seria o caso, a meu ver, de prosperar esse pedido reconvençional, pois as benfeitorias foram feitas para que pudesse a ré utilizar-se do imóvel doado, o que se desenvolveu por longos anos.

A admitir-se tal indenização, teriam, então, os autores, a raciocinar-se por absurdo, direito a receber aluguéis da ré por todo esse tempo de existência da doação, para compensar-se pela não utilização do prédio doado!?

Isto sem se cogitar da “presença de elementos especiais a envolver as partes”, como se assenta no r. *decisum*, sob consideração “especialmente a prova de despesas exclusivas de manutenção e adaptação (fls. e fls.), ampla ajuda dos próprios autores na construção (fls.), existência de “Livro Ouro” para angariar fundos para as edificações, além das considerações de fls. e fls., dos peritos” (fls.).

IV — RECURSO DE APELAÇÃO

13. Nas razões de apelação, a ré apelante aborda, já agora, tão-somente, alguns dos temas, mas sob idêntica argumentação, já deduzidos em seu atrás analisado memorial, quais sejam: a juntada de meu parecer como se fosse documento anexo ao memorial dos autores; a questão da infração da cláusula 4.^a, ante o descumprimento dos encargos ali impostos (cessão e locação); a mora da ré apelante; e o fechamento do salão de festas.

14. Assim, não tendo questionado em suas razões de apelação sobre as outras matérias, anteriormente discutidas nos autos e objeto de decisão, a apelante limitou o âmbito recursal às quatro situações atrás enunciadas, todas já por mim enfrentadas em meu parecer e até este ponto desta complementação.

15. Acrescente-se, entretanto, em análise desses quatro pontos, o seguinte: a) no tocante à juntada do parecer, mesmo que ele fosse (por absurdo) um documento, admitiu-se sua permanência nos autos, tendo sido aberta vista do mesmo à ré apelante, pela determinação judicial de fls., bem como indeferido, pela r. decisão de fls., o desentranhamento desse parecer, sem que tivesse havido qualquer recurso da mesma (v. fls.), restando, portanto, preclusa a matéria; b) relativamente à infração da cláusula 4.^a no que se liga à cessão e locação do prédio doado, a apelante termina por confessar que “emprestou” esse imóvel para “patrícios”, admitindo, em contrapartida, recebimento de “taxa” (v. fls., *verbis*: “... não se pode conceber que se possa atribuir a essa taxa...”; “...atendimento — se é que houve — da donatária ao emprestar seu

salão de festas para seus patrícios”); c) no que atina à mora da apelante, limita-se a citar ilustres Civilistas pátrios que se referem a essa providência por via judicial (*interpelação judicial*), admitindo, portanto, que não atendeu aos reclamos dos apelados autores, o que leva à admissão da mora, que, mais modernamente, se configura também quando oficializada pelo Cartório de Títulos e Documentos; e d) referindo-se, ainda, indiretamente, ao fechamento do salão de festas, alude a apelante a que não estava obrigada a fornecer chaves do mesmo, “após 22 anos”, às entidades filantrópicas, culturais e religiosas dos gregos, o que implica verdadeira confissão dessa troca de fechaduras, na alteração de costume que vinha sendo observado, em estrita obediência à referida cláusula 4.^a (a confissão do impedimento de utilização desse recinto por referidas entidades e pelos membros da Igreja, inclusive os apelados autores, é patente).

Esses os nossos esclarecimentos complementares, em resposta aos novos quesitos formulados, s. m. j.

São Paulo, 17 de março de 1983.

PROCESSO DE DÚVIDA NA JUSTIÇA FEDERAL

VLADIMIR PASSOS DE FREITAS

Juiz Federal no Paraná

SUMÁRIO: 1. *Introdução* — 2. *Competência da Justiça Federal* — 3. *Rito processual* — 4. *Recursos* — 5. *Conclusões*.

1. INTRODUÇÃO

O processo de dúvida é previsto nos arts. 198 e ss. da Lei 6.015, de 31.12.73, também conhecida como “Lei de Registros Públicos”. Ensina Walmir Pontes¹ que “o procedimento judicial de dúvida, no qual são originariamente partes o apresentante, o oficial e o Ministério Público, é o regulado neste e nos artigos que se seguem. Trata-se de procedimento especial, a que o interessado pode recorrer para a solução do impasse que a recusa do registro pelo oficial vier a ocasionar”.

Portanto, cuida-se de forma instituída pelo legislador para que seja decidida, pelo juiz, a recusa, pelo oficial do Registro de Imóveis, de título que lhe for apresentado para registro. Não tem caráter contencioso. O art. 204 do referido diploma legal faculta o uso de vias ordinárias, ainda que haja decisão no processo de dúvida.

Tal aspecto é muito bem definido pelo Des. Mário Boa Nova Rosa, do TJRS, em estudo sobre a matéria,² ao dizer que: “i) *Natureza processual*. O procedimento de dúvida é de jurisdição admi-

nistrativa, em tudo análogo à jurisdição voluntária, onde inexistem os rígidos princípios do processo contencioso, no qual o juiz não pode pronunciar-se sobre o que não constitua objeto do pedido, em decorrência da máxima “ne eat iudex ultra petita partium”. Há quem entenda que o fato de o Ministério Público funcionar nos processos de dúvida tira a estes o caráter administrativo. Outro engano. O representante do Ministério Público nada mais é do que o oficial da regularidade do processo, de estrita observância da lei, não tendo a sua intervenção o condão de dar a esse processo o caráter contencioso ordinário, mesmo porque não é ele parte litigante”.

2. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL

O art. 125, I, da CF determina que compete aos juizes federais processar e julgar, em primeira instância, as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, exceto as de falência e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Militar.

Fácil é imaginar a enorme quantidade de bens imóveis pertencentes a tais

1. *Registro de Imóveis*, Saraiva, 1982, p. 101.

2. *Digesto do Processo*, vol. 2/397, Forense, 1982.

peças jurídicas. Ainda mais quando, sabidamente, é grande o número de autarquias e, principalmente, de empresas públicas federais. Normal é que surjam dúvidas quanto à possibilidade de registro de seus títulos no Registro de Imóveis. E, então, qual o juízo competente para julgá-las?

O processo de dúvida, como já visto, é administrativo. Nele figuram como partes o apresentante e o oficial. Este chamado "suscitante". Aquele, "suscitado". O Ministério Público atua como fiscal da lei. Ora, em tais condições, não há que se falar em autor, réu, assistente ou oponente. Logo, inaplicável, na espécie, o comando constitucional.

Além de tal fator, sem dúvida o principal, outro há a ser lembrado. É que a sentença prolatada não produz coisa julgada material. Nos termos do art. 204 da Lei de Registros Públicos, o interessado poderá valer-se de processo contencioso.

Moacyr Amaral Santos³ leciona que "não produzem coisa julgada as sentenças proferidas em processos de jurisdição voluntária ou graciosa. Nesses processos não há lide a ser decidida e a autoridade da coisa julgada é característica das decisões que resolvem a lide. Diga-se, pois, que têm autoridade de coisa julgada as sentenças definitivas proferidas nos processos de jurisdição contenciosa, não as decisões finais nos processos de jurisdição voluntária".

Assim, quaisquer das mencionadas pessoas jurídicas, se tiverem repelida sua pretensão deduzida no processo de dúvida, poderão, aí, então, no juízo federal, propor, como autoras, ação contenciosa objetivando ver atendido seu desiderato. Aplicável será, então, a regra do art. 125, I, da Carta Magna.

3. *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. IV/474, Forense, 1976.

Portanto, após o exame da legislação pertinente, concluo que é da Justiça estadual, de regra, a competência para julgar o processo administrativo de dúvida em que figurem como interessadas a União Federal, suas autarquias ou empresas públicas, salvo a hipótese especial que adiante se verá.

Há, efetivamente, situação em que a competência, mesmo em se tratando de dúvida, será da Justiça Federal. Isto por força de legislação específica sobre o assunto. Vejamos.

O art. 1.º, I e II, da Lei 5.972, de 11.12.73, disciplina o registro da propriedade de bens imóveis da União discriminados administrativamente ou possuídos ou ocupados por órgãos da Administração Federal ou unidades militares, durante 20 anos, sem interrupção ou oposição. E o art. 3.º do referido diploma legal, cuja vigência está prevista até 31.12.88, *ex vi* da Lei 6.584, de 24.10.78, atribui ao juiz federal a competência para julgar dúvida que, eventualmente, venha a ser suscitada pelo oficial do Cartório de Registro de Imóveis. Oportuno é lembrar, aqui, que a discriminação administrativa dos imóveis da União é prevista na Lei 6.383, de 7.12.76.

Em face do exposto, apenas nas hipóteses acima citadas será competente o juízo federal. Saliente-se que só se aplica a imóveis da União, e não aos de suas autarquias ou empresas públicas. Note-se, também, que não impõe regra absoluta para todos os imóveis da União, mas sim para os que se encontrarem dentro das hipóteses dos dois incisos do art. 1.º da Lei 5.972/73. Assim, exemplificando, se a União expropria um bem de particular e no momento do registro surge controvérsia, competente para dirimir a dúvida será o juiz de direito da situação do bem,

e não o juiz federal. Isto porque tal hipótese extrapola as hipóteses dos incisos da lei especial.

3. RITO PROCESSUAL

O processo de dúvida é regulado pelos arts. 198 e ss. da Lei de Registros Públicos. Normalmente é suscitada pelo oficial do Cartório de Registro de Imóveis. Caso ele se omita, nada impede que o interessado a postule em juízo. Aí teremos a chamada “dúvida inversa”, criada pela jurisprudência. Levantada pelo oficial, será o interessado notificado para impugná-la, em 15 dias, no juízo competente. A impugnação, em realidade, equivale a uma real contestação. Os autos, após, irão ao representante do Ministério Público para manifestação em 10 dias. Em seguida, não havendo diligências, o juiz decidirá, no prazo de 15 dias.

O processo que tramitar na Justiça Federal, conforme dispositivos da Lei 5.972, de 11.12.73, terá o mesmo andamento dos demais, exceto algumas particularidades. O registro será solicitado pelo Procurador da Fazenda Nacional e o oficial, se o imóvel estiver lançado em nome de outrem, suscitará dúvida e remeterá os autos ao juiz federal. O art. 4.º permite ao juiz federal notificar ou intimar terceiros para impugnar o registro, em 10 dias, e o art. 5.º insinua o registro de plano, independentemente, assim, do trânsito em julgado da sentença. Este aspecto merecerá, adiante, menção explícita.

De resto, cumpre observar, apenas, que o Ministério Público a oficiar, em tal caso, será o Federal. E, também, por importante, que o juiz não está limitado às alegações do suscitante e do suscitado, podendo decidir *ultra petita*. O CSMSP, conforme citação feita pelo Juiz Narciso Orlandi Neto, organizador

da obra *Registro de Imóveis*,⁴ decidiu que “no procedimento de dúvida o juiz não está adstrito, ao decidir, aos fundamentos deduzidos pelo oficial na suscitação. Tratando-se de procedimento administrativo, não está submisso ao princípio da adstrição judicial à causa de pedir. Despontando outras causas impeditivas do ato pretendido, pode (o juiz) reconhecê-las por acolher a dúvida, sem que haja de excogitar de decisão *extra* ou *ultra petita*”.

Finalizando, cumpre lembrar que, transitada a decisão em julgado, se procedente, o oficial terá ciência para anotações e o interessado receberá de volta os documentos, e, se improcedente a dúvida, o interessado apresentará de novo seus documentos, com mandado ou certidão da sentença, para que se faça o registro (art. 203 da Lei de Registros Públicos). Custas só serão pagas pelo interessado se vencido (art. 207).

4. RECURSO

O único recurso cabível no processo de dúvida é o de apelação contra a sentença. É a regra do art. 202 da Lei de Registros Públicos. Incabíveis, assim, recursos outros, como, p. ex., o agravo de instrumento. Assim vem decidindo o CSMSP.⁵ O motivo é que não ocorre preclusão contra qualquer decisão que decida incidente processual. Assim, em apelação, o fato poderá ser alegado e reapreciado pela instância superior.

Mas, muito embora no âmbito da Justiça estadual o fato não suscite maiores indagações, o mesmo não se pode dizer na área de competência da Justiça Federal. A esta, como já se expôs, só caberá processar e julgar dúvida nas hipóteses da Lei 5.972, de 11.12.73.

4. Ed. Saraiva, p. 391.

5. RT 499/113.

Pois bem, referido diploma estabelece, no seu art. 5.º, o seguinte: "Decidindo o juiz que a dúvida improcede, o respectivo escrivão remeterá, incontinenti, certidão de despacho ao oficial, que procederá logo ao registro do imóvel, declarando, na coluna das anotações, que a dúvida se houve como improcedente, arquivando-se o respectivo processo".

A redação não é das mais felizes. Origina incerteza quanto à possibilidade de ser atacada a sentença por apelação. A entender-se que, julgada improcedente a dúvida, o processo será arquivado, estar-se-á suprimindo o duplo grau de jurisdição. Além disto, criado estará tratamento distinto aos interessados, pois eventual terceiro que tenha ingressado no feito e o Ministério Público não poderão recorrer se decidir-se pela improcedência. Mas a União, ao contrário, terá o direito de apelar se a decisão for procedente.

O fato não passou despercebido pelo Mestre cearense Valmir Pontes.⁶ Entendeu ele, ainda que de forma não incisiva, parecer não haver lugar para o recurso de apelação.

Assim, todavia, não penso. O duplo grau de jurisdição é adotado pelo nosso ordenamento jurídico. Como ensina José Carlos Barbosa Moreira,⁷ "tem-se considerado positivos os resultados de sua adoção, como revela a consagração geral do princípio nos ordenamentos dos povos cultos, principalmente depois que a Revolução Francesa, apesar de forte resistência, o encampou".

Ora, se desejasse o legislador impedir o recurso em tal hipótese, por certo seria explícito a respeito. Assim, penso que o art. 5.º, citado, deve ser interpretado como havendo a sentença transi-

tado em julgado. Para chegar a tal conclusão invoco a lição de Vico, reproduzida por Carlos Maximiliano na insuperável obra *Hermenêutica e Aplicação do Direito*,⁸ quando diz: "Quem só atende à letra da lei não merece o nome de juriconsulto; é simples pragmático".

Além disto, impossível é admitir que o legislador desejasse dar tratamento diverso às partes, permitindo a uma que executasse o julgado, de plano, e que, se derrotada, pudesse apelar. Estar-se-ia, sem dúvida, infringindo o contido no art. 153, § 4.º, da Lei Maior, quando proíbe que se exclua do Poder Judiciário a apreciação de qualquer lesão de direito individual. A proibição só pode ser entendida como ampla e facultando igualdade de direitos aos que litigam.

Por derradeiro, cumpre citar, na interpretação do referido artigo, a máxima "odiosa restringenda, favorabilia amplianda".

Bem, superada a análise do cabimento ou não de recurso, impõe-se ressaltar outro aspecto deveras importante. É que na Justiça Federal existe ordenamento jurídico determinando que as causas de valor inferior ao de 50 ORTN não merecerão recurso de apelação, mas sim o de embargos infringentes ao próprio juízo de primeiro grau. É o art. 4.º da Lei 6.825, de 22.9.80.

Tenho para mim que, nos processos de dúvida, nenhuma aplicação tem referida lei. É que inexiste processo contencioso e, assim, a inicial não terá os requisitos do art. 282 do CPC. Vale dizer, não há valor da causa. Além disto, o art. 4.º, mencionado, disciplina o recurso para os casos em que a União, suas autarquias ou empresas públicas atuem na qualidade de autora, ré, assistente ou oponente. Ora, como já visto, no processo de dúvida não existem tais figuras.

6. Ob. cit., p. 109.

7. *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. V/196, Forense.

8. Forense, 1981, p. 112.

Portanto, o recurso cabível é mesmo o de apelação, e, nos termos do art. 122, III, da CF, para o TFR. A este Tribunal Superior da República cabe reexaminar as sentenças prolatadas pelos juízes federais.

5. CONCLUSÕES

a) Compete à Justiça estadual conhecer e julgar, de regra, processo administrativo de dúvida, ainda que figurem como interessadas a União Federal ou

alguma de suas autarquias ou empresas públicas.

b) Compete à Justiça Federal conhecer e julgar, excepcionalmente, processo administrativo de dúvida quando ocorrerem algumas das hipóteses previstas na Lei 5.972, de 11.12.73.

c) O recurso cabível é, exclusivamente, o de apelação, sendo que, na hipótese de competência da Justiça Federal, ela será admitida e endereçada ao TFR.

MEMORIAL DE INCORPORAÇÃO *

Notas sobre a inexigibilidade de seu arquivamento nas hipóteses que não configurarem atividade empresarial

MELHIM NAMEM CHALHUB

Advogado no Rio de Janeiro — Consultor Jurídico
da Associação Brasileira das Empresas de Crédito
Imobiliário e Poupança-ABECIP

SUMÁRIO: 1. Condomínio — 2. Constituição de condomínio — 3. A atividade empresarial da incorporação imobiliária: O arquivamento do memorial de incorporação — 4. A construção sem finalidade empresarial — 5. Regime legal das situações consideradas — 6. Conclusão.

1. CONDOMÍNIO

Na concepção clássica, tem-se o condomínio quando duas ou mais pessoas exercem, simultaneamente, o domínio sobre certa coisa, incidindo seus direitos sobre um quinhão ideal da coisa, não sobre uma parte determinada. É, assim, a propriedade em comum exercida por cada um dos co-proprietários da coisa em estado de indivisão. Elemento característico do condomínio é o “exercício conjunto das faculdades inerentes ao domínio pela pluralidade de sujeitos, por tal arte que cada um deles tenha um poder jurídico sobre a coisa inteira, em projeção de sua cota ideal, sem excluir idêntico poder dos consócios ou co-proprietários”.¹

Traço marcante no condomínio *pro indiviso* é sua transitoriedade: qualquer condômino tem a faculdade de promo-

ver a extinção do estado de comunhão, seja pela divisão, seja pela venda da coisa.

A alienação de quinhão ideal somente é permitida se observada a preferência que a lei confere aos condôminos.

Diversa é a conceituação quando se trata do condomínio da propriedade horizontal, ou seja, dos planos horizontais que constituem edificações residenciais ou comerciais.

Nesse condomínio especial, entre nós regulado pela Lei 4.591/64, coexistem a propriedade exclusiva e a propriedade exercida em comum; sobre a mesma coisa são discriminadas certas partes que, por sua natureza, servirão a todos os proprietários, sobre as quais, portanto, se exercerá a comunhão, e partes que constituem unidades autônomas, sobre as quais cada um dos co-proprietários, com exclusão dos demais, exercerá todos os direitos inerentes ao domínio. A unidade autônoma de cada um poderá, por consequência, ser alienada

* As conclusões deste trabalho foram acolhidas em sentença publicada na RDI 10/139.

1. Caio Mário da Silva Pereira, *Condomínio e Incorporações*, 3.ª ed., 1976, p. 76.

independentemente da anuência dos demais condôminos.

Coexistem, enfim, sobre a mesma coisa o direito de propriedade individual e o direito de propriedade coletiva.

Essencial no regime da Lei 4.591/64 é a atribuição de fração ideal na comunhão sobre o terreno e demais partes comuns da edificação. A essa fração ou cota estará inevitavelmente atrelada a unidade autônoma (sala, apartamento, loja); a unidade construída vincular-se-á e corresponderá a uma parte ideal do terreno e coisas comuns; a fração equivale a uma cota percentual que representa o coeficiente do direito de cada co-proprietário.

Vale notar que este é o mais importante aspecto da propriedade em condomínio sob o regime da Lei 4.591/64: o nível de importância da definição da fração é idêntico ao da indicação das metragens de um lote de terreno da propriedade do condômino, tanto que, pela natureza especial desse condomínio por unidades autônomas, a lei considera obrigatória a divisão do terreno em cotas ideais, a ser expressa sob forma ordinária ou decimal, e sua vinculação às unidades componentes da edificação. Por isso mesmo, nenhuma unidade autônoma (em construção ou pronta) poderá ser negociada sem que se tenha, antes, lançado no Registro Imobiliário competente os índices de propriedade (frações ideais), a correspondente identificação das áreas de propriedade exclusiva e a discriminação daquelas outras cujo direito de propriedade é exercido em comunhão.

2. CONSTITUIÇÃO DE CONDOMÍNIO

Invariavelmente, o condomínio, na forma como é definido e regulado pela Lei 4.591/64, há de se constituir através de um ato ou de uma declaração de

vontade que tenha por fim individualizar as unidades, dando-lhes autonomia, e instituir a co-propriedade especial, diversa da comunhão na sua noção clássica, operando, assim, a conjugação da propriedade individual e da propriedade comum.

O ato constitutivo do condomínio especial, uma vez registrado no Registro de Imóveis, produz o efeito de especificar aquilo que será propriedade isolada dos comunheiros, discriminando-a, caracterizando-a; fixando a fração ideal e descrevendo a futura unidade individual que a ela se vinculará, o ato constitutivo registrado opera a identificação do imóvel e estabelece a autonomia das frações com suas correspondentes unidades.

Quanto aos efeitos relativamente ao imóvel e sua propriedade, nada importa que o ato constitutivo se revista da forma material de escritura de instituição (constituição) de condomínio ou de escritura de incorporação. Distintos, embora, em sua formação e em sua configuração, ambos esses atos jurídicos perseguem a mesma finalidade jurídica e prática e atingem-na com seu assentamento no Registro de Imóveis: a divisão da propriedade em partes sujeitas a direito exclusivo (unidades autônomas e suas frações) e partes sujeitas a utilização coletiva (partes comuns), e, por via de consequência, a identificação dos imóveis.

Observados os requisitos da lei especial, esse ato constitutivo conferirá aos co-proprietários todos os direitos inerentes à propriedade, com o contorno peculiar que caracteriza o condomínio especial; dentre essas peculiaridades ressalta a faculdade de cada condômino de, independentemente da anuência dos demais, dispor por qualquer forma da fração ideal que se lhe atribuiu no ato constitutivo e das acessões que àquela fração se vinculam — subordinado o

condomínio ao regime especial da Lei 4.591/64, uma vez registrado o ato constitutivo no Registro de Imóveis, pode o condômino alienar sua propriedade individualizada a estranhos sem necessidade de oferecê-la aos consortes.

O que lhe confere esse poder de disposição é o assentamento efetivado no Registro de Imóveis competente, que tem a atribuição legal de promover o registro das incorporações (contratos ou memoriais), instituições e convenções de condomínio (Lei 6.015/73, art. 167, I, n. 17). As incorporações e instituições são registradas no Livro 2 e as convenções no Livro 3 (Lei 6.015/73, art. 178, III).

A instituição de condomínio apresenta-se, assim, como o conjunto de regras que consubstanciam a identificação das unidades consideradas isoladamente e o ordenamento concernente às partes de propriedade coletiva no edifício, nascendo, por esse meio, a propriedade horizontal, que, segundo Caio Mário da Silva Pereira, "...haverá no momento em que, por destinação do proprietário ou por convenção entre co-proprietários, se institua, com subordinação às exigências da lei especial, mediante ato de vontade ou através de uma declaração de vontade, e cumpre se revista da necessária autenticidade e publicidade o ato institucional, uma vez que, se o novo regime dominial afeta fundamentalmente o interesse e as relações entre as partes, repercute com frequência na órbita patrimonial alheia e deve ser conhecido do público ou presumido tal".²

Necessária a publicidade, por força do assentamento no Registro Imobiliário, para produzir efeitos contra terceiros, em face da livre disponibilidade que a lei confere a cada condômino sobre sua parte (fração e acessões) já identificada.

2. Ob. cit., p. 118.

Nenhuma restrição se vislumbra na Lei 4.591/64 à livre disposição da propriedade individual de cada condômino após sua identificação por força do registro do ato constitutivo, exceto quanto às alienações inerentes ao exercício da atividade econômica do incorporador.

3. A ATIVIDADE EMPRESARIAL DA INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA

Na conceituação legal, incorporação imobiliária é "... a atividade exercida com o intuito *de promover* e realizar a *construção, para alienação* total ou parcial de edificações compostas de unidades autônomas" (Lei 4.591/64, art. 28, parágrafo único — grifo nosso).

Como se vê, a lei considera essencial para a configuração de uma incorporação o caráter empresarial da atividade, pouco importando seja o incorporador pessoa física ou jurídica.

Tanto é esse o propósito da lei que, no seu art. 29, considera incorporador aquele que, mesmo não construindo, comercialize frações ideais de terreno a que venham se vincular unidades autônomas ou, tão-somente, aceite propostas para negociação, "coordenando e levando a termo" a atividade empresarial da incorporação. Nota-se que está sempre presente a finalidade lucrativa, como contrapartida dos riscos do incorporador pela iniciativa, coordenação e consecução do negócio, sem a qual um determinado empreendimento imobiliário não poderá ser tomado como incorporação, cujo traço característico é a mercancia. Assim, um edifício cuja construção esteja sendo promovida para uso próprio do construtor não configura uma incorporação imobiliária.

Não se pode deixar de ter em mente que o incorporador é empresa ou empresário e que "... a incorporação de edifício é uma atividade mercantil por

natureza e o incorporador constitui uma empresa comercial imobiliária”.³

Ao exercer a atividade empresarial de incorporação, alguém (pessoa física ou jurídica) utiliza fatores de produção, assumindo riscos, com o objetivo de produzir um bem e comercializá-lo, obtendo o lucro almejado. Dessa atividade não se pode dissociar a figura do empresário (incorporador): aquele que, por si ou por terceiros, planeja o negócio, faz o estudo arquitetônico, tomando as providências para sua aprovação, elabora as minutas dos atos necessários à organização do empreendimento (recibos, escrituras para comercialização, convenção etc.) e, enfim, adota todas as medidas necessárias à organização, execução e controle de sua atividade empresarial.

Ao vincular-se a cada adquirente (que adere às condições previamente estabelecidas), o incorporador celebra um contrato nominado: o contrato de incorporação, que ganhou tipicidade por força da Lei 4.591/64, onde se encontra o delineamento da relação jurídica objetivada, com os direitos e deveres de cada uma das partes. Trata-se de um contrato bilateral; as prestações dos contraentes são correspectivas, pelo que a ele se aplica o princípio da “*exceptio non adimpleti contractus*”; pressupõe o contrato de incorporação vantagens para ambos os contraentes: o incorporador receberá o preço ajustado e o adquirente a unidade desejada; caracteriza-o, também, a sucessividade da execução, porque as prestações e contra-prestações não se executam num só momento, mas se atendem pelo gradual desenvolvimento da obra e correspectivos pagamentos dos adquirentes.

3. Caio Mário da Silva Pereira, ob. cit., p. 241.

O arquivamento do memorial de incorporação

Atribuindo toda a responsabilidade da atividade empresarial ao incorporador (“A iniciativa e a responsabilidade das incorporações imobiliárias caberão ao incorporador...” — art. 31), a lei lhe impõe graves sanções, cuja aplicação só se torna possível se o incorporador for conhecido e identificado; para tanto, a ele impõe o cumprimento de um requisito que, obrigatoriamente, precederá a celebração de qualquer contrato de incorporação ou, mesmo, o lançamento à venda: deverá ser arquivada no Registro Imobiliário documentação completa sobre o empreendimento. Aí reside o propósito basilar da Lei 4.591/64, no seu art. 32: a perfeita configuração do negócio a ser objeto de oferta pública e a identificação do responsável pelo empreendimento.

Duas finalidades ressaltam da exigência legal de arquivamento do memorial de incorporação, a que alude seu art. 32, quais sejam: a) a defesa do adquirente e b) a identificação dos elementos necessários à constituição do condomínio.

Exigindo que o incorporador dê à publicidade o mais pormenorizado detalhamento do negócio, seja quanto aos seus aspectos jurídicos, técnicos ou econômico-financeiros, a lei atua em defesa do adquirente, dado que franqueia ao público o conhecimento da realidade do empreendimento e do empresário que por ele é responsável.

O registro, e somente o registro, faz determinável a indicação numérica das futuras unidades e faz certa a proporcionalidade da propriedade dos futuros adquirentes sobre o terreno e demais coisas comuns; é através do exame das peças do “memorial” que os interessados poderão tomar conhecimento do custo da construção, da situação jurídica do ter-

reno e da situação jurídico-patrimonial do empresário-incorporador.

O arquivamento do memorial é *imperativo legal* para a hipótese de se configurar a atividade empresarial de *promoção de construção com vinculação das futuras unidades a frações de terreno*; e, neste caso, haverá sempre um incorporador (que será ostensivamente indicado no local da obra); o incorporador não se desvinculará da incorporação até que se extinga o contrato, mesmo que tenha comercializado todas as unidades antes do fim da obra, pois foi justamente a ação de aventureiros, a manipular desonestamente as economias populares, o elemento deflagrador da legislação de proteção aos adquirentes de unidades em construção.

Compõem o “memorial” alguns documentos que têm apenas a finalidade de permitir aos interessados examinar a capacidade e credibilidade do empresário-incorporador para mobilizar e manipular recursos de terceiros, como medida de proteção do adquirente (é o caso das certidões negativas de ações cíveis, criminais e de protestos de títulos).

Outros documentos há, no entanto, que cumprem dupla finalidade: protegendo, embora, o adquirente, servem essencialmente para a determinação do contexto do ato constitutivo do condomínio. São documentos que influirão no direito de propriedade de cada adquirente; embora de natureza técnica, tais documentos produzirão efeitos jurídicos, particularmente quanto à identificação de cada imóvel componente do complexo arquitetônico. Não produz esse efeito, p. ex., o orçamento: a proteção do adquirente é sua única finalidade.

No entanto, o cálculo das áreas exerce duplo papel — dele o interessado extrai elementos para avaliação do seu risco e sobre ele se assentarão a identificação do imóvel, sua caracterização,

sua delimitação: ali serão encontrados os indicadores daquilo que será propriedade coletiva e do que constituirá propriedade isolada, autônoma, privativa, objetivo igualmente perseguido pela lei ao tratar da constituição da propriedade horizontal não gerada por atividade empresarial (arts. 7.º e 9.º).

4. A CONSTRUÇÃO SEM FINALIDADE EMPRESARIAL

À luz do que dispõe a lei especial sobre o condomínio horizontal, não resta dúvida de que só será exigível o arquivamento do memorial se a atividade configurar uma incorporação. Promover, tão-somente, a construção de edifício em planos horizontais não é incorporar; *incorporação só haverá se os empreendedores visarem lucro com a manipulação de recursos do público para a produção do bem e sua entrega futura*; neste caso, e somente neste, haverá *necessidade de proteção do interesse público* pelo conhecimento: 1) da credibilidade dos empreendedores e 2) das especificações do produto, com definição das responsabilidades pela produção.

Fora dessa hipótese (atividade empresarial), o arquivamento do memorial não produzirá as conseqüências jurídicas ou práticas para as quais foi instituído por lei.

Fixada a noção legal de incorporação e das finalidades do seu memorial, fica de plano afastada a configuração do exercício de atividade empresarial na hipótese de uma construção de edifício de apartamentos desenvolvida por um grupo de pessoas, para uso próprio, em terreno adquirido para esse fim.

Faltam a essa situação os traços característicos de uma atividade empresarial imobiliária; não há, aqui, o “intuito de promover a construção... para alienação...”, que a lei (art. 28, parágrafo

único) impõe como pressuposto da incorporação imobiliária. No seu art. 68, a Lei 4.591/64 repete a imposição de observância dos requisitos do art. 32, mas apenas se verificado o pressuposto da atividade empresarial. Não está obrigado a observar esse requisito quem não tenha o intuito de, oferecendo ao público imóveis em construção, exercer atividade empresarial.

Nos casos de associação de pessoas para a formação do que hoje se convencionou denominar "condomínio fechado", não se pode cogitar de regulamentar uma oferta pública. Aos participantes desses grupos, evidentemente, não se escusa o atendimento de certos requisitos da lei; no entanto, esses condôminos são alcançados tão-somente pelas exigências inerentes à constituição do condomínio especial, no sentido de delimitar a propriedade de cada um (identificando-a para os fins a que se refere a lei civil e, em especial, a Lei de Registros Públicos) e de caracterizar a propriedade coletiva, com a normação do seu uso.

Não se lhes pode exigir aqueles documentos que tenham somente a finalidade de proteção do adquirente e a fixação das responsabilidades do incorporador. *Estão ausentes, nesta hipótese, os elementos de caracterização do contrato de incorporação para a atribuição das respectivas responsabilidades.* Não há, como na incorporação, um contrato bilateral, nem está presente a onerosidade, pela qual uma parte terá a vantagem de receber um preço e a outra a de ver concluído o empreendimento. Aqui os participantes do grupo estipularão obrigações e direitos recíprocos.

Para se alcançar a configuração do condomínio especial será necessário que os co-proprietários celebrem uma escritura de constituição do condomínio, com fundamento nos arts. 7.º e 9.º da lei especial, observando seus requisitos.

São inconfundíveis as relações de direito que se apresentam em cada uma das hipóteses aqui consideradas.

A distinção entre ambas é estabelecida essencialmente pelo caráter empresarial presente unicamente na incorporação, a qual pressupõe necessariamente a identificação de um incorporador, que Caio Mário da Silva Pereira⁴ compara ao fundador ou incorporador da sociedade anônima, ressaltando que, "tal qual no edifício de apartamento, é o pai da idéia de sua criação. Um paralelo entre ambos é ilustrativo: não existe edifício; alguém tem a idéia da constituição de uma ou da construção do outro; promove os contatos, aproxima os interessados; obtém capital; elabora planos; faz contratos; consegue a redação dos documentos, e tira de seus esforços, de suas boas relações, de sua imaginação, de sua experiência, a sociedade por ações ou o edifício em condomínio. Em um e outro caso, o incorporador... tem um fito de lucro..."

Ora, esse tipo de organização não tem qualquer semelhança com a associação de pessoas sob a forma de "condomínio fechado".

Do que precede resulta que as hipóteses aqui consideradas configuram duas situações jurídicas distintas, quais sejam: 1.ª) *atividade empresarial*, que compreende, cumulativamente, a promoção da construção e a alienação de frações ideais de terreno a que se vinculam unidades autônomas. É da sua essência o intuito de praticar ato de comércio; 2.ª) *atividade não empresarial*, exercida por grupos de pessoas que promovam a construção em caráter eventual.

São inconfundíveis as relações de direito que se apresentam em cada uma das situações aqui consideradas. Entre-

4. Ob. cit., p. 244.

tanto, verifica-se, vez por outra, uma imprópria interpretação da lei, pela qual se tem obstaculizado injustificadamente o pleno exercício dos direitos inerentes à propriedade em condomínio especial e, em particular, a execução prática do Programa Condomínio do BNH. Isto porque, a despeito de não se vislumbrar em nenhum preceito da Lei 4.591/64 o propósito de restringir o direito de propriedade, em alguns casos tem sido imposta a condôminos que se organizam não empresarialmente a exigência de arquivamento de memorial de incorporação como condição prévia para o registro das alienações de frações ideais de terreno e acessões, no curso da obra, sob o argumento de que o simples fato de alienar transforma o condômino em incorporador imobiliário, ao qual a lei impõe, por via de consequência, a assunção dos riscos inerentes ao exercício dessa atividade empresarial.

5. REGIME LEGAL DAS SITUAÇÕES CONSIDERADAS

Indiscutivelmente, embora uma eventual alienação no curso da obra deva se revestir de certas cautelas, nem por isso se pode concluir que esse ato de disposição, por si só, tenha o condão de converter essa situação jurídica em incorporação imobiliária. E isso porque, não sendo este o propósito da lei, os efeitos que viria a produzir estariam em dissonância com suas disposições, desfigurando a realidade, por absoluta impossibilidade de se ajustar o fato ao preceito legal.

Ademais, promover a transmutação dessa atividade não empresarial em incorporação, pela simples ocorrência de alguma alienação no curso da obra, implicaria desvirtuamento da noção legal da atividade empresarial de incorporar, estendendo seu conceito a uma situação que não lhe é sequer análoga,

resultando dessa esdrúxula identificação a atribuição das responsabilidades de incorporador a quem não preenche os pressupostos legais para assumir tal qualidade.

É fácil constatar que as disposições dos arts. 28 e 32 são normas aplicáveis exclusivamente à hipótese de atividade empresarial. Faltando à associação não empresarial os elementos que a façam assemelhar-se à incorporação imobiliária, nem analogicamente se adapta a regra do art. 32 àquela hipótese, que não se identifica com a incorporação imobiliária, por não preencher os pressupostos desta.

Não há como prevalecer uma interpretação pela qual se estendam o sentido e o alcance da norma do art. 32 a um dos participantes de uma associação não empresarial (o alienante de uma fração), ou a todos eles, inserindo-os no âmbito da disciplina reservada aos empresários imobiliários. No primeiro caso, porque é inadmissível que recaia sobre um único participante de um grupo de condôminos toda a responsabilidade por um conjunto de medidas não atribuíveis somente a ele e, em especial, pela consecução de um empreendimento cujo sucesso está assentado na adequada e regular contribuição da totalidade dos condôminos. No segundo caso, porque, inconciliável com a realidade, nem mesmo haveria meios legais para, em virtude de ato de alienação praticado por um único condômino, compelir todos os co-proprietários a assumir riscos e responsabilidades como se fossem incorporadores.

Mas, ainda que se pudesse admitir, por absurdo, a aplicação do referido dispositivo legal por semelhança, extensão ou analogia, nem mesmo assim seria lícito "deixar de atender à natureza das coisas, aos elementos objetivos, a todos os fatores que determinam a espécie

jurídica à qual pertence um caso concreto".⁵

Evidentemente que não se pode eximir os condôminos de atender a certos requisitos legais que os habilitarão a negociar seus direitos imobiliários. Nesse sentido, *para possibilitar a alienação quando não se tratar de incorporação, é imprescindível* que se organize o condomínio sob regime especial, o que se há de formalizar através da celebração de *escritura de instituição de condomínio*, com fundamento nos preceitos contidos nos arts. 7.º e 9.º da Lei 4.591/64, *com o que se logrará a regular divisão da propriedade, a identificação de cada uma das partes (comuns e privativas) e o estabelecimento do contorno peculiar que caracteriza o condomínio especial.*

Celebrada a instituição de condomínio com estrita observância dos dispositivos a que nos referimos e devidamente registrada no Registro de Imóveis, *não haverá qualquer impedimento legal a que algum condômino disponha de sua propriedade* (que já estará identificada) *sem a anuência dos demais.* O arquivamento prévio do memorial de incorporação somente seria necessário se o empreendimento configurasse uma incorporação imobiliária, que, no conceito da lei, se estrutura exclusivamente sob a forma de atividade empresarial.

Exigir o arquivamento prévio de memorial de incorporação, sob argumento de que se trata de conditio legis para o registro de ato de alienação de fração de terreno e acessões proporcionais, quando não se tratar de construção sob regime empresarial, é impor ao direito de propriedade uma limitação não prevista pela lei.

A restrição imposta pela lei (art. 32) *teve a exclusiva finalidade de regular*

uma atividade empresarial. Ampliar o sentido do seu texto para considerar inalienáveis todos os direitos sobre edifícios em construção implica grave distorção da norma.

Poder-se-ia objetar, por outro lado, que, não apresentando a lei solução expressa para a atividade não empresarial, haveria de ser regulada a propriedade sobre o terreno e acessões pelas disposições aplicáveis à comunhão *pro indiviso* por cotas ideais, passando a existir o condomínio especial somente após a conclusão do edifício. Esta interpretação não nos parece ser a mais adequada, mas, admitindo-se, *ad argumentandum*, que tal situação pudesse se subordinar às disposições do Direito comum, ainda assim não se poderia negar a qualquer comunheiro o direito de negociar sobre sua parte indivisa, já que o Código Civil não impõe essa limitação ao direito de propriedade; pelo contrário, no seu art. 623, III, permite expressamente a cada condômino, na propriedade comum, "alhear a respectiva parte indivisa, ou gravá-la", respeitada a preferência dos demais comunheiros, tanto por tanto (art. 1.139).

No entanto, não nos parece aplicável a legislação comum a essa espécie de condomínio, uma vez que, ao instituir o condomínio em edificações por planos horizontais, o legislador estabeleceu regras especiais para sua configuração, subordinando-a a uma disciplina específica, delineando novos conceitos e estruturando de maneira peculiar essa propriedade para atender a novas perspectivas da realidade econômica, ao mesmo passo em que veio conceituar e definir uma atividade empresarial (incorporação) que, à falta de sanções, vinha colocando em sério risco a economia popular.

E na essência desse novo regime jurídico da propriedade horizontal encon-

5. Carlos Maximiliano, *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, Rio, Forense, 1979, p. 269.

tram-se a individualização da fração ideal de terreno e das acessões correspondentes e, sobretudo, a exclusividade da propriedade sobre elas. A este propósito, lembra muito bem o Prof. Caio Mário da Silva Pereira que a unidade autônoma *se esvaziaria de conteúdo se perdesse as faculdades inerentes à propriedade*, pois foi para realizar a propriedade exclusiva que o jurista estruturou o atual sistema da propriedade horizontal,⁶ salientando o propósito da nova lei de consagrar a livre disponibilidade sobre a unidade autônoma, com prevalência desta sobre as partes comuns:

“No conjunto imobiliário a unidade é uma ilha de propriedade exclusiva dentro do condomínio que pode ser usada livremente sem a interferência dos comunheiros, arrendada sem ouvi-los. E, portanto, *há de poder o dono vendê-la sem escravizar-se a um direito de preferência que somente implica restrição à faculdade essencial da propriedade, que é o poder de disposição.*”

“Ponderando sobre o novo regime jurídico de condomínio em propriedade horizontal, o investigador encontra duas situações: a da propriedade exclusiva sobre a unidade, que é o escopo a que visa o sujeito, em franca atenção à procura de uma fórmula jurídica de aproveitamento da fração material da coisa, sem a participação de seus vizinhos ou dos co-titulares de direitos no todo. Ao mesmo passo, ressalta-lhe à observação a posição menos relevante do condomínio indivisível sobre o solo e as partes comuns, que somente existe em caráter finalístico para proporcionar a utilização da propriedade exclusiva. *Os proprietários de apartamentos são comproprietários daquelas partes, como meio de realização do seu direito individual. Este prepondera sobre a compropriedade.*”

6. Ob. cit., pp. 171 e 177.

6. CONCLUSÃO

Não há como estabelecer relação de interdependência das normas que dispõem sobre o direito de propriedade no condomínio horizontal com aquelas reguladoras da atividade empresarial conhecida como “incorporação imobiliária”. O exercício dessa atividade empresarial em nada se confunde com a hipótese de construção de edifício por um grupo de pessoas para uso próprio, como é preconizada pela Res. 132/82 do BNH. Neste último caso, *a livre disponibilidade sobre as frações ideais de terreno e acessões correspondentes resulta do registro do instrumento de constituição de condomínio*. É o que se depreende das disposições do art. 9.º, c/c as do art. 7.º, da Lei 4.591/64.

A imposição de exigências para a oferta pública de imóveis em construção, pelo caráter especial das normas respectivas, não permite uma interpretação analógica e extensiva que faça submeter os não empresários à observância dos citados requisitos, o que se deduz, até mesmo, pela impossibilidade jurídica de assunção, pelos participantes de um “condomínio fechado”, das responsabilidades atribuíveis a incorporador.

Não padece dúvidas de que, ao impor o dever de arquivar o memorial, a lei cogita exclusivamente da oferta pública de imóveis, definindo as responsabilidades que deve assumir o empresário.

Não nos parece lícito que, a pretexto de se exigir o cumprimento de requisitos que têm por fim definir responsabilidades exclusivamente empresariais, se imponha grave limitação ao direito de propriedade a quem não esteja exercendo a atividade empresarial definida e regulada pelo art. 32 da Lei de Incorporações e Condomínio.

Na hipótese de atividade não empresarial, em que não se configure oferta

pública de imóveis, a eficácia e validade do ato de alienação de fração de terreno e respectivas acessões dependem tão-somente do registro de instituição de condomínio (Lei 6.015/73, art. 167, I, n. 17), celebrada com observância dos requisitos enumerados pelos arts. 7.º e 9.º da Lei 4.591/64.

Daf se deduz que, uma vez registrado o ato constitutivo no Registro Imobiliário competente, estará identificada a propriedade de cada condômino, que poderá aliená-la desde então e sem necessidade de anuência dos demais coproprietários.

A questão desperta ainda maior interesse na área do Sistema Brasileiro de Poupança e Empréstimo na medida em

que as autoridades responsáveis pela formulação da política habitacional reconhecem que a construção de conjuntos habitacionais promovida diretamente por "condomínios fechados", sem a intermediação de empresários-incorporadores, é um dos processos mais ágeis e de mais baixo custo para a obtenção de casa própria. Não resta dúvida de que a interpretação pela qual se imponha aos participantes de uma organização não empresarial a obrigação de arquivamento de memorial de incorporação constitui sério obstáculo para a execução dessa política habitacional, que tem na simplificação dos processos e na redução de custos suas linhas mestras (Lei 4.380/64, art. 60).

O "LEASE BACK" NO REGISTRO IMOBILIÁRIO

BIASI RUGGIERO
JOSÉ REYNALDO PEIXOTO
DE SOUZA

Advogados em São Paulo

Em 24.11.83, o *DJE* publicou interessante acórdão, exarado pelo CSMSP, a respeito de contrato que ostentava o negócio que se vem denominando *lease back*. *

O ilustre Curador de Registros Públicos insurgiu-se contra o entendimento de que o *leasing* imobiliário, na verdade, se constitui numa cláusula inserta em contrato de compra e venda, e não em contrato típico.

O egrégio CSM, examinando a escritura que lhe foi submetida, encontrou, explicitados, todos os elementos essenciais da compra e venda: coisa, preço e consenso.

O acórdão considerou o contrato de *leasing* como um outro negócio jurídico formalizado no mesmo instrumento. Voltou o egrégio CSM a afirmar a inadmissibilidade, após a Lei 6.515/77, do princípio da incindibilidade do registro.

Em nosso desautorizado entendimento, ousamos aplaudir a posição perfilhada pelo egrégio CSMSP.

O contrato de *leasing*, no entanto, não se confunde com o contrato denominado *lease back*.

O *leasing*, como ensina o Prof. Fábio Konder Comparato,¹ não obstante a pluralidade de relações obrigacionais

típicas que o compõem, apresenta-se funcionalmente uno. Dentre as relações obrigacionais que compõem o *leasing*, prossegue o Mestre, predomina a figura da locação de coisa. Mas a existência de uma promessa unilateral de venda, por parte da instituição financeira, serve para estremá-lo não só da locação comum, como da venda a crédito.

Fran Martins, apreciando o *leasing*, expende este conceito: "contrato segundo o qual uma pessoa jurídica arrenda a outra, por tempo determinado, um bem comprado pela primeira de acordo com as indicações da segunda, cabendo ao arrendatário a opção de adquirir o bem arrendado findo o contrato, mediante um preço residual previamente fixado".²

Rodolfo de Camargo Mancuso³ refere-se à origem do *leasing*, que surgiu de método absolutamente simples (*renting*, *hire purchase*), através do qual o próprio fabricante do equipamento o locava ao usuário.

Entre nós, o *leasing* surgiu pela via tributária: a Lei 6.099, de 12.9.74, deu o conceito do contrato que denominou "arrendamento mercantil": "ope-

2. *Contratos e Obrigações Comerciais*, 6.ª ed., Forense, 1981, p. 545.

3. *Apontamentos sobre o Contrato de "Leasing"*, Ed. Revista dos Tribunais, 1978, p. 27.

* Publicado neste volume, p. 80.

1. Artigo in *RT* 389/714.

ração realizada entre pessoas jurídicas que tenha por objeto o arrendamento de bens adquiridos a terceiros pela arrendadora, para fins de uso próprio da arrendatária e que atendam às especificações desta”.

Em conferência proferida na AASP, sob o título “*Lease back*” — *Um Novo Negócio Imobiliário*, chamou-se a atenção para a Res. 351, de 17.11.75, que admitiu o arrendamento de bens imóveis, em seu art. 11: “Poderão ser objeto de arrendamento, exclusivamente, bens *imóveis* e bens *móveis* de produção nacional, classificáveis no ativo fixo, adquiridos pela arrendadora para uso próprio da arrendatária em sua atividade econômica e que atendam às especificações desta”.

Destacou-se, também, a circunstância de que o *leasing* comum pressupõe a participação de três pessoas: produtor-vendedor do bem; comprador-arrendador e o arrendatário, que será o usuário do bem.

No *sale and lease back*, ou *lease back*, há a intervenção de apenas dois participantes: vendedor e comprador. O vendedor aliena ao financiador, que, no mesmo ato, arrenda o imóvel ao vendedor, a quem se confere o direito de readquirir o imóvel objeto da negociação.

Dir-se-ia que se está diante — nada mais, nada menos — da compra e venda com cláusula adjeta de retrovenda, prevista no art. 1.140 do CC.

Entretanto, não atende esse dispositivo (art. 1.140 do CC) às exigências do novo negócio. Falta, na retrovenda, o arrendamento. Há, também, o prazo de três anos, objeto do parágrafo único do art. 1.141 do CC, a obstaculizar a adoção dessa fórmula.

Os financiamentos, via de regra, se estendem por prazo muito superior.

E no *leasing*, segundo o art. 9.º do Regulamento da Res. 351, o prazo *mínimo* é de três anos.

Impunha o art. 1.º, parágrafo único, da Lei 6.099 a restrição do *leasing* às pessoas jurídicas.

No entanto, o 2.º TACivSP, apreciando o *leasing* imobiliário contratado por pessoa física, assim colocou a questão:

“Todavia, se se chegasse à conclusão da impossibilidade de participação de pessoas físicas nesse tipo de avença, em nosso País, em razão do disposto na Lei 6.099/74, seria nulo o contrato de arrendamento mercantil inserto a fls.? Impõe-se a resposta negativa à indagação. Com efeito, o contrato de fls. foi firmado sob o princípio da autonomia da vontade, havendo as partes estipulado o que lhes convinha, com plena liberdade, “fazendo, assim, do contrato verdadeira norma jurídica, já que o mesmo faz lei entre as partes” (Washington de Barros Monteiro, *Direito das Obrigações* — 2.ª Parte, p. 9). Podiam, destarte, valer-se dos contratados nominados, referidos pelo Código Civil, como, também, misturar-lhes as disposições, dando origem a contrato inominado (ob. cit., p. 9).

“Destarte, ainda que não se queira ter como *leasing* o contrato firmado pelas partes, é forçoso reconhecer que estabeleceram avença em tudo análoga àquela modalidade convencional. Trata-se de contrato complexo, porque composto por uma pluralidade de relações obrigacionais típicas, dentre as quais sobrelevam uma locação e uma opção de compra (cláusulas 2.ª e 11.ª, II). Por outro lado, se não se subsume aos preceitos da Lei 6.099, de 12.9.74, constitui contrato atípico.

“Tal contrato, portanto, no mínimo por analogia, merece tratamento semelhante ao que for dispensado ao *leasing*.

“Por isso, muito embora possa a fiadora do arrendatário ter afirmado que

o contrato representou encargo demasiadamente alto para eles, a verdade é que a avença foi celebrada livremente pelos interessados e não importou violação a preceito legal, não se podendo, por isso mesmo, considerá-la nula.”

A ausência de uma segura definição no âmbito do Direito Privado e principalmente a controvérsia, em tema de registros públicos, de questão fundamental, qual seja, a taxatividade ou enunciatividade do elenco inserto no art. 167 da Lei 6.015/73, levam à adoção de posições do Judiciário, que, em última análise, configuram a plena aplicação do art. 5.º da Lei de Introdução ao CC.

Deste modo, para a estabilidade das relações das partes contratantes e para a própria segurança do comércio, é necessário que contratos como o de *lease back*, que não se encontram perfeitamente definidos na legislação que rege

o Direito Privado, obtenham o respaldo registrário.

Com efeito, e de acordo com a observação de Walter Ceneviva, em nosso sistema registrário predomina o da inscrição, que consiste em retirar para o registro, dos documentos apresentados, os elementos que a lei impõe.⁴

Isto permitiu, pelos fundamentos já apontados, que do corpo do contrato apresentado a registro fossem retirados os elementos relativos à compra e venda, e estes transpostos para o registro.

A solução pretoriana, sem dúvida, é, por todos os motivos, louvável, mas o ideal seria a alteração da legislação para que, de modo inequívoco, contratos complexos como o *lease back* se tornassem, de per si, registráveis, inclusive para a maior segurança dos que negociassem com as partes nesse contrato.

4. Cf. *Lei dos Registros Públicos Comentada*, 4.ª ed., Saraiva, 1983, p. 340.

JURISPRUDÊNCIA

CONDOMÍNIO

Garagem de prédio — Uso — Direito reservado para alguns condôminos — Deliberação de assembléia — Ilegalidade — Afronta à convenção.

Revela-se manifestamente ilegal a deliberação de assembléia de condomínio que venha a dispor sobre área de natureza exclusiva, qual seja, aquela destinada a garagem dos condôminos, principalmente quando modificativa de deliberação já inserida na respectiva convenção. É que, tratando-se de área exclusiva, e não comum, inadmissível tolher-se o direito de seu titular de usar e gozar da unidade autônoma que lhe pertence, sob pena de cercear-lhe o direito de propriedade, constitucionalmente assegurado.

Apelação cível 60.497 — Belo Horizonte — Apelantes: Antônio Nogueira Filho e sua mulher — Apelados: Condomínio do Edifício Gori e outros (TJMG).

ACÓRDÃO

Vistos etc.: Acorda, em Turma, a 1.ª 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 dar provimento ao recurso.

Belo Horizonte, 1 de março de 1983 — LINCOLN ROCHA, pres. — PAULO TINOCO, relator — VALLE DA FONSECA — OLIVEIRA LEITE.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Des. Paulo Tinoco: Conheço da apelação. Pela sentença de fls., houve por bem a MM. Juíza *a quo* rejeitar os pedidos dos autores, constantes da inicial, referentes à declaração do seu direito ao uso da garagem do prédio nela referido em igualdade de condições com os seus demais condôminos, da invalidade da deliberação da assembléia que reservou tal uso a apenas sete unidades do prédio, bem como da insubsistência da notificação feita ao cartório competente para que possa ser transcrita a escritura de compra e venda de apartamentos nele situados, outorgada aos mesmos.

Pleiteiam os apelantes a reforma de tal decisão. Após detido exame dos autos, a leitura das bem lançadas razões de fls. e o estudo da matéria em pauta à luz da legislação que lhe é aplicável e os excelentes comentários do Prof. Caio Mário da Silva Pereira a respeito do uso da garagem de um prédio de apartamentos, cheguei à conclusão de que eles têm razão.

Em primeiro lugar, penso ser necessário salientar que a convenção que institui o condomínio de que se trata faz referência aos seus nove apartamentos e prevê uma área para garagem com 300m², sendo que 40m² não são cobertos, e uma fração ideal correspondente a 33,30m² para cada apartamento, “que será determinada para cada 1/9 ou 0,9”.

Ora, em face de tal texto, que vinculou uma parte da garagem a cada um dos nove apartamentos existentes no prédio, é forçoso concluir que se criou um direito intimamente ligado a cada uma das unidades autônomas do edifício, não sendo admissível que apenas sete dos seus condôminos possam suprimir, mediante alteração do texto inicial da convenção, algo que integra o direito de propriedade deles e das duas unidades restantes.

Ainda se admita, o que me dispense de examinar aqui, por me parecer desnecessário, que, em assembléia geral, possam os condôminos de um edifício dispor a respeito das vagas de sua garagem, modificando a deliberação inserida em sua convenção, não há como negar que, pela natureza da decisão a ser tomada, deva a sua validade depender da aprovação unânime deles, o que não se provou ter ocorrido, *in casu*.

E, em abono da tese ora esposada, trago à colocação o acórdão do TJSP publicado na RF 264/196 e 197, e do seu texto, pela sua inteira aplicação à espécie dos autos, transcrevo o seguinte tópico:

“Mas a discussão versa sobre áreas exclusivas, constituindo-se em unidades autônomas e representadas pela garagem, correspondendo a uma fração ideal do terreno. Ora, se assim é, e não se tratando de *área comum*, não pode ser tolhido o direito do seu titular

de usar e gozar da unidade autônoma, que lhe pertence, sob pena de cercar-lhe o direito de propriedade, assegurado pela Constituição.

“Nesse passo, para alteração da convenção, nos termos como pretendida, somente poderia ocorrer à unanimidade dos votos, desde que envolva direito de propriedade exclusivo de cada condômino.”

Cumprido-me dizer, ainda, que, ao comparecer aos autos, como denunciado à lide, Célio Gori, ex-proprietário e vendedor do ap. 103 do edifício, censura o procedimento dos réus ora apelados, acusando-os de terem desrespeitado totalmente a convenção, “erroneamente entendendo que os 33,30m² devem ser dentro da parte coberta e isto é impossível jurídica e fisicamente. Com esta atitude tentaram criar direitos que não têm e prejudicam os outros condôminos, autores desta ação”.

Aliás, Célio Gori, conforme consta da escritura juntada aos autos a fls., vendeu para os autores, ora apelantes, o apartamento já citado com todas as suas benfeitorias, instalações e pertences e seu terreno, a fração ideal de 0,1 do lote nela referido e a área de 33,30m² que se destina a garagem.

Finalmente, cabe acentuar que não pode subsistir a notificação referida pelos apelantes na inicial, tendo em vista a impossibilidade jurídica de uma medida de tal natureza, destinada a impedir o registro de uma escritura de compra e venda.

Por tais fundamentos, dou provimento à apelação, invertendo os ônus da sucumbência.

O Des. Valle da Fonseca: Antônio Nogueira Filho e sua mulher adquiriram, de Célio Gori, o ap. 103 do Edifício Antônio Gori, situado na R. São Manoel 181, nesta Capital, com todas as suas instalações e pertences e seu terreno na fração ideal de 0,1 do lote 5-A da quadra 23 da ex-Colônia Américo Werneck, com área, limites e confrontações de acordo com a planta respectiva, e, bem assim, a área de 33,30m² que se destina a garagem.

O Edifício Antônio Gori, constituído de 10 apartamentos, foi construído pelos Srs. Francisco Gori Sobrinho, Antônio Gori Filho e Célio Gori, que, em escritura pública de convenção de fls., devidamente averbada no Registro Imobiliário, designaram, numericamente, os apartamentos de 1, 101, 102, 103, 201, 202, 203, 301, 302 e 303. Pela mesma convenção, ficaram destinados ao condômino Antônio Gori Filho os aps. 1, 303 e 302; ao condômino Francisco Gori Sobrinho, os aps. 201, 202 e 203, e ao condômino Célio Gori, os aps. 101, 102 e 103, ficando em comum o ap. 301. Ficou, ainda, convencionado que a

área sob os apartamentos seria destinada a garagem dos apartamentos, com exceção do ap. 1, que teria sua garagem em área privativa, sendo que os demais apartamentos teriam a fração ideal correspondente a 33,30m² para cada um da área reservada à garagem, que seria posteriormente demarcada.

Vendidos os apartamentos, à exceção dos de ns. 102 e 103, de propriedade do Sr. Célio Gori, os adquirentes reuniram-se em assembléia extraordinária a fim de deliberarem sobre a demarcação das vagas na garagem do edifício destinadas a cada apartamento e decidiram que caberia a cada proprietário delimitar as suas respectivas vagas (fls.).

Reunidos, novamente, os condôminos, em terceira assembléia geral extraordinária (fls.), para a “fixação física das vagas existentes na garagem do prédio”, embora constando da ata a presença do incorporador Francisco Gori Sobrinho, na qualidade de procurador do condômino Célio Gori, a ata não foi por ele assinada. Nessa convenção ficou demarcado o local das vagas destinadas aos aps. 101, 201, 202, 203, 301, 302 e 303, decidindo-se que, não sobrando mais vagas, ficariam sem garagem os aps. 102 e 103, de propriedade do Sr. Célio Gori, o que não impediria, entretanto, estudo de um possível acordo no tocante às vagas da garagem para os aps. 102 e 103.

Baseados nesta convenção, o síndico e os condôminos subscritores da terceira assembléia geral extraordinária impediram o registro da escritura de compra feita pelos autores Antônio Nogueira Filho e sua mulher a Célio Gori, assim como impedem que faça uso da garagem. Por estas razões, os autores pedem: a) declaração de direito de uso da garagem do Edifício Antônio Gori; b) invalidade da convenção que reservou o uso da área de garagem a apenas sete unidades do edifício, com a exclusão de duas unidades; c) insubsistência da notificação feita ao Cartório do 4.º Ofício do Registro de Imóveis impedindo a transcrição da escritura de compra e venda do ap. 103 do Edifício Antônio Gori.

Dou provimento ao apelo para julgar a ação procedente nos termos do pedido inicial.

A escritura de convenção do Condomínio do Edifício Antônio Gori, e que se encontra a fls., devidamente registrada (fls.), não é só de convenção de condomínio, mas, também, de instituição de condomínio, na qual ficaram delimitados os direitos e as propriedades de cada um dos três primitivos condôminos.

Não poderiam os condôminos, posteriormente, com um quórum de 2/3, modificar o direito de propriedade dos condôminos, suprimindo do condômino ausente, Sr. Célio Gori, o direito à propriedade de garagem do edifício.

J. Nascimento Franco e Niske Gondo, em *Condomínio em Edifícios*, 2.^a ed., p. 115, escrevem: "A Lei 4.591 não deixa margem a dúvidas: as partes e coisas de uso comum são insuscetíveis de utilização exclusiva por parte de qualquer condômino, de que resulta que a própria convenção, ainda que por unanimidade, não pode dispor em sentido contrário — tese que encontra o maior arrimo, segundo Waldemar Leandro, no próprio veto presidencial à expressão permissiva que o projeto consignava, ou seja, "salvo expressa disposição da convenção ou concordância unânime dos condôminos".

A garagem, segundo a convenção primitiva, é de uso comum dos aps. 101, 102, 103, 201, 202, 203, 301, 302 e 303. Segundo a lição acima transcrita, nem que tivesse havido acordo unânime dos condôminos poderia a convenção posterior dispor que a garagem seria de uso exclusivo dos condôminos titulares dos aps. 101, 201, 202, 203, 301, 302 e 303.

Entretanto, nem acordo unânime houve a convenção realizada em 6.6.77 e que fixou as vagas da garagem aos sete condôminos presentes, com exclusão do condômino Célio Gori, proprietário dos aps. 102 e 103.

Dando provimento ao apelo, inverto os ônus da sucumbência.

O *Des. Oliveira Leite*: Conheço da apelação interposta. O caso é de rara complexidade, dizendo respeito ao direito à utilização de vaga para guarda de veículo (garagem) em edifício sob condomínio horizontal. O apelante preferiu usar de uma ação declaratória, o que, de certa forma, não satisfaz de todo sua pretensão.

Antes do mais, parece-me que a notificação feita pelos apelados para impedir o registro imobiliário do apartamento dos autores é, sobretudo depois de deferida, excrecência intolerável. Já se tem decidido, por reiteradas vezes, que a notificação não tem efeitos cominatórios positivos ou negativos, nem poderia, via de uma simples postulação, paralisar um ofício público, para um ato que seja. Neste primeiro ponto, já dou provimento à apelação para ter por ineficaz a notificação feita pelos réus e referida na inicial, sem prejuízo — é certo — do direito que tem o oficial de, por via de dúvida que levantar, suscitar questão atinente à regularidade do registro.

Quanto às questões remanescentes, vê-se dos autos que, a princípio, a convenção de condomínio do Edifício Antônio Gori previa (cláusula 3.^a, fls.) que "a garagem tem 300m², sendo que 40m² não são cobertos e servem para circulação — sendo a fração ideal correspondente a 33,30m² para cada apartamento, que será posteriormente determinada para

cada 1/9 ou 0,9". Posteriormente, em assembléia geral (documento de fls.), esta área indivisa foi dividida e fixada a área física das vagas existentes, então com franco desatendimento da convenção inicial: as vagas minguardam de nove para sete, cabendo a cada um de sete apartamentos uma vaga para dois carros; por decorrência, dois apartamentos (um dos quais o dos autores) ficaram sem direito à vaga. Diz-se que Célio Gori, antecessor dos autores, se fez presente por procuração. Todavia, não veio aos autos o instrumento de mandato. Tanto era discutível a deliberação que os comparecentes deixaram claro que "a posição tomada não impedia o estudo de um possível acordo no tocante às vagas de garagem para os aps. 102 e 103, de propriedade deste último (sic), por inexistência de área física para as duas unidades, nos termos exatos da convenção de condomínio, a não ser com redução da área estabelecida ela mesma para cada condômino" (fls.).

O opinadíssimo Prof. Caio Mário da Silva Pereira, em obra justamente havida como lapidar sobre a matéria, deixa certo que, pelo sistema da Lei 4.864, de 29.11.65, alterando o sistema da Lei 4.591/64, mediante o acréscimo de três parágrafos ao art. 2.^o desta, "trata o que chama de "direito de guarda" dos veículos como objeto de *propriedade exclusiva*, embora sujeito às restrições que lhe sejam impostas por instrumentos contratuais adequados" (*Condomínio e Incorporações*, 3.^a ed., 2.^a tiragem, n. 31-A). E, interpretando a norma, acrescenta que a guarda, como direito acessório, "adere à unidade. Mas esta é destacável para efeito de sua cessão a outrem" (*ibidem*, p. 73).

O direito dos autores não está cifrado a uma dimensão meramente pessoal ou obrigatória. Registrado, como deveria ter sido — e pelo menos protocolizado deve ter sido — é direito real, cuja natureza é aderente ao direito real da propriedade do apartamento. Tenho por exato, *data venia*, que as assembléias gerais do condomínio não podem, senão à unanimidade, modificar o direito real ou substantivo do condômino. Salvo, é certo, se este subscreve a ata da assembléia geral. Uma coisa é prover sobre a utilização do condomínio. Outra é prover sobre a própria existência ou modificação do direito real.

A perícia mostra que a garagem está fisicamente em sete áreas correspondentes a duas vagas para automóveis. Só por aí será possível concluir pela assertiva perseguida pelos autores: a de que têm direito a uma vaga para garagem. A convenção não prevê vaga para dois carros relativa a um apartamento. Apenas fixa a área de 33,30m² para cada aparta-

mento, destinada — de forma indivisa — à guarda de veículo. E esclarece que a convenção determinaria, posteriormente, a determinação física da área da garagem (fls.). O que os réus fizeram não é civil. E o uso dos direitos em coisa comum deve ser realizado *civiliter*. De forma que se pode dizer unilateral (porque não há prova de que o condômino Célio Gori se representasse por procuração), os réus dividiram uma área indivisa, em desdouro dos direitos dos possíveis donos de dois apartamentos. Direitos claramente assegurados na convenção básica do condomínio.

Não me parece equânime a solução de frustrar aos autores o uso e gozo de um direito real, inseparável da propriedade do apartamento mesmo. Dir-se-á que não há modo de utilização da garagem para nove reservas. *Data venia*, há modos que a própria perícia indica em opções que chama de “guarda dependente”. Não cabe nas dimensões desta declaratória dizer como fazer a utilização, embora se possa lembrar que a utilização (se não decidida de acordo, entre os condôminos) pode ser objeto de prestação jurisdicional.

Entretanto, com a máxima vênia, não me convenceo do acerto da r. sentença.

Dou provimento à apelação e declaro ineficaz a deliberação da assembléia que reservou o uso da área de garagem para sete apartamentos, com exclusão do direito de dois apartamentos e, necessariamente, de dois condôminos. Provejo o recurso, também, e declaro insubistente e ineficaz a notificação que conseguiu inibir o registro imobiliário da compra feita pelos autores — tudo como pedido na inicial (fls.).

Paguem os réus as custas e honorários advocatícios que fixo em Cr\$ 10.000,00.

COMENTÁRIO

1. A hipótese decidida pelo acórdão exemplifica um dos inúmeros abusos praticados pela maioria quando delibera nas assembléias de condomínios, com o objetivo de atender a interesses pessoais, em detrimento dos direitos da minoria. Cegados pelo egoísmo, não percebem os condôminos majoritários que suas decisões só podem prevalecer quando compatíveis com a lei, a convenção e o instrumento de instituição do condomínio.

Infelizmente, alguns condôminos e síndicos acreditam que a maioria tem ilimitadas faculdades deliberativas. Daí a preocupação de ajustarem previamente as decisões que irão tomar na assembléia, sejam quais forem as objeções em sentido contrário. Costuma-se até

objetar que os problemas do condomínio são matéria *interna corporis* e, como tal, imunes à apreciação judicial...

A convenção é lei interna destinada a regular a utilização do edifício e de cada uma das unidades autônomas que o compõem. É a norma fundamental contra cujas disposições nada pode ser feito, salvo situações especiais. No caso decidido pelo acórdão, ao se instituir o condomínio ficou reservada a cada apartamento uma vaga na garagem. Apartamento e vaga constituíam, portanto, partes privativas do edifício, insuscetíveis de ser fracionadas ou reduzidas por deliberação da maioria, que não tem direito de violar direitos individuais dos titulares das unidades autônomas.

2. A questionada deliberação não poderia, conseqüentemente, resistir ao exame do Poder Judiciário, visto como violentou direitos individuais de dois condôminos. As vagas na garagem estavam indissoluvelmente vinculadas aos apartamentos respectivos, desde a instituição do condomínio, que, como se sabe, equivale a um pacto social da coletividade condominial. Conseqüentemente, não podiam ser canceladas ou desmembradas sem novo pacto ao qual aderisse seu titular.

3. Tem-se a impressão de que, no caso, a convenção do condomínio continha dispositivo permitindo sua alteração por deliberação de 2/3 da massa condominial, o que teria induzido a maioria a acreditar-se competente para reduzir de nove para sete as vagas para estacionamento de veículos, ampliando-as com o espaço de duas vagas extintas. Ocorre, porém, que a maioria pode reformar a convenção apenas nos pontos em que ela disciplina uso das coisas e áreas comuns e, mesmo assim, sem lhes alterar a natureza e a destinação originariamente previstas. A propriedade privativa dos apartamentos e seus acessórios, porém, representa direito derivado do ato constitutivo do condomínio, que só pode ser alterado ou suprimido por assembléia especialmente convocada e mediante deliberação unânime, não só dos presentes, senão da totalidade da massa condominial. Nesse terreno, observa Peretti Griva, citado por Mário Bendersky, a maioria nada tem que fazer... (cf. *Propiedad Horizontal*, Buenos Aires, 1967, p. 118). Em outra passagem, o condominialista argentino esclarece que as deliberações assembleares majoritárias destinam-se a resolver problemas de interesse comum da coletividade condominial, o qual, embora em diversos casos possa coincidir com os interesses individuais dos condôminos, deles se distin-

que substancialmente. Donde concluir que, para deliberar sobre interesses ou direitos individuais, exige-se unanimidade. As decisões majoritárias, por mais qualificadas que sejam, não vinculam nem obrigam a minoria ou qualquer condômino, notadamente quando investem contra direito subjetivo e autônomo sobre sua unidade privativa.

Por todos esses motivos, o acórdão comentado merece aplausos, visto que representa um alerta às maiorias arbitrárias, que, a pretexto de defender os interesses do condomínio, desprezam ou lesam direitos individuais dos condôminos.

J. NASCIMENTO FRANCO

PARCELAMENTO DO SOLO

Área e testada de lotes inferiores ao mínimo previsto no art. 4.º, II, da Lei 6.766/79 — Desmembramento autorizado pela Prefeitura com base em lei municipal — Admissibilidade do registro — Voto vencido.

Existindo legislação municipal estabelecendo limite mínimo de testada ou área total diverso do constante da federal, deve ser observada a primeira, que se alicerça em competência legislativa estabelecida pela Constituição Federal.

Apelação cível 2.682-0 — Piracicaba — Apelantes: José Marques e outros — Apelado: Oficial do 1.º Cartório de Registro de Imóveis (CSMSP).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação cível 2.682-0, da comarca de Piracicaba, em que são apelantes José Marques, Maria Aparecida Silva Marques, Walter Marques e Aneder Florida Marques, sendo apelado o Oficial do 1.º Cartório Imobiliário local: Acordam os Desembargadores do Conselho Superior da Magistratura, adotado o relatório de fls., por maioria de votos, dar provimento ao recurso.

1. Em primeiro lugar deve ser salientado que o art. 195 da Lei 6.015/73 exige que a dúvida seja suscitada pelo oficial do cartório. O oficial maior só pode fazê-lo se na função de oficial substituto (Ap. cível 414-0, Itanhaém, 23.2.81, rel. Des. Adriano Marrey; no mesmo sentido: Ap. cíveis 127-0, 172-0 e 187-0, in *Registro de Imóveis*, Narciso Orlandi Neto, ed. Saraiva, 1982, ementa 4, p. 1).

Fica a advertência, portanto, ao Oficial Maior, que subscreveu a peça inicial.

2. A escritura pública de divisão acostada aos autos (fls.) atribui a cada casal condômino imóveis cujas áreas dos terrenos são inferiores ao mínimo estabelecido pelo art. 4.º, II, da Lei 6.766/79.

Complementando esse documento, os suscitados trouxeram aos autos certidão fornecida pela Municipalidade de Piracicaba, segundo a qual é expressamente autorizado esse desmembramento (fls.).

Diante desses elementos, o ponto nuclear desta dúvida é saber se prevalece o limite previsto na legislação sobre o parcelamento do solo urbano ou a autorização da Municí-

palidade, também presumivelmente calçada em lei.

A análise da atual lei que disciplina o parcelamento do solo urbano (n. 6.766/79), bem como das anteriores, demonstra que os processos de loteamento e desmembramento se sujeitam a dois tipos de normas jurídicas: as urbanísticas e civis.

As primeiras, segundo a lição de José Afonso da Silva, “são de competência municipal e visam a assegurar aos loteamentos os equipamentos e as condições mínimas de habitabilidade e conforto, bem como harmonizá-los com o Plano Diretor do Município, para o correto desenvolvimento urbano; as normas civis são de competência exclusiva da União (CF, art. 8.º, XVII, “b”)...” (*Direito Urbanístico Brasileiro*, Ed. Revista dos Tribunais, 1981, p. 382).

Idêntica é a opinião de Hely Lopes Meirelles (*Direito Municipal Brasileiro*, pp. 640 e 641, 3.ª ed. refundida).

Assentada essa premissa, conclui-se que ao Município, por intermédio de legislação adequada, é que compete disciplinar aspectos relativos à ocupação do solo urbano, que digam respeito ao seu peculiar interesse e influam, diretamente, com a ordenação de seu território.

Aliás, nesse sentido o magistério do mesmo Hely Lopes Meirelles, quando afirma: “A competência dos Municípios em assuntos de urbanismo é ampla e decorre do preceito constitucional que lhes assegura autonomia em tudo que concerne ao seu peculiar interesse e à organização dos serviços públicos locais (CF, art. 15). Visando o urbanismo, precipuamente, à ordenação especial e à regu-

lação das atividades humanas que entendem com as quatro funções sociais — habitação, trabalho, recreação, circulação — é óbvio que cabe ao Município editar normas, especialmente para a cidade, provendo concretamente todos os assuntos que se relacionem com o uso do solo urbano, as construções, os equipamentos e as atividades que nele se realizam e dos quais dependem a vida e o bem-estar da comunidade local” (*Direito Municipal Brasileiro*, p. 609, 3.ª ed.).

Ora, nada é tão estreitamente ligado ao peculiar interesse de um Município como a disciplina de seu solo urbano, notadamente quanto a questão atinente ao limite mínimo das áreas decorrentes de loteamentos e desmembramentos.

A Lei 6.766/79, em seu art. 4.º, II, estabeleceu ressalva alusiva a maiores exigências da legislação municipal.

O preceito constitucional, todavia, que confere competência ao Município para cuidar de assuntos de seu peculiar interesse autoriza a edição de legislação que permita o parcelamento de imóveis com área inferior ao mínimo fixado pela lei ora examinada.

Não se olvide, outrossim, que “quem vai definir o que seja o peculiar interesse do Município é o próprio Município. Na colidência de disposições normativas de outras entidades políticas deve prevalecer a norma municipal, de vez que é esta quem vai traçar seu âmbito de competência e fixar seus interesses. Não pode a norma federal ou estadual dizer quais são os interesses específicos do Município” (“A competência do Município na disciplina urbanística”, artigo de Régis Fernandes de Oliveira, José Horácio Cintra Gonçalves Pereira e Hélio Lobo Júnior in *RDI* 9/20).

Dentro dessa linha de raciocínio, perfeitamente plausível autorize um Município, com pequeno território e grande contingente populacional carente de renda, a instalação de núcleos habitacionais onde os lotes possuam área total inferior ao mínimo de 125m², previsto na Lei 6.766/79.

A norma municipal, nesse caso, estará conforme ao seu peculiar interesse.

É oportuno salientar, também, que “peculiar interesse não é interesse exclusivo do Município; não é interesse privativo da localidade, não é interesse único dos munícipes... Se se exigisse essa exclusividade, essa privatividade, essa unicidade, bem reduzido ficaria o âmbito da Administração local, aniquilando-se a autonomia de que faz praça a Constituição. Mesmo porque não há interesse municipal que não seja reflexamente da União e do Estado-

-membro, como também não há interesse regional ou nacional que não ressoe nos Municípios, como partes integrantes da Federação brasileira, através dos Estados a que pertencem. O que define e caracteriza o peculiar interesse inscrito como dogma constitucional é a predominância do interesse do Município sobre o do Estado ou da União. Tudo quanto repercutir direta ou indiretamente na vida municipal é de interesse peculiar do Município, embora possa interessar também, indireta e imediatamente, ao Estado-membro e à União. O provimento de tais negócios cabe inteiramente ao Município interessado, não sendo lícita a ingerência de Poderes estranhos, sem ofensa à autonomia local. Pode e deve o Município repelir tais interferências, partam elas de outro Município, do Estado-membro ou da União, através de qualquer de seus órgãos ou Poderes. E, não sendo possível ao Município ofendido em sua autonomia convencer administrativamente o Poder estranho a cessar sua intromissão, poderá recorrer ao Judiciário para anular o ato concreto de interferência inconstitucional” (Hely Lopes Meirelles, “O regime municipal brasileiro em confronto com o de outros países” (separata da *RT* 236/3-18, 1955).

Os problemas urbanísticos diferem de Município para Município. Cada um apresenta peculiaridades próprias e, como é lógico, somente uma legislação adequada pode resolver as questões.

A norma federal em exame, quando adentra assunto de competência exclusiva do Município, procura resolver, de modo uniforme, em todo o País, situações diversas, que carecem, a toda evidência, de disciplina específica, atendendo a peculiaridades regionais e locais.

Não se pode tratar igualmente um Município industrial, densamente povoado, em pequeno território, com problemas de baixa renda e carência habitacional, com outro essencialmente agrícola, ocupando vasta área e sem um volume populacional considerável.

No primeiro caso, o limite mínimo dos lotes, observada a legislação municipal, pode ser diminuído, sob pena de graves transtornos no setor, com o inevitável surgimento de favelas, ao passo que, no segundo, esse limite, mesmo se fixado acima dos 125m² preconizados pela legislação federal, em nada influirá nos problemas sociais.

Trata-se de uma atuação política do Legislativo municipal que acaba por resolver, com fulcro no peculiar interesse, o ordenamento urbanístico de sua base territorial.

Merece ser trazida à colação, nesta oportunidade, a lição de Ataliba Nogueira, publicada na *RDP* 6/15 e 16, em artigo intitulado “Teo-

ria do Município” e vazada nos seguintes termos: “Por isto, como consequência da autonomia, a regra há de ser a da variedade; terá cada Município a sua forma própria de organização. Nada de padronização, nem de feitiço estereotipado. A vida é a diversidade. Surge espontaneamente à dessemelhança: é violência impor a invariabilidade. Preconizamos a diferenciação entre Município e Município. Cada qual há de se organizar naturalmente, de acordo com as circunstâncias locais e de tempo, circunstâncias históricas e de espaço. É contrária à boa política e ao desenvolvimento e progresso do Estado a pretendida uniformidade administrativa”.

Convém lembrar, também, que:

“As limitações urbanísticas incidem sobre a utilização da propriedade enquanto que as imposições civis incidem sobre o direito de propriedade em si mesmo. Por isso, aquelas são da competência do Município, ao passo que estas são da competência privativa da União, por expressa reserva constitucional (CF, art. 8.º, XVII, “b”). Daí por que o Município só pode legislar sobre o uso da propriedade urbana ou urbanizável, ao passo que a União legisla sobre o direito de propriedade na sua substância e nas suas transformações dominiais, ou seja, no modo e forma de aquisição e de alienação da propriedade, principalmente da propriedade imóvel.

“Só a União pode dispor sobre o domínio e o condomínio, restando para o Município a ordenação dos usos dos espaços habitáveis, vale dizer, da área urbana, em que o homem exerce as quatro funções fundamentais de sua atividade comunitária: habitação, trabalho, circulação e recreação. Só a União pode dispor sobre a translação da propriedade de um titular para outro. Ao Município só compete estabelecer como a propriedade urbana será utilizada. Daí resultam as leis locais de zoneamento e de loteamento, só abrangendo os aspectos urbanísticos destinados à ordenação espacial da cidade, para sua maior funcionalidade e conforto de seus habitantes. A União diz como se adquire, se preserva e se transfere a propriedade; o Município diz como se utiliza a propriedade na área urbana. Assim sendo, as normas federais regem o domínio e o condomínio em geral; as normas locais regem a utilização desse domínio ou condomínio dentro da cidade ou nos núcleos de sua formação, ordenando o traçado urbano e suas construções, bem como as áreas livres que devem compor o agregado humano: a cidade no seu aspecto estrutural e social, que se inicia com os loteamentos, segundo as im-

posições e restrições do zoneamento urbano” (trabalho intitulado “Loteamento fechado”, de Hely Lopes Meirelles, in *RDI* 9/9).

Cumprido salientar, também, que as *Normas de Serviço da Corregedoria Geral da Justiça do Estado de São Paulo*, no item 151, em nota explicativa, estabelecem que “consideram-se limites mínimos de área e de testada para a via pública os previstos no art. 4.º, II, da Lei 6.766, de 19.12.79, salvo quando outros forem fixados pela legislação dos Municípios interessados, que, então, prevalecerão (parecer aprovado no proc. GC-39.612/81)”.

Esse parecer, publicado nas *Decisões Administrativas da Corregedoria Geral da Justiça do Estado de São Paulo — Biênio 1981/1982*, p. 92, tem a seguinte ementa: “Parcelamento do solo — Desmembramento — Área inferior a 125m² — Autorização da Municipalidade — Alegada infringência do art. 4.º, II, da Lei 6.766/79 — Inocorrência — Prevalência constitucional das posturas municipais — Registro possível”.

O seu principal fundamento é a prevalência do peculiar interesse do Município, ao disciplinar o limite mínimo de lote, em confronto com a norma federal.

Oportuno trazer à colação precedente deste Conselho, quando, por maioria de votos, ficou assentado que “ao Município compete fixar a fração mínima de parcelamento de imóveis urbanos” (Ap. cível 2.199-0, da comarca de Palestina, datada de 4.7.83, rel. Des. Afonso André).

Nesse mesmo acórdão foi dito que “o que releva observar é que o n. II do art. 4.º da Lei 6.766/79 contém norma que não pode submeter a seu comando os Municípios. Respeitando o peculiar interesse das comunas, que neste se inclui o dimensionamento das parcelas edificáveis, o legislador federal abriu exceção às hipóteses de exigências maiores, ou à destinação especial que se der ao parcelamento do solo (urbanização específica e conjuntos habitacionais)”.

No mesmo sentido a Ap. cível 2.641-0, da comarca de Diadema. *

Assim, em conclusão, existindo legislação municipal estabelecendo limite mínimo de testado ou área total diverso do constante da federal, deve ser observada a primeira, que se alicerça em competência legislativa estabelecida pela Constituição Federal.

Acordam, pois, por maioria de votos, em dar provimento ao recurso. Custas *ex lege*.

São Paulo, 17 de outubro de 1983 — CARVALHO FILHO, pres. — AFONSO ANDRÉ, corregedor geral e relator — ANDRADE JUNQUEIRA, vice-pres., vencido, com a seguinte

* Publicada neste volume, p. 118.

declaração de voto: A lei federal estabeleceu testada e área mínima para efeito de parcelamento do solo urbano.

Essa restrição está dentro da competência federal para legislar sobre o direito de propriedade e, conseqüentemente, sobre o parcelamento do solo.

E o motivo dessa restrição se prende a uma questão de preservação do meio ambiente e da higiene pública, assuntos também de competência do Poder Público Federal.

O dispositivo de lei federal tem por finalidade evitar o favelamento dos centros urbanos.

COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA

Contrato quitado antes da abertura de falência do vendedor — Eficácia — Ação revocatória improcedente.

A promessa de venda de imóvel, quitada antes da declaração da falência, não se resolve pela superveniência desta, seguindo eficaz desde que não constituída em fraude contra credores.

Apelação cível 1.705/82 — Curitiba — Apelantes: Massa Falida de Rodmann Empreendimentos Imobiliários Ltda. e outra — Apelados: Hamilton Rodrigues e sua mulher (TJPR).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação cível 1.705/82, de Curitiba, 3.ª Vara da Fazenda Pública, em que são apelantes Massas Falidas de Rodmann Empreendimentos Imobiliários e Rodmann Construções Cíveis Ltda. e como apelados e recorrentes adesivos Hamilton Rodrigues e sua mulher, Glauci Mari Guimarães Rodrigues: Acordam os Desembargadores da 1.ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, à unanimidade de votos, em negar provimento à apelação, não conhecer do recurso adesivo e julgar prejudicado o agravo retido.

Antônio Albino Ramos de Oliveira e Molotov Passos, síndicos das Massas Falidas de Rodmann Empreendimentos Imobiliários Ltda. e Rodmann Construções Cíveis Ltda., propuseram a presente ação revocatória contra Hamilton Rodrigues, cuja esposa Glauci Mari Guimarães Rodrigues foi citada posteriormente, e Longino Rodrigues & Cia. Ltda., visando a desconstituir o compromisso de compra e venda de um apartamento prometido à venda pela autora Rodmann Empreendimentos Imobiliários Ltda. ao réu Hamilton Rodrigues, sob o fundamento de que houve, em verdade, dação em pagamento à ré simulada em compromisso de venda ao réu, de que houve fraude, porque feita a operação por preço muito inferior ao do mercado, e de que todos os partícipes do negócio tiveram conhecimento da simulação e da fraude.

Hamilton Rodrigues contestou, arguindo, preliminarmente, falta de interesse e legitimidade das autoras para propor a ação, falta de pedido de citação da mulher do réu, impossibilidade jurídica da cumulação de dois processos falimentares, falta de causa de pedir,

ausência de pressupostos processuais e carência da ação. No mérito, que se trata de um pré-contrato bilateral não resolvível pela falência, cujo acordo de vontades foi cumprido integralmente antes da declaração da quebra, não tendo ocorrido nem *consilium fraudis*, nem *eventus damni*, nem, ademais, dação em pagamento, mas a observância de todos os elementos essenciais à validade do compromisso, como a *res* e o *pretium*, cuja promessa, ainda, o foi de boa-fé e lavrada por escritura pública.

Longino Rodrigues & Cia. Ltda. também contestou, levantando a preliminar de ilegitimidade passiva *ad causam*, por isso que o objeto da ação revocatória lhe é *res inter alios*. No mérito, pediu a improcedência da ação.

Do despacho do MM. Juiz que mandou citar a mulher do réu este agravou retidamente, querendo o não suprimento da falta, com a conseqüente extinção do processo. A citada, contudo, contestou a ação, repetindo os argumentos usados pelo marido.

O MM. Juiz julgou antecipadamente a lide, dando pela improcedência da ação, com a condenação das autoras nas custas do processo e honorários de advogado de 20% sobre o valor da ação, sob o entendimento de que, se houvesse dação em pagamento, que não houve, o fato não implicaria simulação.

As autoras apelaram, sustentado cerceamento de defesa em face do julgamento antecipado da lide, caracterização da fraude, preço inferior ao do mercado e excesso na fixação da verba advocatícia.

O réu e sua mulher recorreram adesivamente, reagüindo as preliminares da defesa, inclusive as do agravo retido.

Nas respostas a sustentação da sentença respeitante às partes que aproveitam aos respondentes.

A Curadoria opinou pelo provimento da apelação e improvimento do recurso adesivo.

A Procuradoria-Geral da Justiça exarou parecer pelo improvimento do apelo e do agravo retido, tendo por prejudicado o recurso adesivo.

Posto isto. Sem razão o apelante. Não houve dação em pagamento, mas, se houvesse, o fato, só por só, não implicaria simulação determinante da desconstituição do ato, pois se trata de forma idônea de transmissão de propriedade. Contudo, o que houve, efetivamente, foi a promessa de venda do apartamento de que se trata, mediante compromisso de compra e venda quitado. E como o pagamento integral do preço ocorreu antes da declaração da falência da promitente vendedora, o contrato não se resolveu pela superveniência da quebra, seguindo, portanto, eficaz, desde que não se constituiu em fraude contra credores.

Ainda que resultasse provado nos autos, como não resultou, ter sido o imóvel dado em pagamento de crédito da firma ré, que teria exigido a promessa em favor do réu, isto não caracterizaria nem fraude nem simulação, porquanto a devedora estaria apenas pagando o que devia a quem devia, e o credor transferindo a quem podia transferir.

Por todos os ângulos que se examine a transação, não se vislumbra qualquer dos vícios apontados para invalidá-la. Como compromisso de compra e venda é ato perfeito e acabado, de vez que não prescindiu da coisa, do preço e do consentimento. Nestas condições, com a quitação havida antes da declaração da falência, não há se falar em desconstituição, a teor do art. 43 do Dec.-lei 7.661, de 21.6.45 (Lei de Falências). Como dação em pagamento, por igual, não padeceria de vício a invalidá-la, porque, como foi dito, teria obedecido à mecânica normal dessa espécie de aquisição. Não há como nem por que dizer-se que em tais atos tenha havido conluio para prejudicar alguém. A fraude

contra credores, única figura que, na hipótese, poderia nulificar a promessa, não prescinde dos inocorrentes *consilium fraudis e eventus damni*.

Cerceamento de defesa não houve. A causa não havia mesmo que alcançar a audiência de instrução e julgamento, por isso que estava madura para ser julgada no estado em que se encontrava. Nenhuma prova oral poderia alterar o convencimento do Juiz quanto à higidez do ato, diante dos elementos inalteráveis constantes dos autos.

O preço, embora inferior ao corrente no mercado, não chegou a ser vil, caso em que só então acarretaria a nulidade do negócio.

Quanto aos efeitos do compromisso quitado, não ficam subordinados ao registro imobiliário, como quer a Curadoria, pela aplicação do art. 215 da Lei de Registros Públicos. É que, segundo o art. 43, VI, da Lei de Falências, na promessa de compra e venda de imóveis aplicar-se-á a legislação respectiva. Pela legislação respectiva, o Dec.-lei 58, de 10.12.37, art. 15, os compromissários se investem do *ius in re* com a só quitação, independentemente da inscrição no Registro Imobiliário.

Os honorários advocatícios devem permanecer no percentual máximo porque, não obstante o julgamento antecipado, foram bem exauridos todos os atos processuais próprios da ação proposta, em trabalho de fôlego dos eminentes Advogados.

Com a improcedência da ação, resolvido o mérito por meio de sentença definitiva, resta prejudicado o agravo retido, que perseguiu sentença apenas terminativa, pelas preliminares levantadas. O mais absorve o menos.

O recurso adesivo desmerece conhecido por falta do pressuposto dos pressupostos da admissibilidade: a sucumbência recíproca, que simplesmente inexistiu, já que a ação foi julgada por inteiro improcedente.

Estas as razões por que foi negado provimento à apelação, não conhecido o recurso adesivo e julgado prejudicado o agravo retido.

Curitiba, 14 de junho de 1983 — ALCESTE MACEDO, pres. — NUNES DO NASCIMENTO, relator — SÍLVIO ROMERO.

MULHER CASADA

Marido ausente — Alienação de imóvel comum autorizada judicialmente — Desnecessidade de declaração de ausência — Produto da venda de pequena expressão monetária — Depósito da meação do marido dispensado — Aplicação do art. 251, parágrafo único, IV, do CC.

Estando o marido ausente, permite o Código Civil, em seu art. 251, parágrafo único, IV, a alienação do imóvel comum mediante autorização especial do juiz, sem

necessidade da declaração de ausência, dispensando-se o depósito da meação do marido na hipótese de ter o produto da venda pequena expressão monetária.

Apelação cível 33.446-1 — São Paulo — Apelante: Curadora de Ausentes e Incapazes — Apelada: Maria Helena Nogueira (TJSP).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação cível 33.446-1, da comarca de São Paulo, em que é apelante a Dra. Curadora de Ausentes e Incapazes, por Ismael Nogueira, sendo apelada Maria Helena Nogueira: Acordam, em 4.ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, por votação unânime, adotado o relatório de fls. como parte integrante deste, negar provimento ao recurso.

A douta Procuradoria-Geral da Justiça colocou a questão em seus devidos termos.

Não seria necessária, à evidência, a declaração de ausência do marido para a concessão da outorga marital. O próprio Código Civil, em seu art. 251, parágrafo único, IV, possibilita a alienação "de imóveis comuns" e até "os do marido" mediante "autorização especial do juiz" quando a mulher, dada a ausência do marido ou quando este se encontre preso ou em local remoto, estiver na direção

e administração do casal (circunstância que não foi objeto de contestação).

Não havia que se produzir outras provas em face da revelia do requerido. E, embora a Dra. Curadora tenha por elas protestado, não as indicou de forma clara e precisa.

Relativamente ao depósito da meação do marido ausente e revel, as circunstâncias, no caso, dispensam tal providência. A requerente é titular dos direitos relativos à nona parte (1/9) de um terreno de apenas 435m², localizado numa vila na cidade de Londrina, no Paraná. O produto da venda, sem dúvida, terá pequena expressão monetária, não justificando a retenção do depósito. Por certo a requerente saberá bem aplicar o produto da venda.

Daí por que negam provimento ao recurso para manter a r. decisão de primeiro grau, por seus fundamentos.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Des. Alves Braga e Freitas Camargo. São Paulo, 23 de junho de 1983 — MORETZSOHN DE CASTRO, pres. e relator.

CONDOMÍNIO

Convenção — Disposição exigindo unanimidade para sua modificação — Inobservância — Recusa à averbação pretendida — Legitimidade, em face do disposto nos arts. 178, III, da Lei 6.015/73 e 9.º, § 3.º, da Lei 4.591/64 — Norma cuja desconstituição só pode ser obtida por via judicial.

O ato jurídico resultante de assembléia de condôminos reclama, para sua desconstituição, ação judicial adequada, não podendo ser invalidado em sede meramente administrativa, onde se examina apenas o aspecto formal da convenção, em consonância com o art. 9.º, § 3.º, da Lei 4.591/64.

Apelação cível 2.087-0 — Sorocaba — Apelante: Salomão Pavlovsky — Apelado: Oficial do 2.º Cartório de Registro de Imóveis (CSMSP).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação cível 2.087-0, da comarca de Sorocaba, em que é apelante Salomão Pavlovsky, sendo apelado o Oficial do 2.º Cartório Imobiliário: Acordam os Desembargadores do Conselho Superior da Magistratura, por votação unânime, adotado o relatório de fls., negar provimento ao recurso.

1. Conforme se infere dos autos, averbou-se, sob n. 1, à margem da inscrição 57, Livro 8-E — Registro Auxiliar, alteração havida no art. 12, § 3.º, da Convenção do Condomínio Pio XII, o qual passou a ter a seguinte reda-

ção: "Esse parágrafo poderá ser modificado somente por acordo unânime dos condôminos em assembléia, isto é, com a totalidade dos proprietários do edifício".

Posteriormente, foi apresentada ao Registro de Imóveis escritura pública (fls.), cujo conteúdo é uma ata de assembléia geral extraordinária, datada de 9.12.81, segundo a qual foi alterado o art. 12, § 3.º, da citada convenção.

Ressalte-se que essa modificação não contou com a unanimidade dos condôminos, o que motivou a recusa do Sr. Oficial Imobiliário em proceder à nova averbação, fundado no

descumprimento da disposição contida na convenção anterior.

Nas razões do apelo foi impugnada a averbação 1, à margem da inscrição 57, porque esta conteria defeitos formais.

Salienta o apelante, também, a ofensa de seu direito líquido e certo, pois a exigência de unanimidade dos condôminos impede, na prática, qualquer alteração da convenção, a qual fica subordinada à "vontade despótica de um condômino".

Argumenta com a infringência aos arts. 637, § 1.º, do CC e 9.º, § 2.º, da Lei 4.591/64.

Em primeiro lugar, cabe examinar as atribuições do oficial do cartório imobiliário no que concerne às alterações das convenções condominiais.

Por força do disposto no art. 178, III, da Lei 6.015/73, c/c o art. 9.º, § 3.º, "a" até "m", da Lei 4.591/64, sem adentrar o mérito do acordo de vontades, compete-lhe verificar, ao menos, se foram cumpridos os requisitos enumerados nesta última legislação (Lei 4.591/64). Esses aspectos são de grande importância, diante das consequências que podem acarretar aos condôminos.

Entre eles, destacam-se "a forma e o quórum para as alterações de convenção" (art. 9.º, § 3.º, "l").

A observância rigorosa do que estabelece a convenção a esse respeito é matéria de bastante relevância, principalmente porque terá de confrontar essa disposição com as futuras alterações, para aferir a possibilidade de efetivar ou não averbações.

Assim sendo, se o oficial do cartório imobiliário aceitar alteração de convenção contrariando o que estabelece o assentamento anterior, estará, por deliberação sua, anulando a vontade dos condôminos, o que consistiria irregular precedente e evidente extravasamento de atribuições.

O ato jurídico resultante da assembléia de condôminos reclama, para a sua desconstituição, ação judicial adequada, não podendo ser invocado em sede meramente administrativa, onde se examina, apenas, o aspecto formal da convenção, em consonância com o art. 9.º, § 3.º, da Lei 4.591/64.

Dessa forma, sem anulação, pelos meios jurisdicionais, da averbação 1, à margem da inscrição 57, não poderá ser averbada a nova alteração da convenção, como pretende o apelante.

Por todo o exposto, acordam em negar provimento ao recurso. Custas *ex lege*.

São Paulo, 13 de junho de 1983 — CARVALHO FILHO, pres. — AFONSO ANDRÉ, corregedor geral e relator — ANDRADE JUNQUEIRA, vice-pres.

COMENTÁRIO

A RDI 10/76 transcreve acórdão do TJRJ que julgou regular a alteração de dispositivo da convenção que exigia unanimidade para aprovação de benfeitorias nas partes comuns do edifício.

Para esse efeito o quórum foi alterado.

Diz o julgado: "Nada impedia que o fosse, pois, se a unanimidade era exigida para prover sobre as benfeitorias em partes comuns, bastava o quórum de 2/3 para toda e qualquer alteração da convenção, inclusive da redução da unanimidade".

Permitiu o acórdão que, por via oblíqua, se obtivesse o que não seria obtido por via direta.

O julgado, sem sombra de dúvida, se nos apresenta com visos de teratológico, pois inverteu o princípio de que quem pode o mais pode o menos. Permitiu que um artifício superasse o princípio da legalidade, que não está na letra do texto, mas no espírito que o norteou.

Não ficou só nisso a má sorte do acórdão fluminense. Foi mais longe ao não levar em conta as diferentes naturezas das estipulações convencionais.

A convenção alberga obrigações de matices diversos: umas de caráter exclusivamente administrativo, meramente regulamentárias, comportam, exatamente devido ao seu caráter, alteração pelo quórum determinado no próprio estatuto doméstico condominial; outras, contudo, por dizerem respeito ao direito de propriedade individual, assumem aspecto de estatutárias, são revestidas de aspecto *propter rem*, tal o colorido de direito real que as envolve.

O fato de a convenção considerar-se aprovada com o voto de 2/3 não significa que ela possa ser inteiramente alterada pelos mesmos 2/3.

A reforma é ato mais grave que o nascimento de uma convenção.

Ouçamos, neste passo, a autorizada lição de Hernán Racciatti, em sua obra *Propiedad por Pisos o por Departamentos*:

"Cabe advertir, sin embargo, que esta porción sólo puede ser admitida en cuanto el objeto de las reformas se refiera a la regulación de la administración del sistema o a modificaciones del régimen de las relaciones de los propietarios entre si y semejantes, pero no cuando tal reforma puede significar un acto de disposición de los derechos de propiedad reconocidos a los condóminos en el instrumento constitutivo, en cuyo caso la resolución sólo puede tomarse por unanimidad de votos.

"...

"Rigen, a este respecto, los mismos principios que hemos expuesto precedentemente para los supuestos de sanción del reglamento de copropiedad y administración con posterioridad al acto adquisitivo. De la misma manera que en tales situaciones el reglamento no puede desconocer los derechos de propiedad resultantes de éste, tampoco la reforma puede alterar los derechos subjetivos reconocidos a los propietarios en el acto constitutivo del sistema" (ob. cit., p. 157).

Com a profundidade de sempre, o CSMSP, no acórdão ora comentado, recomenda a observância, pelo Registro Imobiliário, da legalidade dos dispositivos convencionais que lhe são submetidos a registro, visando a evitar tais distorções:

"Em primeiro lugar cabe examinar as atribuições do oficial do cartório imobiliário no que concerne às alterações das convenções condominiais. Por força do disposto no art. 178, III, da Lei 6.015/73, c/c o art. 9.º, § 3.º, "a" até "m", da Lei 4.591/64, sem adentrar o mérito do acordo de vontades, compete-lhe verificar, ao menos, se foram cumpridos os requisitos enumerados nesta última legislação (Lei 4.591/64). Esses aspectos são de grande importância, diante das consequências que podem acarretar aos condôminos.

"Entre eles, destacam-se "a forma e o quórum para as alterações de convenção" (art. 9.º, § 3.º, "l").

"A observância rigorosa do que estabelece a convenção a respeito é matéria de bastante relevância, principalmente porque terá de confrontar essa disposição com as futuras alterações, para aferir a possibilidade de efetivar ou não averbações."

O quórum que exige unanimidade para certa deliberação só por unanimidade pode ser alterado.

Ao que parece, os julgadores cariocas, por sinestesia, penetraram, e nisso também não se houveram com o costumeiro brilho, no âmago, no mérito da matéria que clamava pela unanimidade e acharam que o tema não merecia tal rigor.

A amplitude de assuntos que a Lei 4.591 relega à convenção e o respeito que se lhe exige impõem ao Judiciário que prestigie a autonomia de vontade dos condôminos, eximindo-se de se tornar senhor do que é bom ou mau, desejável ou não, à intimidade de cada edifício. Se a razão desse acórdão estiver respaldada nessa intromissão, o erro foi maior do que já põe à calva.

Temos certeza de que esse infeliz momento do egrégio TJRJ não encontrará seguidores. O absurdo é tão flagrante que não se encontra, nem na doutrina, nem na jurisprudência, qualquer referência à hipótese, tal a sua simplicidade.

BIASI RUGGIERO

PENHORA

Compromisso de compra e venda posterior — Atos não registrados — Embargos de terceiro opostos pelo promissário comprador — Prevalência daquela, ainda que não registrada.

Promessa de venda de bem penhorado constitui, em princípio, fraude à execução, esteja ou não registrada a penhora.

Apelação cível 74.615 — Rio de Janeiro — Apelante: Renato Augusto Accioli Villaça — Apelado: Dionísio de Jesus Seixas Dias (I TARJ).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação cível 74.615, em que é apelante Renato Augusto Accioli Villaça e apelado Dionísio de Jesus Seixas Dias: Acordam os Juízes da 4.ª Câmara Cível do I Tribunal de Alçada do Estado do Rio de Janeiro, à unanimidade, dar provimento ao recurso para julgar improcedentes os embargos, condenado o embargante nas custas e honorários de advogado, que se fixam em 20% do valor dado à causa.

Trata-se de embargos de terceiro opostos por promitente comprador do imóvel sobre o qual incide a execução.

A promessa de venda com que se apresenta o embargante é de 20.10.77, tendo por objeto o imóvel que na execução movida pelo embargado contra Raimundo Hélcio de Souza Lima e sua mulher, promitentes vendedores, foi penhorado em maio de 1976.

Diz o embargante que, quando prometeu comprar o imóvel, a dívida já estava paga, como reconheceu o acórdão desta 4.ª Câmara no julgamento do AI 18.236, e, de consequência, extinta a execução.

Dá por que não mais se justificam atos ulteriores de execução, pois, feito o pagamento, não há mais penhora que se possa inscrever, e muito menos avaliação do bem penhorado.

Contestando os embargos, alega o embargado que não houve pagamento e que a execução ainda não está finda, e isto foi decidido também por esta Câmara no AI 20.905, onde se deixou expresso que o simples depósito, efetuado pelo devedor na execução, de quantias que considera devidas, com discussão sobre acréscimos contratualmente ajustados, não implica pagamento, com força de extinguir a dívida.

A sentença apelada, fundada no que decidiu esta Câmara no primeiro agravo citado, cuja ementa ela transcreve, julgou procedentes os embargos, entendendo que, em face de tal decisão, não há como prosseguir na execução.

ENFITEUSE

Caracterização e conceito — Constituição, por Municipalidade, em área que só passou a lhe pertencer posteriormente — Inadmissibilidade da cobrança de foro e laudêmio pela transmissão de imóvel situado naquela área.

Somente o proprietário titular do domínio pleno tem poderes para constituir enfiteuse, abdicando do domínio útil. Inexistindo domínio pleno não há que falar em enfiteuse.

Apelação cível 194/82 (reexame) — Campo Grande — Apelantes: Juízo de Direito e Prefeitura Municipal de Campo Grande — Apelado: Hectore Ocampo (TJMS).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos: Acordam os Juizes da Turma Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, negar provimento a ambos os recursos, unanimemente e de acordo com o parecer. Custas *ex vi legis*.

Campo Grande, 23 de maio de 1983 — LEÃO NETO DO CARMO, pres. — ATHAYDE NERY DE FREITAS, relator.

RELATÓRIO

O Des. Athayde Nery de Freitas: A Prefeitura Municipal de Campo Grande, inconformada com a sentença que julgou procedente o mandado de segurança que lhe impetrara Hectore Ocampo, qualificado na inicial, dela apelou para este Tribunal, alegando que:

A Câmara Municipal de Campo Grande, no ano de 1905, através de norma perfeitamente válida, instituiu a enfiteuse, que, desde então, passou a vigorar nesta cidade, reconhecida pela própria União, nunca antes contestada e somente agora questionada pela primeira vez. Antes da vigência do Código Civil não se falava na obrigatoriedade do registro, hoje

Daí a apelação do embargado, pleiteando a reforma do julgado.

O recurso merece integral provimento. O ilustre Dr. Juiz *a quo* se enganou ao invocar, aliás como único fundamento de sua sentença, o decidido no AI 18.236 (fls.), não atentando para o fato de que, em data posterior, esta Câmara, no AI 20.905, expressamente decidiu que a execução não estava finda em razão de depósito a que alude o embargante.

De qualquer sorte, os embargos de terceiro não podiam ser julgados procedentes, pendente a execução, que só se extingue, como expressamente dispõe o art. 795 do CPC, com a sentença que a declara.

Rio de Janeiro, 29 de junho de 1982 — RENATO MANESCHY, pres. e relator.

indispensável à validade do ato translativo de propriedade imóvel.

Ao longo dos anos, após a entrada em vigor do Código Civil, no ano de 1916, muitas e muitas vezes os tribunais tiveram que se defrontar com as demandas nas quais se discutia a existência de domínio de posse sem registro anterior, adquirida antes da vigência do Código Civil, tendo-se encaminhado a jurisprudência firmemente no sentido de assegurar o direito adquirido.

Não é verdade que tenha a apelante procurado admitir a existência da enfiteuse, admitindo a supremacia da lei estadual e resolução municipal sobre o Código Civil e a Lei de Registros Públicos.

Em verdade, a apelante afirmou, em primeiro lugar, a validade da constituição da enfiteuse, através de lei municipal editada antes da entrada em vigor do Código Civil, apoiada nas Constituições Federal e do Estado, da época; em segundo lugar, que a lei federal posterior não poderia retroagir para prejudicar a existência e validade de enfiteuse legalmente constituída, sob pena de violação do preceito constitucional que protege o direito adquirido.

Nenhum desses aspectos foi devidamente apreciado pela douta sentença apelada, razão

por que deve ser reformada, para o fim de ser considerada totalmente impropriedade a impropriedade.

No prazo manifestou-se o apelado, alegando que:

A resolução da Câmara Municipal de Campo Grande, em 1905, na qual se alicerça a apelante para justificar o ato violador do direito líquido e certo do apelado, em verdade, não tem o alcance que lhe foi dado, eis que tal resolução, quando muito, informa da existência de um direito subjetivo que, na realidade, não chegou a ser exercido pelo Executivo municipal, até porque tal resolução estabelece em seu contexto a exclusividade do Poder Legislativo para concessão de terreno por aforamento.

A apelante lança mão da figura jurídica do laudêmio para justificar uma abusiva e ilegal cobrança de tributos sobre transmissão de imóvel entre vivos, mesmo em se tratando, como se trata, de imóvel regularmente cadastrado no Registro Geral de Imóveis da 1.ª Circunscrição Imobiliária da Capital.

Assim sendo, não é lícito ao Erário Público beneficiar-se de uma cobrança indevida, sob a denominação de "laudêmio", em detrimento dos munícipes, num ato de verdadeiro abuso de poder, porquanto em momento algum demonstrou a apelante tenha observado as formalidades legais necessárias para a constituição da enfiteuse sobre o imóvel de propriedade do impetrante, quer perante a resolução da Câmara Municipal, quer perante o Código Civil ou o Direito Administrativo.

Da mesma sentença houve, por força de lei, recurso de ofício.

O representante do Ministério Público de primeiro grau, reafirmando entendimento anterior exposto, pugna pela reforma da sentença apelada.

A douta Procuradoria-Geral da Justiça, em parecer da lavra do Dr. David Rosa Barbosa, adota o entendimento de que o art. 21 da resolução da Câmara Municipal de 1905 confere apenas direito subjetivo que jamais foi exercido pelo Poder Executivo municipal, já que a exclusividade da concessão do aforamento era da competência do Poder Legislativo municipal da época.

Que a constituição da enfiteuse está subordinada à indispensabilidade, antes do Código Civil de 1916, do registro competente; depois, da transcrição no Registro Imobiliário.

Que, no caso dos autos, a certidão do Registro Imobiliário da 1.ª Circunscrição desta Capital é documento hábil para elidir a existência da enfiteuse, o que torna incabível a cobrança de laudêmio, que é um direito peculiar ao enfiteuta cedente ou alienante, exigível unicamente nas transferências que comportam

exercício do direito de opção do senhorio direto.

Que, assim sendo, a ilegalidade da cobrança do laudêmio, no caso dos autos, constitui violação de direito líquido e certo do apelado, razão por que pugna pelo improvidante do recurso obrigatório, bem como pelo recurso voluntário, para o fim de ser mantida, integralmente, a douta sentença apelada, pelos seus jurídicos fundamentos.

É o relatório. A douta Revisão.

VOTO

O Des. Athayde Nery de Freitas (relator): O cerne da questão, no mandado de segurança impetrado pelo apelado, está em saber se é legal ou não a cobrança do laudêmio pela Prefeitura Municipal de Campo Grande nas alienações dos imóveis situados dentro do rocío da cidade, em decorrência da existência ou não da enfiteuse.

Entende o apelante que a enfiteuse nesta cidade foi instituída anteriormente ao Código Civil de 1916, através de norma legal, jamais contestada, consubstanciada no art. 21 da resolução da Câmara Municipal de Campo Grande datada de 1905.

A douta sentença apelada entende que:

"A autoridade impetrada, em suas respeitadas e longas informações a respeito, procurou justificar o seu ato, com legislação estadual de 1902, e resolução municipal de 1905, dando valor legal a esses preceitos como hierarquicamente superiores ao Código Civil e Lei de Registros Públicos, como se possível fosse a supremacia da lei estadual e resolução municipal sobre o Código Civil e a Lei de Registros Públicos, que constituem, como legislação federal, força maior sobre a estadual e municipal.

"O preceito legal e a doutrina não ensejam dúvidas de que, para a cobrança de laudêmio, há necessidade de estar o imóvel constituído em enfiteuse.

"Os arts. 678 e ss. do CC assim determinam e os comentaristas não renunciam a esse preceito tradicional" (fls.).

É bem de ver que a Lei estadual 335, de 14.4.02, que "aprova o regulamento consolidando as leis sobre terras, minas e colonização organizado pela Presidência do Estado" (fls.), estabeleceu, em seus arts. 92 e 93, que:

"Art. 92. As terras reservadas para a fundação de colônias e povoações serão divididas, conforme o Governo julgar conveniente, em lotes urbanos e rurais ou somente nos primeiros. Depois de reservadas as áreas precisas para escolas, paços municipais, aquartelamento, cadeias, cemitérios, praças, ruas ou outras servidões públicas, será o restante dividido

em lotes regulares na forma do art. 78 desta Consolidação, fazendo frente para as ruas e praças, para serem vendidos quando o Governo determinar, ou distribuídos pelos povoadores, a título de aforamento, devendo o foro ser fixado por proposta do Diretor da Repartição de Terras, sendo sempre o laudêmio, em caso de venda, de 2 1/2%. Os lotes rurais serão medidos e divididos, de conformidade com as disposições desta Consolidação (art. 105 do citado Regulamento 38, de 1893).

“Art. 93. O foro que for estabelecido para os lotes urbanos e o laudêmio proveniente da alienação deles serão aplicados ao lançamento das ruas, seus aformoseamento e outras obras de utilidade das povoações, inclusive a abertura e conservação de estradas, dentro do distrito, que lhes for marcado. Serão cobrados, administrados e aplicados pela forma que prescrever o Governo, quando mandar fundar a povoação, enquanto não for elevada a vila. Nesse caso, a Municipalidade proverá sobre a cobrança e administração dos referidos lotes e laudêmio, em ordem a terem a devida aplicação (art. 106 do citado Regulamento 38, de 1893)” (sic).

Por sua vez, a Constituição do Estado de Mato Grosso, de 15.8.1891, no seu art. 52, § 1.º, ns. 9 a 17, diz:

“9. autorizar, por 2/3 de votos dos vereadores de que se compuser a Câmara, a alienação dos bens municipais;

“10. decretar as obras que julgar úteis;

“11. estabelecer, aumentar, suprimir ou diminuir os impostos municipais;

“12. dar posse de seus cargos ao Presidente e Vice-Presidentes do Estado;

“13. decretar posturas sobre a Polícia municipal, sobre higiene, sobre os objetos próprios de sua instituição e estabelecer penas contra os infratores;

“14. orçar anualmente a receita e fixar a despesa do Município;

“15. organizar a força de Polícia municipal como entender conveniente;

“16. criar, manter e subvencionar escolas de instrução primária;

“17. promover e zelar, como entender conveniente, tudo quanto se refere à vida econômica e administrativa do Município, uma vez que não infrinja as leis federais e do Estado, nem ofenda direitos de outros Municípios” (sic).

De outra parte, o Dec. estadual 21, de 29.1.1891, estabelecia e firmava a competência da Câmara Municipal, dispondo, no § 18 do art. 16: “Onerar, como for útil e proveitoso, os bens do Município, aforá-los e aliená-los; devendo, no caso de alienação, ser esta autorizada por 2/3 dos vereadores de que se compuser a Câmara”.

E esse mesmo decreto, que, no seu art. 19, conferia às Câmaras Municipais poderes para deliberarem por meio de resoluções e portarias, dispunha no seu art. 20:

“Art. 20. As resoluções e posturas das Câmaras Municipais serão exeqüíveis independentemente de confirmação de outro Poder, com as garantias e restrições seguintes:

“1. Só obrigarão 15 dias depois de publicadas na Capital e 30 nos outros Municípios, sendo a publicação feita por editais afixados nas sedes dos Municípios e distritos ou pela imprensa, onde a houver.

“2. Serão suspensas provisoriamente pelo Presidente do Estado e anuladas pela Assembléias Legislativa as que forem contrárias às leis federais e do Estado, ou que ofenderem direitos de outros Municípios” (sic).

Cumprido ressaltar, outrossim, que a arrecadação das verbas referentes aos aforamentos sempre foi recolhida pelo Poder Executivo, em função da própria lei orçamentária.

Foi com base nessa sistemática então vigente que a Câmara Municipal de Campo Grande decretou e promulgou, em 30.1.05, a Res. 3, que criou o Código de Posturas do Município e que dispunha:

“Art. 21. A Câmara Municipal desta Vila compete exclusivamente a concessão de terrenos para edificação de prédios urbanos e rústicos, dentro da zona de seu patrimônio, e só poderá ser concedido qualquer lote de terreno pedido observadas as disposições seguintes quanto a prédios urbanos”.

“Art. 25. Todos os terrenos concedidos até hoje e os que forem de ora em diante, quer sejam para edificação de prédios rústicos, quer urbanos, ficam sujeitos a pagar à Câmara os foros especificados nos parágrafos seguintes, e de 2% de laudêmio no caso de transmissão.”

Foi, portanto, com supedâneo em tal legislação, cuja existência é muito anterior ao Código Civil de 1916 e à anterior Lei de Registros Públicos, Dec. 4.857, de 9.11.39, que ficou instituído o sistema de aforamento da totalidade da área do rocio da Vila de Campo Grande, compreendendo os limites descritos na planta de fls., elaborada pelo Eng.º militar Themístocles Paes de Souza Brazil, aprovada pela Diretoria de Terras em julho de 1912.

Não se trata, como afirma a douta sentença apelada, de atribuir a essas legislações estadual e municipal citadas valor legal hierarquicamente superior ao Código Civil e Lei de Registros Públicos.

É que o respeito ao direito adquirido é princípio sempre consagrado em todas as nossas Constituições, a partir da Constituição de 1891.

Assim sendo, não há que se falar, no caso, em supremacia de leis estaduais e municipais sobre leis federais.

Sob esse aspecto, portanto, não procede a conclusão da douda sentença apelada.

Tenho que o problema há que ser examinado levando-se em conta os elementos componentes do instituto da enfiteuse, desde a sua origem.

A respeito, é incontroverso na doutrina e na jurisprudência que se trata de um instituto de direito real sobre coisa alheia.

Segundo lição de Sílvio Rodrigues (*Direito Civil — Direito das Coisas*, vol. 5/251 e 252, ed. Saraiva, 1981):

“A enfiteuse é o mais amplo dos direitos reais sobre coisas alheias. Nela, todas as prerrogativas que constituem o conteúdo do domínio são transferidas ao enfiteuta, que, desse modo, pode usar, gozar e reivindicar a coisa, bem como alienar seus direitos a outrem, independentemente da aquiescência do senhorio. O enfiteuta adquire efetivamente todos os direitos inerentes ao domínio, com exceção do próprio domínio, que remanesce, nominalmente, em mãos do senhorio.

“Com efeito, o senhorio conserva pouco mais do que o nome de dono. Pois, além disso, sobra-lhe, tão-só: a) a expectativa de readquirir a condição anterior, através do exercício da preferência, na hipótese de alienação, ou através do comisso, ou do falecimento do enfiteuta, sem herdeiros; b) o direito ao foro e ao laudêmio, que em breve estudaremos.

“Pode-se observar que os direitos que remanescem com o senhorio são em menor número do que as meras expectativas. O restante, isto é, o valor econômico da propriedade, se transfere ao enfiteuta. Daí se dizer que o foreiro tem o domínio útil, enquanto o senhorio conserva tão-só o domínio direto. Por isso afirmo acima, repetindo lição que se encontra em todos os escritores, que a enfiteuse é o mais amplo dos direitos reais sobre coisas alheias.”

No mesmo sentido: Lafayette (*Direito das Coisas*, ed. Rio, 1977, §§ 138 e 139, pp. 453-461); Orlando Gomes (*Direitos Reais*, Forense, 1976, p. 264, n. 189); Pinto Ferreira (*Enciclopédia Saraiva do Direito*, vol. 32/151-171); Clóvis Beviláqua (*Direito das Coisas*, ed. Rio, 1976, p. 321).

Para se falar em enfiteuse, portanto, há que existir, necessariamente, duas figuras que lhe são imanentes: o senhorio, titular do domínio direto ou pleno, e o foreiro ou enfiteuta, titular do domínio útil.

Somente o proprietário titular do domínio pleno tem poderes para constituir enfiteuse, abdicando-se do domínio útil.

Inexistindo, pois, domínio pleno, não há falar em enfiteuse.

No caso dos autos, a prova documental demonstra que a área destinada ao rocio da Vila de Campo Grande, de conformidade com o levantamento realizado em janeiro de 1910, constituía terras devolutas, portanto, de propriedade do Estado.

Somente em 5.12.61 é que foi expedido pela Delegacia Especial de Terras e Colonização, em Campo Grande-MT, o título definitivo correspondente à referida área, título, esse, que foi regularmente transcrito no Registro Geral de Imóveis da comarca de Campo Grande, sob o n. 55.499, Livro 3-AV, fls. 17, em 3.1.62.

Assim sendo, somente a partir desta data é que o Município de Campo Grande tornou-se titular do domínio pleno da citada área. Somente a partir de então, portanto, é que passou a ter legitimidade para alienar lotes dentro dessa área, inclusive constituir enfiteuse.

Todavia, para a constituição da enfiteuse, nesta altura dos acontecimentos, impunha-se atender aos requisitos exigidos pelo Código Civil e que, na lição de Orlando Gomes, só se perfaz por um destes modos: “a transcrição, o usucapião e a sucessão hereditária”.

E acrescenta: “Mas o título constitutivo pode ser: o contrato, o testamento, ou a sentença judicial. Daí dizer-se, por simplificação, que a enfiteuse se constitui em convenção, testamento e por usucapião” (ob. cit., p. 268).

No caso dos autos, a forma de constituição de enfiteuse só poderia ser através de contrato (convenção), que deverá ser obrigatoriamente transcrito no Registro de Imóveis. Isto porque, como observa o mesmo Orlando Gomes, “o contrato não origina, por si só, o direito real de enfiteuse. Para se constituir por ato entre vivos é indispensável, em nosso sistema jurídico, que esse título seja devidamente transcrito no Registro Imobiliário” (ob. cit., p. 268).

Pelo exposto e mais que dos autos consta, conheço de ambos os recursos mas nego-lhes provimento, mantendo integralmente a sentença apelada, acrescida dos argumentos ora expostos.

É como voto. Custas na forma da lei.

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: Negaram provimento a ambos os recursos, unanimemente e de acordo com o parecer. Custas *ex vi legis*.

Presidência do Des. Leão Neto do Carmo. Relator o Des. Athayde Nery de Freitas. Tomaram parte no julgamento os Des. Athayde Nery de Freitas, Leão Neto do Carmo e Rui Garcia Dias.

REGISTRO

Retificação — Pedido visando a possibilitar o registro de escritura que menciona a área do imóvel em metros quadrados — Registro anterior referindo-a em alqueires — Admissibilidade — Aplicação dos arts. 860 do CC e 213, § 2.º, da Lei 6.015/73.

É admissível o pedido de retificação do registro imobiliário para transformar a medição do imóvel por alqueires para o sistema métrico.

Apelação cível 1.378/82 — Curitiba — Apelantes: Paulino Freiburger e sua mulher — Apelados: Lucas Soppa e sua mulher (TJPR).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação cível 1.378/82, da comarca de Curitiba, em que são apelantes Paulino Freiburger e sua mulher e apelados Lucas Soppa e sua mulher.

1. Trata-se de pedido de retificação de área no Registro de Imóveis por inexatidão da metragem enunciada na escritura de compra e venda.

Os réus contestaram, arguindo prescrição do direito de ação e sustentando não assistir direito aos autores pelo fato de a venda ter sido *ad corpus*.

Dizem os requerentes que (ilegível) em juízo desde 1979 e, no mérito, alegam que pretendem a retificação da área no Registro de Imóveis, justamente porque a venda foi de corpo.

A matéria obteve parecer favorável do digno Representante do Ministério Público em primeiro grau, tendo o MM. Juiz, a fls., julgado os autores carecedores da ação, por impossibilidade jurídica do pedido, resguardando-lhes, todavia, o direito de promoverem ação adequada, na forma do art. 268 do CPC; condenou-os, ainda, nas custas e honorários advocatícios.

Daf a razão do apelo, entendendo os apelantes ter a sentença extrapolado os limites do pedido ao julgar matéria não suscitada pelos contestantes.

O douto Dr. Curador opinou pelo provimento do apelo, ao passo que a ilustrada Procuradoria-Geral da Justiça manifestou-se pelo seu improvimento.

2. *Data venia* do entendimento do eminente MM. Juiz, bem como do ilustre Procurador da Justiça, em segundo grau, merece acolhida o apelo.

Confrontando as duas escrituras constantes dos autos (fls.), constata-se que no compromisso de compra e venda existe a estimativa da área em alqueires, ao passo que na escritura de venda o "1/2 alqueire, mais ou menos", foi convertido em metros quadrados, donde ter, é evidente, resultado a definição da área em 6.050m², mais ou menos. Ora, a in-

tenção de transformar a medição em alqueires para o sistema métrico foi, sem dúvida, de bom e correto alvitre. Ocorre, entretanto, que, ao se precisar em metros quadrados a área, foi suscitado o inconformismo dos ora apelantes, pois, ao medirem a área, verificaram a diferença e, conseqüentemente, desejam a correção da metragem da área no Registro de Imóveis.

De outra parte, o único confrontante, Banco do Estado do Paraná, não apresentou qualquer oposição ao pedido do requerente.

Enfocando a legislação pertinente à espécie, parece-nos inaplicável o art. 1.136 do CC, porquanto não se cogita de complementação de área, nem de rescisão contratual, e muito menos de abatimento proporcional de preço. No caso, os conceitos traduzidos pelos arts. 860 do CC e 213, *caput* e § 2.º, da Lei de Registros Públicos se enquadram com perfeição, *verbis*:

Art. 860 do CC: "Se o teor do registro de imóveis não exprimir a verdade, poderá o prejudicado reclamar que se retifique".

Art. 213 e § 2.º da Lei 6.015/73:

"A requerimento do interessado, poderá ser retificado o erro constante do registro, desde que tal retificação não acarrete prejuízo a terceiro.

"...

"§ 2.º. Se da retificação resultar alteração da descrição das divisas ou da área de imóvel, serão citados, para se manifestarem sobre o requerimento, em 10 dias, todos os confrontantes e o alienante ou seus sucessores."

Neste sentido a lição de Serpa Lopes in *Tratado dos Registros Públicos*, vol. IV/344: "... Sempre que se possa provar a desconformidade entre o estado jurídico exterior aparente com o real, é justo que se altere esse mesmo registro, fazendo-o enquadrar-se dentro da realidade".

De tudo quanto exposto ficou e considerando as ponderações aduzidas pelo parecer do douto Curador, agente do Ministério Público em primeiro grau (fls.), e, ainda, a inexistência de qualquer prejuízo a terceiros, por configuração somente de erro formal: Acordam os Juizes da 3.ª Câmara Cível do Tribu-

nal de Justiça do Estado do Paraná, por unanimidade de votos, em dar provimento ao apelo a fim de que se retifique o registro do imóvel na forma solicitada. Revogada, conseqüentemente, a decisão de primeiro grau, in-

verte-se o ônus da sucumbência, nos termos e valores naquela fixados.

Curitiba, 20 de setembro de 1983 — MAXIMILIANO STASIAK, pres. — HENRIQUE CÉSAR, relator — SCHIAVON PUPPI.

ADJUDICAÇÃO COMPULSÓRIA

Compromisso de compra e venda — Registro — Prescindibilidade — Aplicação dos arts. 639 e 640 do CPC.

PACTO COMISSÓRIO

Negócio proibido — Compromisso de compra e venda celebrado para encobrir contrato de mútuo — Nulidade — Adjudicação compulsória improcedente — Aplicação do art. 765 do CC.

A tese que sustenta ser prescindível o registro de compromisso de compra e venda para obtenção de adjudicação compulsória de imóvel é a que melhor se adapta à nossa realidade, em vista da quantidade expressiva de instrumentos não registrados no Registro Imobiliário, podendo o comprador valer-se do disposto nos arts. 639 e 640 do CPC.

Não se presta o compromisso de compra e venda para fins de adjudicação compulsória se celebrado para encobrir contrato de mútuo, pois a proibição do pacto comissório é de ordem pública e a violação da norma constitui causa de nulidade absoluta.

Apelação cível 310.788 — Assis — Apelante: Wadih Chaim Cury — Apelados: Luiz Aude e sua mulher (1.º TACivSP).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação 310.788, da comarca de Assis, em que é apelante Wadih Chaim Cury e apelados Luiz Aude e sua mulher: Acordam, em 3.ª Câmara do 1.º Tribunal de Alçada Civil, por votação unânime, negar provimento ao recurso, modificado o dispositivo da sentença para improcedência.

Os autos trazem hipótese de ação de adjudicação compulsória ajuizada por titular de compromisso de compra e venda de imóvel, que se desenvolveu sob o rito sumaríssimo.

A r. sentença de fls. julgou o autor carecedor da ação e o condenou no pagamento das custas processuais e honorários advocatícios de 15% do valor da causa.

Apela o autor e pede a reforma integral da sentença, mediante razões que, em resumo, sustentam a falta de existência do negócio jurídico, não se tratando, assim, de mútuo disfarçado, como sustentam os réus. Depois, prossegue o apelante, o decreto de carência decorreu da falta de registro do compromisso, mas a omissão dessa formalidade não constitui obstáculo à obtenção do domínio do imóvel, em face do disposto no art. 639 do CPC.

O recurso, regularmente processado, mereceu a resposta de fls., que reavivou as razões

que informam a defesa, destacando a nulidade do contrato, que encobre negócio de mútuo. É o relatório.

Efetivamente, não se ignora a controvérsia que se estabeleceu a respeito da matéria discutida nos autos.

As duas correntes jurisprudenciais que se formaram, ambas expressivas, são conhecidas e foram bem ilustradas na preciosa pesquisa elaborada pela comissão responsável pelo *Boletim de Jurisprudência* deste Tribunal (cf. *Julgados 75/86*).

A tese que sustenta ser prescindível o registro para obtenção da adjudicação compulsória de imóvel é, contudo, a que melhor se afeiçoa à nossa realidade, pois não se ignora que quantidade expressiva de compromissos não é registrada no Registro Imobiliário.

Por essa razão, o legislador, sensível a essa realidade, que tem criado sérios percalços a pessoas simples, obrigou o loteador a realizar o registro do contrato.

E, se o loteador não concluir o contrato, ainda que não inscrito ou averbado no Registro Imobiliário, o comprador pode se valer do disposto nos arts. 639 e 640 do CPC, como dispõe o § 3.º do art. 27 da Lei 6.766, de 19.12.79.

Diante dessa faculdade que a lei confere ao comprador, não mais se justifica a tese

adotada na sentença, pois, se o interessado pode obter uma sentença que substitua a vontade do vendedor, pode, também, conseguir a adjudicação compulsória.

Essas considerações valem, igualmente, para imóveis não loteados, já que não se compreendem dois tratamentos para situações idênticas.

Depois, o art. 639 do CPC aplica-se, também, para imóvel não loteado.

Afastada a carência, procedem ao exame do mérito, a que entendem estar autorizados, pois o MM. Juiz também a este enfrentou.

Nesse exame, destacam, desde logo, que o inconformismo manifestado pelo autor não tem razão de ser.

De fato, os autos mostram que, na realidade, as partes não celebraram um contrato de compra e venda de imóvel, mas uma simples operação de mútuo.

Essa conclusão decorre de várias circunstâncias, a começar pelos termos que informam o contrato.

Consta do aludido compromisso que o preço ajustado, de Cr\$ 120.000,00 já havia sido recebido pelos vendedores e, assim mesmo, permaneceriam na posse do imóvel, que seria transferida ao comprador por ocasião da escritura definitiva, a ser outorgada após a quitação do empréstimo realizado na Caixa Econômica Federal.

Isso significa que os vendedores, apesar de terem recebido o preço integral pela venda, ficariam com a posse do imóvel por cerca de 60 meses, já que o aludido financiamento foi feito pouco antes do negócio realizado com o autor e por aquele prazo.

Ora, não é curial alguém adquirir um imóvel, pagar o preço ajustado e não ter condições de exercer os poderes inerentes ao domínio.

Essa observação ganha maior relevo se se considerar que o autor declarou ter-se responsabilizado pelo pagamento do empréstimo realizado na Caixa Econômica Federal (fls.).

Depois, na realidade, os autos mostram que as prestações do financiamento não foram pagas pelo autor, mas sim pelos réus.

É o que decorre do depoimento da testemunha de fls. e, principalmente, dos documentos trazidos com a resposta ao recurso.

Resulta daí que, na realidade, outro foi o negócio jurídico realizado entre as partes.

Ademais, o autor não se interessou pela aquisição do imóvel quando lhe foi oferecido por seu irmão.

Não se compreende, assim, que o autor viesse, em seguida, adquirir o imóvel do seu sobrinho e, ainda, em desvantajosas condições.

A particularidade de o comprador ficar com a 2.ª via do contrato, e não a 1.ª, como é usual, e a falta de assinaturas instrumentárias no contrato constituem, também, preciosos indícios de que, na verdade, o compromisso de compra e venda quitado foi celebrado para encobrir contrato de mútuo.

A simulação ocorreu com evidente propósito de superar o obstáculo do art. 765 do CC.

Não se presta, por conseguinte, o compromisso de compra e venda para os fins objetivados na peça preambular, pois a proibição do pacto comissório é de ordem pública e a violação da norma constitui causa de nulidade absoluta.

Inafastável, pois, o decreto de improcedência.

Ante o exposto, negam provimento ao recurso, alterado o dispositivo da sentença.

Presidiu o julgamento o Juiz Paulo Shintate e dele participaram os Juizes José Osório e Sousa Lima. São Paulo, 11 de maio de 1983 — NELSON SCHIAVI, relator.

CITAÇÃO

Registro da feita em ação demarcatória — Art. 167, I, n. 21, da Lei 6.015/73 — Decisão que o determina no curso da ação — Legalidade.

O pedido de registro de citações, fulcrado na Lei de Registros Públicos, não constitui pretensão a ser deduzida somente com a inicial, ao ser invocada a tutela jurisdicional.

Procede-se ao registro dos atos citatórios, e não de atos transmissivos da coisa.

Agravo de instrumento 2.700 — Alto Garças — Agravantes: Sebastião Rosa e sua mulher — Agravados: Espólio de Benjamim Cintra e outros (TJMT).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos de agravo de instrumento, classe II, U, 2.700, de Alto Garças: Acordam os Juízes do Tribunal

de Justiça, em 2.ª Câmara Cível, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas anexas, à unanimidade, improver o recurso.

Pronunciou-se oralmente a Procuradoria-Geral da Justiça no sentido da decisão. Custas pelo agravante.

Cuiabá, 15 de março de 1983 — ATAHIDE MONTEIRO DA SILVA, pres. e relator.

RELATÓRIO

O Des. Atahide Monteiro da Silva: Sebastião Rosa e sua mulher, inconformados com o r. despacho proferido pelo MM. Juiz de Direito de Alto Garças nos autos da ação demarcatória endereçada a ambos e a outros por Benjamim Cintra e sua mulher, que determinou o registro das citações inerentes aos imóveis matriculados sob ns. 41, 39, 1.017, 1.018, 189, 884, 188, 864, 865 e 866 de propriedade dos réus na citada ação demarcatória, decorridos quatro anos da propositura da noticiada ação, com violação — segundo alegam — dos arts. 264 e 294 do vigente CPC, quando os suplicados, em sua maioria, alienaram seus imóveis, “e não seria justo fossem agora os adquirentes surpreendidos com tardio registro da peleja em destaque”.

Pedem o provimento do recurso, afastando a prolação conspurcada, porquanto erigida em desacato aos arts. 264, 294 e 398 do estatuto processual civil. O agravo fora instruído com inúmeras peças processuais fotocopiadas (fls. dos autos).

Os agravados se batem pela manutenção do r. despacho censurado, que teria apoio na lei, doutrina, jurisprudência e nas regras de Direito, obtemperando que os dispositivos legais referidos pelos agravantes não se aplicam à espécie *sub judice*.

Pedida a manutenção do despacho objurgado, fê-lo o MM. Juiz *a quo*, determinando S. Exa., de consequência, a subida dos autos a esta superior instância, cabendo-me o relato da matéria, na forma regimental. Peço dia.

PARECER (oral)

O Dr. Lourival Pinto de Souza: A Procuradoria-Geral da Justiça, examinando estes autos e bem ponderados os fundamentos do recurso, não vendo neles amparo legal, opina por seu desprovimento.

VOTO

O Des. Atahide Monteiro da Silva (relator): Os agravados, em 1974, promoveram ação demarcatória, cumulada com divisória, do imó-

vel denominado “São José”, Município de Itiquira.

No curso da ação os promovidos requereram o registro das citações, com fulcro no art. 167, I, n. 21, da Lei 6.015, de 31.12.73, obtendo decisão favorável, por se tratar de ação fundada em direito real.

Dessa decisão se interpôs o recurso sob exame, sendo três os fundamentos da irresignação: a) violação do art. 264 do CPC; b) vulneração das regras contidas nos arts. 254 e 398 da lei processual; c) alienação do imóvel. Vejamos.

As regras processuais invocadas não se aplicam ao caso em exame.

Quanto ao art. 264, cumpre deixar patente que o mero pedido de registro de citações, como previsto no art. 167, I, n. 21, da Lei de Registros Públicos, não constitui, em absoluto, modificação do pedido inicial ou de sua causa de pedir, mas deles mero corolário, devendo-se acrescentar, ainda, que no curso da ação é sempre possível fazê-lo. Não constitui, pois, pretensão a ser deduzida tão-somente com a inicial, ao ser invocada a tutela jurisdicional.

No que respeita ao art. 294 diga-se o mesmo, pois, como já afirmado, o pedido de registro não é requisito essencial da petição inicial, podendo ser formulado e efetivado no curso da ação.

Sobre o art. 398, não se sabe por que foi invocado, uma vez que não se mencionou, sequer, qual o documento que porventura teria sido juntado aos autos. E, se fosse a certidão da matrícula do imóvel demarcando, por extraído do Registro Público, e dizer respeito à área dos agravados, nenhuma moléstia lhes causaria.

Por derradeiro, a alegação de alienação do imóvel, sobre não estar claramente comprovada quanto à área total ou parcial, não tem força para impedir o registro das citações, dado que o registro é dos atos citatórios e não propriamente dos atos de transmissão da propriedade.

Ademais, os eventuais adquirentes sucedem ao alienante, vinculados ao processo, incidindo a regra do art. 42 do CPC, que determina que “a alienação da coisa, ou do direito litigioso, a título particular, por ato entre vivos, não altera a legitimidade das partes”, isto porque “a litigiosidade da coisa, mais do que efeito da citação válida, é uma decorrência do estado de litispendência, que se estabeleceu com aquele ato processual” (*Código de Processo Civil Comentado*, Arruda Alvim, vol. II/307).

Pelos fundamentos expostos, nego provimento ao recurso. Custas pelos agravantes.

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: À unanimidade, improveram o recurso. Pronunciou-se, oralmente, a Procuradoria-Ge-

ral da Justiça no sentido da decisão. Custas pelo agravante.

Presidência do Des. Atahide Monteiro da Silva. Relator o Des. Atahide Monteiro da Silva. Tomaram parte no julgamento os Des. Atahide Monteiro da Silva, Ernani Vieira de Souza e José Vidal.

SOCIEDADE DE FATO

Imóvel registrado em seu nome — Inadmissibilidade de atribuição a herdeiro de sócio falecido, no inventário deste, sem prévia dissolução da sociedade — Observância do princípio da continuidade.

Não cabe ao oficial reconhecer a existência de sociedade de fato, nem lhe compete decidir se o sócio daquela pode, em nome próprio, dispor do patrimônio social. Se o imóvel está registrado em nome de pessoa jurídica, a aparência que resulta do registro é suficiente para que o oficial só admita as disposições em seu nome feitas.

Apelação cível 2.949-0 — São Paulo — Apelante: Marilisa Vieira Tavares da Motta — Apelado: Oficial do 9.º Cartório de Registro de Imóveis (CSMSP).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação cível 2.949-0, da comarca da Capital, em que é apelante Marilisa Vieira Tavares da Motta, sendo apelado o Oficial do 9.º Cartório Imobiliário: Acordam os Desembargadores do Conselho Superior da Magistratura, por votação unânime, adotado o relatório de fls., em negar provimento ao recurso.

Não se resigna a apelante com a decisão proferida pelo MM. Juiz Titular da 1.ª Vara de Registros Públicos que, acolhendo dúvida, denegou o registro de formal de partilha extraído do inventário dos bens deixados por João Batista Vieira, com os pagamentos incidindo sobre dois lotes de terrenos situados no Tatuapé, com origem nas transcrições 29.455 e 30.558, do 3.º Cartório, porque, em primeiro lugar, segundo o Magistrado, não caberia ao Oficial reconhecer a existência de sociedade de fato, nem a eficácia dos atos em seu nome praticados. Depois, porque o patrimônio da sociedade irregular não se confunde com o dos sócios.

Conforme as transcrições 29.455 e 30.558 do 3.º Cartório Imobiliário, a Empresa Nacional de Terrenos adquiriu, por compra feita de Demétrio Manha e Cia., os dois lotes de terreno objeto do formal que se pretende registrar.

Na sobrepartilha, os bens relacionados consistiram nos "direitos decorrentes da Empresa Nacional de Terrenos, sociedade irregular, de fato, constituída unicamente pelos sócios João Batista Vieira e sua mulher, Maria Rodrigues Vieira..." (fls.).

A herdeira, portanto, recebeu os direitos dessa sociedade de fato, cabendo-lhe, caso pretenda sua dissolução, seguir o disposto no art. 673 do CPC de 1939, por força do art. 1.218, VII, da atual legislação processual.

Oportuno trazer à colação, sobre as sociedades irregulares ou de fato, a lição de Rubens Requião, nos seguintes termos: "Tanto as sociedades de fato como as irregulares não possuem personalidade jurídica, pois lhes falta a inscrição no "Registro peculiar", que é o Registro do Comércio. Mas convém esclarecer que essas entidades não perdem a sua condição de sociedades comerciais, valendo a advertência de Pedro Lessa de que "a sociedade irregular é menos que a sociedade regular e mais que a comunhão de bens, tomada esta expressão em sentido restrito". A responsabilidade dos sócios, no caso, é ilimitada, porém subsidiária. Os credores particulares dos sócios só podem executar os fundos líquidos que o devedor possuir na sociedade se não tiver outros bens desembargados, ou se, depois de executados, os que tiver não forem suficientes para o pagamento (CComercial, art. 292). E, por igual, o credor da sociedade deve primeiro, pelas dívidas sociais, executar a sociedade para, na falta de bens, realizar a responsabilidade ilimitada do sócio, que por isso é subsidiária (art. 350)" (*Curso de Direito Comercial*, vol. 1.º/268, Saraiva, 1977).

Vê-se, pois, que há distinção entre os patrimônios, bem como entre a pessoa física dos sócios e a jurídica, da sociedade.

Ademais, se dos assentamentos constantes no cartório imobiliário a propriedade figura

em nome da sociedade, apenas esta poderá dispor dos bens, em observância ao princípio da continuidade, salvo se ocorrer a sua dissolução, com os atos registrários pertinentes.

Além disso, como já frisou, com inegável acerto, a decisão atacada, "não cabe ao oficial reconhecer a existência de sociedade de fato, nem a eficácia dos atos em seu nome praticados. Não lhe compete decidir, qual órgão jurisdicional, se o sócio da sociedade de fato pode, em nome próprio, dispor do patrimônio social. Não pode ainda aceitar a identidade entre o patrimônio da sociedade e o dos sócios. Não é de sua atribuição, por fim, aceitar a regularidade ou irregularidade da sociedade".

"Se o imóvel está registrado em nome de pessoa jurídica, a aparência que resulta do registro é suficiente para que o oficial só admita as disposições em seu nome feitas" (fls.).

A conclusão do acórdão, cuja cópia acompanha as razões do recurso, não se aplica ao

caso presente, pois aquele julgamento refere-se a sociedade regularmente constituída e tratada.

Merece destaque, também, o argumento exposto pela douta Procuradoria-Geral da Justiça no sentido de que a própria irregularidade da sociedade não se encontra devidamente provada nos autos, eis que não se juntou certidão negativa de quatro dos seis Cartórios de Registro de Títulos e Documentos da Capital, além do que há a possibilidade de essa sociedade poder estar registrada em qualquer outro Registro Civil de Pessoas Jurídicas (fls.).

Acordam, pois, diante do exposto, por votação unânime, em negar provimento ao recurso. Custas *ex lege*.

São Paulo, 28 de novembro de 1983 — CARVALHO FILHO, pres. — AFONSO ANDRÉ, corregedor geral e relator — ANDRADE JUNQUEIRA, vice-pres.

REGISTRO

Anulação — Intervenção obrigatória do Ministério Público — Inexistência — Nulidade do processo.

Se a lei obriga a intervenção do Ministério Público no processo de dúvida e no simples pedido de retificação de erro constante do registro, com maior razão se há de ter como obrigatória sua intervenção quando se trate de ação tendente a anular o próprio registro. Neste caso, é visível o interesse público consubstanciado na fiscalização e exata aplicação da norma legal.

Apelação cível 59.426 — Andradas — Apelante: Ozório de Lima — Apelados: João Gabriel de Melo e sua mulher (TJMG).

ACÓRDÃO

Vistos etc.: Acorda, em Turma, a 3.ª Câmara Civil 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, preliminarmente, acolher a arguição de nulidade parcial do processo, levantada pela Procuradoria-Geral da Justiça.

Belo Horizonte, 16 de dezembro de 1982 — HÉLIO COSTA, pres. — BERNARDO FIGUEIRA relator — MILTON FERNANDES — RUBENS LACERDA.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Des. Bernardo Figueira: (procede à leitura do relatório nos autos).

Preliminarmente: adotando, *data venia*, o parecer da douta Procuradoria da Justiça, anulo o processo a partir do despacho saneador

de fls., inclusive, mandando que o Juiz determine a intimação do Dr. Representante do Ministério Público para se manifestar sobre o processo em todos os seus termos.

Obrigatória a interveniência do Ministério Público no processo de dúvida (art. 201 da Lei 6.015/73) e no simples pedido de retificação de erro constante do registro (art. 214, § 3.º). Com mais razão se há de ter como obrigatória sua intervenção quando se trate de ação tendente a anular o próprio registro, como ocorre na espécie em exame.

É que sua intervenção visa a fiscalizar a exata aplicação da lei, defendendo o interesse público.

Comentando o art. 246 do CPC, escreve Moniz de Aragão: "em tal posição se situa o Código atual, do que resulta que a ausência de intervenção do Ministério Público, quando fiscal da lei, em casos nos quais deve intervir, em nome do interesse público, gera nulidade

absoluta" (*Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. II/298).

O Des. Milton Fernandes: Argúi a douta Procuradoria-Geral da Justiça a nulidade do processo pela falta de intervenção do Ministério Público na primeira instância. Por esta razão não chegou a emitir parecer de mérito no presente recurso. É o que cumpre decidir em preliminar.

Postula o apelante nulidade de escritura pública de venda e compra de bem imóvel e o cancelamento do respectivo registro.

Parece-me emergente, no segundo pedido, o interesse público, a cujo respeito não se tranquilizaram ainda os doutrinadores e a construção pretoriana.

Observa Angelos Angelopoulos, Professor da Universidade de Atenas, que a renovação dos objetivos do Estado é um princípio diretor da história da humanidade. Em cada período, certos fins são considerados bons e justos e formam os imperativos legais, a que os homens devem ajustar sua vida e atividade. A eficácia destes objetivos depende de sua correspondência às necessidades e aos interesses da comunidade. Quanto mais o Estado atender às reais necessidades e aos verdadeiros interesses comuns, mais profunda e útil será a sua ação. E acrescenta: "Assim, o Estado contemporâneo é a resultante de uma longa evolução; seus alvos sofreram mutação constante; eles refletem as características da economia e da sociedade, nas diferentes etapas do seu desenvolvimento. As condições econômicas, sociais, culturais e nacionais, de que depende o sistema econômico em vigor, determinam a extensão assim como o conteúdo dos intuitos que o Estado se propõe a atender. É a estrutura da sociedade e sobretudo a divisão das forças econômicas e sociais que condicionam, em última análise, os objetivos do Estado" (*Planisme et Progrès Social*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1953, pp. 11 e ss.).

Força social por excelência, talvez a mais pujante delas, o Direito é um condicionante dos propósitos estatais, e, assim, do interesse público.

De uma perspectiva puramente teórica, parece-me discutível a existência deste na transferência da propriedade, tal como colocada nestes autos.

Outra é a minha impressão quando considero nosso sistema legal.

A Lei 6.015, de 31.12.73, ao disciplinar o processo de registro, nos arts. 182 e ss., é minuciosa ao exigir a intervenção do Ministério Público.

Seu art. 204 considera a decisão da dúvida do oficial de Registro de Imóveis de natureza

puramente administrativa. Ainda assim, determina a audiência do Ministério Público após a impugnação (art. 200) e lhe atribui legitimidade para apelar, com os efeitos suspensivo e devolutivo (art. 202). Mesmo no pedido de retificação de erro, sem prejuízo a terceiro, exige sua presença (art. 213, § 3.º).

Se em processo puramente administrativo a manifestação é exigida, *a fortiori* o será, a meu juízo, na jurisdição contenciosa.

Não me parece saudável ou eficiente para a atividade judicante a caça de nulidades. Antes, filio-me ao pensamento consubstanciado no antigo Regimento Interno da Suprema Corte, segundo o qual, "se as nulidades ou irregularidades no processamento dos feitos forem sanáveis, proceder-se-á pelo modo menos oneroso para as partes e para o serviço do tribunal".

Observa, a meu ver com acerto, Theotonio Negrão que a recomendação não foi repetida no atual Regimento do STF, porém é de intuitiva procedência (*Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor*, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 10.ª ed., 1982, p. 108).

Nesta ordem de idéias, ocorreu-me aplicar a regra do § 2.º do art. 249 da codificação instrumental, proferindo decisão de mérito a favor da parte prejudicada pela nulidade. Dá-se que, mesmo sem discutir a questão de ser o Ministério Público parte ou apenas *custos legis*, a ineficácia, obviamente, não lhe aproveitaria.

Refletindo sobre o mencionado dispositivo legal, assim explica Moniz de Aragão (*Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. II/312, Forense, Rio, 1.ª ed., 1974):

"O artigo antecedente e este exprimem, no todo, a mesma preocupação, de evitar ao máximo a decretação de nulidade, bem como a de lhe reduzir os efeitos ao mínimo indispensável.

"Observação idêntica à que desperta o 1.º vale para este parágrafo: não alcança a nulidade absoluta, insanável, que não protege o da parte, mas o interesse público, não podendo, portanto, ser objeto de sanção em prol da parte a quem aproveitaria a sua decretação (não se perca de vista que o interesse público não é parte nem a causa poderá ser julgada a seu favor)."

Sob estes fundamentos, anulo o processo a partir do despacho saneador e ordeno seja o Ministério Público ouvido sobre o processo em primeiro grau de jurisdição.

O Des. Rubens Lacerda: De acordo com os votos proferidos.

DIVÓRCIO**Conversão de separação judicial — Homologação — Necessidade de prévia partilha de bens.**

Sendo consensual o divórcio, só poderá ser homologado com a partilha dos bens previamente ajustada.

Agravo de instrumento 24.333-1 (segredo de justiça) (TJSP).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de agravo de instrumento 24.333-1: Acordam os Juízes da 4.^a Câmara Civil do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, por votação unânime, negar provimento ao recurso. Custas na forma da lei.

1. Cuida-se de agravo de instrumento interposto contra a r. decisão reproduzida a fls., *in verbis*:

“O divórcio só poderá ser homologado com a partilha dos bens previamente ajustada, como bem ponderou o ilustre Representante do Ministério Público em sua cota de fls.

“Houve resposta (fls.).

“Vieram para os autos as peças indicadas.

“O Dr. Curador observa que, “na realidade, o divórcio pode ser decretado antes da partilha dos bens, quando se trata de ação ordinária. Entretanto, sendo consensual o divórcio, como é o caso *sub judice*, a partilha dos bens deve ser homologada pela sentença do divórcio” (fls.).

Em r. despacho fundamentado (fls.) o Magistrado manteve o decisório agravado.

A douta Procuradoria-Geral da Justiça entendeu não caber razão ao agravante, concluindo pelo improvimento do recurso (fls.). É o relatório.

2. O decidido pelo MM. Juiz encontra apoio no que dos autos consta e nas circunstâncias do caso concreto.

O despacho de sustentação atendeu a essas peculiaridades, não existindo supedâneo bastante para sua pretendida reforma.

Cuidando do art. 31 da Lei federal 6.515, de 26.12.77, o eminente Des. Yussef Said Cahali ensina:

“A jurisprudência tem-se esforçado em assimilar este tratamento diferenciado da causa legal de dissolução da sociedade conjugal (se-

paração judicial/desquite), permitindo-se deduzir, do exposto, duas regras básicas: a) a conversão da separação judicial em divórcio só será concedida se já houver sentença definitiva a respeito da partilha dos bens do casal; b) a conversão do desquite em divórcio só será concedida se já houve sentença definitiva a respeito da partilha dos bens do casal; excepcionalmente, “se, na sentença do desquite, não tiver sido homologada ou decidida a partilha dos bens, ou quando esta não tenha sido feita posteriormente, a decisão de conversão disporá sobre ela” (art. 43 da Lei do Divórcio).

“Desse modo, é nula a decisão homologatória da conversão consensual se não dispuser concomitantemente a respeito da partilha dos bens dos desquitados, por recusa do acordo de partilha então apresentado ou por falta de apresentação da convenção a respeito da partilha” (*Divórcio e Separação*, Ed. Revista dos Tribunais, 2.^a ed., 1981, pp. 553 e 554).

O ilustre Theotônio Negrão, em nota ao art. 40, § 2.^o, IV, da Lei do Divórcio, cita: “11. Não é desarrazoada a interpretação que exige, neste caso, que a sentença de divórcio deva também conter, obrigatoriamente, a partilha dos bens do casal (RTJ 100/779). Neste sentido: RT 537/149” (*Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor*, Ed. Revista dos Tribunais, 11.^a ed., p. 461).

O caso em tela é — note-se — de divórcio consensual.

Diante do exposto e também nos termos do r. despacho de fls., nega-se provimento ao recurso.

O julgamento foi presidido pelo Des. Moritzsohn de Castro e dele também participou o Des. Alves Braga, ambos com votos vencedores. São Paulo, 23 de junho de 1983 — ALVES BARBOSA, relator.

PACTO COMISSÓRIO

Natureza jurídica — Requisitos para sua validade — Inteligência do art. 1.163 do CC — Menção ao pacto, na escritura, sem as condições para seu cumprimento — Descaracterização.

Pacto comissório é o pacto adjeto ao contrato de compra e venda através do qual ficam estabelecidas as condições e circunstâncias para o cumprimento das obrigações pactuadas, que devem vir claramente anotadas, a fim de que, em caso de inexe-

cução, se tornem efetivos os direitos correspondentes. A referência ao pacto comissório na escritura de compra e venda, sem especificar as condições e circunstâncias para o cumprimento das obrigações assumidas, não se conjunde com o pacto comissório (art. 1.163 do CC), tratando-se de simples cláusula resolutiva, insita em todo contrato bilateral.

Apelação cível 357/82 — Paranaíba — Apelantes: Jéferson Rodrigues Pinheiro e sua mulher e outros — Apelados: Nayef Abdul Rahman El-Assal e sua mulher e outros (TJMS).

ACÓRDÃO

Vistos, reletados e discutidos estes autos: Acordam os Juizes da Turma Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, conhecer do apelo, negando-lhe provimento, unanimemente e de acordo com o parecer da Procuradoria-Geral da Justiça. Custas *ex vi legis*.

Campo Grande, 5 de setembro de 1983 — LEÃO NETO DO CARMO, pres. — ATHAYDE NERY DE FREITAS, relator.

RELATÓRIO

O Des. Athayde Nery de Freitas: Jéferson Rodrigues Pinheiro e sua mulher e outros, inconformados com a sentença que julgou improcedente a ação de rescisão contratual cumulada com perdas e danos e imissão de posse que intentaram contra Nayef Abdul Rahman El-Assal e sua mulher e outros e procedente a ação de consignação em pagamento que estes intentaram contra os ora apelantes, apelaram para este Tribunal, alegando que:

Os apelantes venderam aos apelados, através de escritura pública de compra e venda e com cláusula de pacto comissório, uma gleba de terras com área de 301,33,12ha, pela importância de Cr\$ 900.000,00, recebendo em pagamento cinco notas promissórias no valor de Cr\$ 100.000,00 cada uma, com vencimento para 5.2.80, e mais cinco promissórias perfazendo o total de Cr\$ 400.000,00, com vencimento para 5.5.80, todas emitidas por Nayef Abdul Rahman El-Assal.

Como os apelados deixaram de efetuar o pagamento das notas promissórias vencidas em 5.5.80, no valor total de Cr\$ 400.000,00, correspondentes à última prestação, ajuizaram, no dia 27.6.80, ação de rescisão contratual, cumulada com perdas e danos e reintegração de posse.

Na mesma data os apelados ingressam em Juízo contra os apelantes com ação de consignação em pagamento, alegando que deixaram de quitar a última parcela até aquela data porque os apelantes não tinham cumprido com a obrigação assumida na mesma escri-

tura de venda e compra, de regularizar um excesso existente.

Embora os apelados tenham feito na contestação inúmeras afirmações contraditórias, não negaram, contudo, a existência do pacto comissório, somente o fazendo nas razões finais.

No tocante ao excesso existente, muito embora tenha constado na escritura de venda e compra que os apelantes ficavam com a responsabilidade de regularizar dito excesso, não ficou estabelecido prazo determinado para o cumprimento dessa obrigação, nem o pagamento da última prestação ficara vinculado ao cumprimento da mesma obrigação.

Na ação fundada em pacto comissório, o que se discute é o cumprimento ou não do pagamento no prazo estabelecido, posto que o não cumprimento opera, de pleno direito, a rescisão contratual, através de sentença meramente declaratória, independentemente de notificação ou interpelação judicial.

Não pode prevalecer o entendimento da r. sentença apelada, atribuindo à declaração inacabada de fls. força capaz de tornar sem efeito a cláusula do pacto comissório inserida na escritura pública de venda e compra, até porque tal declaração está datada de 6.2.80, enquanto o vencimento da segunda prestação só ocorreria em 5.5.80, sendo que a ação de consignação em pagamento somente deu entrada em Juízo em 27.6.80, portanto quase seis meses depois.

As provas documental e testemunhal, esta robusta e idônea, em consonância com a doutrina e a jurisprudência citadas, dão aos apelantes a certeza de reforma da r. sentença apelada.

No prazo, ofereceram os apelados contra-razões, procurando rebater, com base na doutrina e na jurisprudência, todas as objeções argüidas pelos apelantes, pugnando, a final, pela confirmação da sentença apelada, por entenderem que a mesma bem apreciou a prova e corretamente aplicou o Direito ao fato concreto.

Ainda na instância singela, manifestou-se o representante do Ministério Público local (fls.), em bem elaboradas razões, opinando pela confirmação da sentença apelada.

A douta Procuradoria-Geral da Justiça, em longo e bem fundamentado parecer da lavra do Dr. Ary Fonseca (fls.), conclui pelo improvimento do recurso.

É o relatório. A douta Revisão.

VOTO

O Des. Athayde Nery de Freitas (relator): Os autores, ora apelantes, através de escritura pública de venda e compra, lavrada nas notas do Cartório do 2.º Ofício da comarca de Paranaíba, venderam aos apelados uma gleba de terras com área de 301,33,12ha pelo preço certo e ajustado de Cr\$ 900.000,00, representado por 10 notas promissórias, de emissão do comprador Nayef Abdul Rahman El-Assal, sendo cinco no valor de Cr\$ 500.000,00 com vencimento para o dia 5.2.80, e cinco no valor total de Cr\$ 400.000,00, com vencimento para o dia 5.5.80, constando na escritura que ditas notas promissórias ficaram vinculadas à escritura com pacto comissório.

Na mesma escritura ficou constando: “Declararam, ainda, os vendedores, falando cada um “por si”, reconhecerem que a área existente no imóvel, objeto da presente escritura, apresenta um excesso de mais ou menos 96ha, e que dão ao comprador garantia total e plena da existência do mencionado excesso, eis que no preço ora pago pelos compradores está incluído o referido excesso de terras existente no imóvel, ficando, ainda, os ora vendedores com a responsabilidade de acertarem a atribuição judicial desse excesso ao comprador, oportunamente, correndo por conta exclusiva dos vendedores as despesas referentes aos honorários de agrimensor e de advogados, bem como custas processuais e extraprocessuais a serem despendidas na referida ação de retificação de área, declarando, ainda, os vendedores que o referido excesso se encontra dentro das confrontações acima mencionadas e que o referido excesso é de pleno conhecimento dos confrontantes” (fls.).

Vencidas as cinco últimas promissórias no valor de Cr\$ 400.000,00 no dia 5.5.80, as mesmas não foram honradas, alegando o emitente que deixara de pagá-las no vencimento porque estava procurando entrar em composição amigável com os vendedores, que até aquela data não tinham regularizado o excesso, conforme compromisso expressamente assumido no corpo da escritura de venda e compra. Como não chegaram a nenhum acordo, ingressaram os apelados, no dia 27.6.80, com ação de consignação em pagamento contra os ora apelantes. Na mesma data, estes ingres-

saram, também, com a presente ação de rescisão contratual cumulada com perdas e danos, com fundamento no art. 1.163 do CC — existência de cláusula resolutiva expressa denominada “pacto comissório”.

Os apelados e a douta Procuradoria-Geral da Justiça entendem que, embora conste na escritura a expressão “pacto comissório”, em verdade essa cláusula resolutiva expressa não ficou validamente estabelecida, por ausência de requisitos que lhe são inerentes.

O desate da questão, pois, está em saber se as expressões inseridas na escritura pública de venda e compra — “cujas notas promissórias ficam vinculadas na presente escritura com pacto comissório” — tem força de cláusula resolutiva expressa, de que fala o art. 1.163 do CC.

A douta sentença apelada aborda o tema nestes termos:

“A cláusula resolutiva é da essência da compra e venda, que inexiste sem o pagamento do preço. Não sendo expressa, presume-se tácita. É o que se infere do art. 122 do CC. Agora, no pacto comissório, expresso o ajuste está em que o não pagamento no prazo combinado torna desfeita a venda, se em 10 dias o vendedor não reclamar o preço, como dispõe o art. 1.163 do mesmo diploma.

“E essa cláusula efetivamente não existiu, como se passa a demonstrar.

“Primeiro, não houve a intenção das partes de inserir esta cláusula na escritura.

“O co-autor da ação de rescisão, Jéferson Rodrigues Pinheiro, diz, em seu depoimento de fls., que quem entrou em contato com os compradores (réus) foram os co-autores Jorge Abílio e Piné de Almeida. Este último, em seguida (fls.), diz “que não houve qualquer entendimento anterior à assinatura da escritura, no sentido de que a validade da venda estaria condicionada ao pagamento das promissórias, isso no entender do depoente”. Jorge Abílio, a fls. dos autos da ação de consignação, nada fala a respeito da cláusula. Jorge Cabral da Luz, também autor da rescisão, informa que não participou dos entendimentos, apenas assinou a escritura, e nem se lembra se a mesma foi lida. A testemunha Fernando Alves Garcia (fls.), mediador do negócio, que acompanhou inclusive a lavratura da escritura, diz “que não saiu qualquer comentário a respeito do pacto comissório”. Djalma Rodrigues Ferreira, serventuário que lavrou a escritura, afirma que não houve qualquer entendimento entre as partes no sentido de se inserir na escritura o “pacto comissório”; ele

foi quem a consignou, em razão da referência às notas promissórias.

“Assim, há de se concluir, sem esforço, pela ausência da vontade das partes no tal “pacto comissório”. Nem mesmo o seu significado as partes compreendiam, como se percebe dos depoimentos.

“E, aqui, impõe-se notar, a simples menção ao “pacto comissório”, sem a explicação do seu real significado, não pode prevalecer, mormente se os próprios contratantes ignoram o seu sentido” (fls.).

Tenho que deu interpretação correta a doutra sentença apelada.

Com efeito, como assinalam com propriedade Carvalho Santos (*Código Civil Brasileiro Interpretado*, vol. XVI/258-264, Freitas Bastos, 1964), Sebastião de Souza (*Da Compra e Venda*, pp. 393-395, 2.ª ed., Forense, 1956) e Orlando Gomes (*Contratos*, Forense, 1966, pp. 175 e 176), trata-se de uma condição resolutiva que no Direito moderno se reconhece existir tacitamente em todos os contratos bilaterais (arts. 1.056 e 1.092, parágrafo único, do CC).

Observa, porém, com razão, Carvalho Santos (ob. cit., p. 260), repelindo, neste passo, opinião de Cunha Gonçalves: “Em regra, prevalece o disposto no art. 1.056, eis que se trata de contratos bilaterais. Mas, em se tratando de compra e venda, o Código estabelece uma exceção àquela regra, só admitindo a rescisão do contrato por falta de pagamento do preço quando houver uma cláusula expressa nesse sentido”.

E acrescenta Sebastião de Souza (ob. cit., p. 394): “O art. 1.163 do CC seria uma exceção, que macularia o sistema do Código, se o art. 1.092 já garantisse a rescisão do contrato por falta de pagamento do preço”.

Plácido e Silva, no seu consagrado *Vocabulário Jurídico*, vol. III/1.109, Forense, 1967, no verb. “Pacto comissório”, ensina:

“No sentido técnico-jurídico, comissório, do latim *commissorius*, de *committere*, quer significar comissão ou atribuição conferida a alguém para que possa, por iniciativa sua, fazer alguma coisa. É o poder conferido a outrem para que proceda conforme está estipulado ou convenicionado.

“Nesta razão, em sentido geral, pacto comissório (*pactum commissorium*) entende toda convenção, inserta num contrato bilateral, em virtude da qual se atribui o poder ou o direito a uma das partes, para que proceda unilateralmente, em certas circunstâncias, quando a outra parte não cumpre as obrigações assumidas ou a seu cargo.

“Nestas condições, o pacto comissório se manifesta: a) na cláusula inserta em um contrato bilateral, em virtude da qual se estipula que, no caso de inexecução de uma das obrigações assumidas, por uma das partes, a outra se livra do cumprimento das suas, resultando, assim, na resolução de pleno direito do contrato, sem que se faça mister a ação judicial.

“Assim, desfeito o contrato, tudo retorna ao estado anterior. E se, parcialmente, uma das partes cumpriu o contrato, a outra é compelida a restituir o que lhe foi entregue. O contrato já não existe. E nada pode ser retido com fundamento nele.”

De renovar, a esta altura, a indagação: considera-se inserida na escritura a cláusula resolutiva expressa com a simples menção de existência do pacto comissório ou é necessária a inserção de uma cláusula tornando expressos o preço e o prazo para o pagamento?

De Plácido e Silva responde à indagação escrevendo (ob. e loc. cit.): “É perfeito o pacto comissório, neste aspecto, quando nele se definem claramente as obrigações de cada uma das partes e os direitos delas decorrentes por sua inexecução. Quer isso, então, significar que as condições e circunstâncias (grifados pelo autor) do cumprimento das obrigações *devem vir* (grifados) claramente anotadas, a fim de que, por não serem atendidas, se tornem efetivos os direitos correspondentes”.

No mesmo sentido Sebastião de Souza (ob. cit., p. 394), Orlando Gomes (ob. cit., p. 176) e Carvalho Santos (ob. e loc. cit.).

A hipótese dos autos, de simples referência à existência de pacto comissório, sem especificar, contudo, as condições e circunstâncias para o cumprimento das obrigações pactuadas, leva à conclusão inarredável de que o que as partes efetivamente pretenderam foi estabelecer um pacto comissório tácito (este ínsito em todo contrato que produz obrigações recíprocas — Orlando Gomes, ob. cit., p. 175), que, no ensinamento, mais uma vez, de De Plácido e Silva (ob. e loc. cit.), é todo aquele que, “embora não expressamente declarado, se mostre a condição resolutória subentendida na própria convenção. E, nesta hipótese, somente terá prevalência mediante interpelação judicial, que ponha o pactuante inadimplente em mora, a fim de que se cumpra a condição”.

Inexistindo, pois, no caso *sub judice*, cláusula resolutiva expressa (pacto comissório), impunha-se, por parte dos vendedores, não pagas as promissórias no vencimento, ingressarem com medida judicial apropriada para constituir os compradores em mora.

Ocorre que foi inserida na escritura cláusula em que os vendedores assumiram o compromisso de regularizar o excesso de área existente na gleba adquirida pelos apelados. Embora não tenha sido fixada data para essa regularização, afigura-se-me implícito que ela tinha que coincidir com o vencimento das últimas cinco notas promissórias, ou seja, 5.5.80. O não cumprimento, por parte dos apelantes, dessa cláusula livremente assumida e constante na escritura importa sujeitarem-se eles ao comando da norma inserida no art. 1.092, *caput*, do CC.

Cumpra observar, por derradeiro, que é totalmente inaplicável, no caso dos autos, o acórdão proferido na Ap. cível 195/80, da Capital, publicado no *DJE* 667, p. 17, do dia 9.9.81, do qual fui relator, citado na apelação (fls.), pelo simples fato de que naquele caso se achava efetivamente configurado o pacto comissório, enquanto que, aqui, como ficou indubitavelmente demonstrado, tal não ocorre.

Pelo exposto e mais que nos autos consta, conheço do recurso mas nego-lhe provimento, mantendo integralmente a douda sentença apelada, pelos jurídicos fundamentos.

É como voto. Custas pelos apelantes.

VOTO

O Des. Leão Neto do Carmo (revisor): De acordo com o eminente Relator. Só gostaria de assinalar que tenho, a respeito do pacto comissório, um entendimento um pouco diferente, porque me parece não se confundir o pacto comissório, expresso, previsto formalmente no art. 1.563 do CC, com a cláusula resolutória comum aos contratos bilaterais, que está contemplada no art. 1.092 do CC.

Se verificarmos o código, constataremos que a rubrica que encabeça o art. 1.163 e seu parágrafo único é exatamente "Do pacto comissório" e está inserida na seção II, que tem a seguinte rubrica: "Das cláusulas especiais à compra e venda". Seguindo-se os verbs. "Da retrovenda", "Da venda a contento", "Da perempção", "Da preferência", "Do pacto do melhor comprador" e "Do pacto comissório".

ARRENDAMENTO MERCANTIL

Registro inadmissível no Cartório de Registro de Imóveis — Contrato, contudo, pactuado no mesmo instrumento em que o arrendatário vende o imóvel ao arrendador — Admissibilidade da cisão do título para efeito de registrar-se a compra e venda apenas.

Embora o princípio da fidelidade registral imponha o registro do que se contiver no título, sem nada lhe acrescentar ou subtrair, o atual sistema do registro imobiliário, fundado no ato básico de cadastramento físico, já não admite o princípio preto-

Para mim, trata-se, portanto, especificamente, de disposição modificadora da compra e venda.

Por isso mesmo, o pacto comissório tem uma força mais intensa do que a cláusula resolutória prevista no art. 1.092, daí por que os autores citados no voto do Relator apontam certas exigências que se deve atender quando se pactua por esta forma.

Ele é, portanto, pacto específico capaz de resolver o vínculo, pois reza o artigo que o contempla que: "... Não se pagando o preço até certo dia, poderá o vendedor, não pago, desfazer o contrato, ou pedir o preço".

No seu parágrafo único completa: "Se, em 10 dias de vencido o prazo, o vendedor, em tal caso, não reclamar o preço, ficará de pleno direito desfeita a venda".

O pacto opera *ipso facto*; a cláusula resolutória, mesmo expressa, depende do procedimento judicial para a resolução; daí até a impropriedade da ação proposta, que é ação de rescisão.

Por isso, estou de acordo com o eminente Relator, entendendo que a espécie foi bem decidida pelo Magistrado *a quo*, e, também, sob o aspecto da consignatória, parece-me que o Juiz andou bem. Embora não tivesse sido fixado o prazo para a complementação da área, é de entender-se que esta obrigação deveria ser cumprida até a integralização do preço.

VOTO

O Des. Rui Garcia Dias (vogal): De acordo com o eminente Relator.

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: Conheceram do apelo, negando-lhe provimento, unanimemente e de acordo com o parecer da Procuradoria-Geral da Justiça. Custas *ex vi legis*.

Presidência do Des. Leão Neto do Carmo. Relator o Des. Athayde Nery de Freitas. Tomaram parte no julgamento os Des. Athayde Nery de Freitas, Leão Neto do Carmo e Rui Garcia Dias.

riano da incidibilidade dos títulos. Havendo mais de um negócio jurídico formalizado no mesmo instrumento, pode o oficial registrar o que é previsto na lei e deixar de fazê-lo quanto ao restante.

Apelação cível 2.642-0 — São Paulo — Apelante: Curador de Registros Públicos — Apelado: Banco Econômico S/A (CSMSP).

ACÓRDÃO *

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação cível 2.642-0, da comarca da Capital, em que é apelante o Dr. Curador de Registros Públicos, sendo apelado o Banco Econômico S/A e interessado o Oficial do 4.º Cartório Imobiliário local: Acordam os Desembargadores do Conselho Superior da Magistratura, adotado o relatório de fls., por votação unânime, negar provimento ao recurso.

1. Não se conforma o douto Curador de Registros Públicos com a r. decisão proferida pelo Magistrado Titular da 1.ª Vara de Registros Públicos que, após entender que o contrato de *leasing* não pode ter ingresso no cartório imobiliário, permitiu o registro da compra e venda, sob a alegação de que nada impede que dentro de um mesmo documento se insiram diversos contratos, os quais são passíveis de conhecimento em separado.

Argumenta que o ato registral incide sobre o título apresentado ao oficial registrador, devendo refletir, fielmente, tudo o que nele se contiver.

Cita o princípio da fidelidade registral, o qual, segundo Afrânio de Carvalho, recomenda que só se registre o que se contiver no título apresentado, "sem nada lhe acrescentar ou subtrair" (*Registro de Imóveis*, p. 275), bem como procedente deste Conselho (Ag. pet. 247.698).

2. O exame da escritura acostada aos autos (fls.) demonstra, de início, que o Banco Econômico S/A vendeu ao Banco Maisonnave de Investimentos S/A diversos imóveis, devidamente descritos no título.

E o que se infere das cláusulas 1.ª até a 4.ª. Verifica-se, outrossim, que estão presentes, nesse acordo de vontades, todos os elementos essenciais da compra e venda (*res, pretium, consensus*).

Utilizaram-se, porém, as partes contratantes, da cláusula *constituti*, permanecendo, em consequência, o vendedor na posse direta dos bens.

Essa a primeira etapa do contrato e que pode ser perfeitamente separada das demais, principalmente para fins de registro.

As cláusulas 5.ª e ss. consubstanciam o arrendamento mercantil, ou contrato de *leasing*, celebrado entre o Banco adquirente dos bens e o alienante.

Trata-se, a toda evidência, de um outro negócio jurídico distinto, ainda que formalizado no mesmo instrumento público.

Assim, o Banco Maisonnave de Investimentos, após comprar os bens, deu-os em arrendamento mercantil ao Banco Econômico S/A; esses negócios não se confundem e são regidos por normas jurídicas diversas.

Aliás, práticas semelhantes são frequentemente aceitas pelos cartórios imobiliários.

Confira-se, p. ex., a hipótese de uma compra e venda seguida da locação, ao alienante, do imóvel objeto do contrato.

Cumprе ressaltar, também, que o precedente invocado pelo douto Curador de Registros Públicos (Ag. pet. 247.698) já não mais incide na espécie, pois, como recentemente apreciado por este Conselho, em acórdão relatado pelo Des. Humberto de Andrade Junqueira, no qual se aludiu expressamente ao parâmetro invocado: "O atual sistema do registro imobiliário, fundado no ato básico de cadastramento físico, já não admite o princípio pretoriano da incidibilidade dos títulos. O sistema anterior, em que não existia transcrição do imóvel, é que justificava o princípio. Hoje, o ato básico do registro imobiliário não é a reprodução textual dos instrumentos. Estes passaram a ser meio e não mais objeto de um ato reflexivo ou transcrito" (Ap. cível 285.948. Osasco, de 17.12.79, in *Registro de Imóveis*, Narciso Orlando Neto, ed. Saraiva, 1982, p. 253).

Assim, prevalece a conclusão da r. decisão de primeiro grau.

Acordam, pois, por votação unânime, negar provimento ao recurso. Custas *ex lege*.

São Paulo, 17 de outubro de 1983 — CARVALHO FILHO, pres. — AFONSO ANDRÉ, corregedor geral e relator — ANDRADE JUNQUEIRA, vice-pres.

* V. comentário dos Drs. Biasi Ruggiero e José Reynaldo Peixoto de Souza, neste volume, p. 47.

PARTILHA

Quinhões dos herdeiros em proporções discrepantes — Meação assegurada — Imposto de transmissão "inter vivos" — Exigência incabível.

A distribuição de bens imóveis entre os herdeiros, na partilha, em proporções discrepantes das que corresponderiam aos valores dos pagamentos não importa a incidência do imposto de transmissão "inter vivos", desde que não ultrapasse o montante das legítimas e, portanto, não desfalque a meação do cônjuge sobrevivente.

Agravo de instrumento 217/83 — Curitiba — Agravante: Fazenda do Estado — Agravado: Espólio de Odette Tavares Monteiro (TJPR).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de agravo de instrumento 217/83, de Curitiba, 15.^a Vara Cível, em que é agravante Fazenda Pública do Estado do Paraná e agravado Espólio de Odette Tavares Monteiro: Acordam os Desembargadores da 1.^a Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, à unanimidade de votos, em negar provimento ao agravo.

O despacho agravado é o fotocopiado a fls., que acolheu o pedido de fls., de recolhimento do imposto de transmissão *inter vivos* somente sobre o valor do acréscimo verificado no quinhão do herdeiro Eduardo Tavares Monteiro, de 4% sobre Cr\$ 160.761,63, que resultou na importância de Cr\$ 6.430,46 (fls.).

A agravante, Fazenda Pública do Estado do Paraná, quer o imposto incidente sobre a quantia de Cr\$ 3.884.332,00, recebida pelos herdeiros Eduardo Tavares Monteiro e Christina Tavares Monteiro, além dos respectivos quinhões, referentes aos imóveis situados neste Estado (fls. e fls.).

Formado e contraminutado o instrumento, o MM. Juiz, a final, manteve o despacho agravado.

O Ministério Público, nos dois graus, opinou pelo desprovimento do recurso.

Posto isto. Os bens que compõem o montante das legítimas transferem-se para os herdeiros no momento da morte do autor da herança. Sobre essa transferência, especificamente, é que incide o imposto *causa mortis*, e não o *inter vivos*.

O pagamento do *causa mortis* se faz sobre o universo das legítimas, de modo que o fato de um herdeiro receber a mais do que o contido no seu quinhão e outro a menos não importa transferência não tributada, desde que

se realize dentro do montante das referidas legítimas, sem projeção na meação do cônjuge sobrevivente. A divisão eqüitativa dos bens partilhados não exige identidade perfeita dos quinhões, mas apenas que não seja ultrapassado o apontado montante das legítimas, a fim de ser mantida a unidade da meação vinda pela morte, sobre a qual, pelo todo, é pago o imposto *causa mortis*. Tributar as variações quantitativas ocasionais entre os quinhões dos herdeiros, dentro dessa unidade, com outro imposto, o *inter vivos*, é incorrer em bitributação, como vedado pela Constituição Federal.

Este último tributo, o mencionado *inter vivos*, somente será devido sobre os valores imobiliários que porventura excederem a meação ou o total das legítimas dos interessados, quando, então, haverá transmissão imobiliária nova, distinta da primitiva transmissão *causa mortis*.

Em suma, o Estado recebe o imposto de transmissão *causa mortis* sobre os bens transmitidos em razão da morte, formadores do montante das legítimas, não importando que dentro desse montante haja aumento ou diminuição de quinhões. Recebe, por outro lado, o imposto *inter vivos* sobre o valor subtraído da meação do cônjuge sobrevivente, que passe a integrar um ou mais dos quinhões hereditários, extravasando o total das legítimas.

No caso dos autos, o espólio deverá recolher aos cofres públicos o imposto *inter vivos* sobre o valor acrescido ao quinhão do herdeiro Eduardo Tavares Monteiro, porque correspondente ao quantum retirado da meação do inventariante.

Estas as razões pelas quais foi negado provimento ao agravo.

Curitiba, 22 de novembro de 1983 — ALCESTE MACEDO, pres. — NUNES DO NASCIMENTO, relator — SÍLVIO ROMEIRO.

PENHORA

Direito de exercício de usufruto de imóvel — Ocupação deste pela própria executada — Irrelevância — Inexistência de proibição legal — Prosseguimento da execução — Inteligência do art. 717, segunda parte, do CC.

Tendo em vista os elementos que compõem o instituto do usufruto, tanto cabe a penhora quando o imóvel dado em usufruto foi locado a terceiros como quando é usado pelo próprio usufrutuário, mesmo porque — desde que qualificada a hipótese como direito real de uso — ainda assim, nos termos do art. 745 do CC, seriam aplicáveis as disposições relativas ao usufruto.

Agravo de instrumento 160.338 — São Carlos — Agravante: Nair Ana Arioli Palombo — Agravada: Angelina Borri Fiocchi (2.º TACivSP).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de agravo de instrumento 160.338, da comarca de São Carlos, em que é agravante Nair Ana Arioli Palombo, sendo agravada Angelina Borri Fiocchi: Acordam, em 7.ª Câmara do 2.º Tribunal de Alçada Civil, por maioria de votos, dar provimento ao agravo.

1. Em ação de execução relativa a dívida de locação, autorizou o MM. Juiz que se lavrasse penhora sobre direito de exercício do usufruto do imóvel.

Lavrado o termo, posteriormente, o ilustre Subscritor do despacho agravado (fls.) indeferiu o prosseguimento da execução, entendendo que a penhora seria nula, porque o imóvel sobre o qual incide o usufruto não está arrendado, ou locado, mas, ao contrário, acha-se ocupado pela própria executada, concluindo que o que acabou submetido a constrição foi direito real (inalienável e, via de consequência, impenhorável), e não seu exercício.

No despacho de sustentação de fls., aponta o zeloso Magistrado as lições da doutrina que entende aplicáveis ao caso.

Pretende o agravante que se prossiga na execução, sustentando que o fato de a executada residir no imóvel objeto do usufruto não o inibe de oportunamente exercer o direito de crédito sobre o usufruto, a ser expropriado da executada pelo tempo suficiente para que o exequente se pague, ou, então, a liquidação de débito, por meio de aluguel a ser fixado por meio de arbitramento. É o relatório.

2. A questão controvertida não é comum. Entende o despacho agravado que não é possível, no caso, a aplicação do disposto no art. 717, segunda parte, do CC, porque é a própria usufrutuária executada que se utiliza do imóvel dado em usufruto. Segundo as expressões do despacho, a executada “não está exercitando a prerrogativa de fruição, mas tão-só a de uso”, concluindo que a penhora esbarrou na proibição da lei.

O requisito para a penhora já foi observado, isto é: apenas o exercício do usufruto foi objeto de penhora, porque tem expressão econômica.

A propósito, o Prof. Washington de Barros Monteiro (*Curso*, 3/309) reproduz a lição de Lafayette, segundo a qual a penhora deverá recair não sobre o direito propriamente dito, mas sobre a faculdade de perceber as vantagens e frutos da coisa, sobre a sua utilidade, em suma (*Direito das Coisas*, § 101, nota 3).

Destaca esse autor que: “Assim, é facultado ao usufrutuário alienar o exercício do usufruto por um certo prazo ou pelo tempo que tenha de durar, dar de arrendamento o imóvel, alugar a casa, formar sociedades para aproveitar a coisa frutuária”, indicando, em nota de rodapé, que: “O usufruto é suscetível de ser penhorado, mas no sentido exposto: isto é, penhora-se não o usufruto em si, mas a comodidade, a faculdade de exercê-lo, de perceber os frutos e vantagens da coisa” (cf. *Direito das Coisas*, ed. 1922, pp. 211 e ss.).

Assim, tendo em vista os elementos que compõem o instituto do usufruto, parece-nos irrelevante a distinção invocada no despacho agravado: tanto cabe a penhora quando o imóvel dado em usufruto foi locado a terceiros como quando é usado pelo próprio usufrutuário, mesmo porque — desde que qualificada a hipótese como direito real de uso — ainda assim, nos termos do art. 745 do CC, seriam aplicáveis as disposições relativas ao usufruto.

As demais questões relativas à dificuldade na concretização do direito de crédito e à forma mais adequada para ser alcançada (pagamento de aluguéis pela executada fixados por arbitramento) suscitadas no despacho agravado serão solucionadas a seu tempo.

Ante o exposto, dá-se provimento ao agravo para que a execução prossiga, mantida a penhora de fls. nos termos em que fora elaborada.

Participou do julgamento o Juiz Almeida Ribeiro. São Paulo, 13 de setembro de 1983 — OCTÁVIO CORDEIRO, pres., vencido, com a seguinte declaração de voto: Ousei divergir, *data venia*, da ilustrada maioria, pelo que segue.

Os bens inalienáveis são absolutamente impenhoráveis (CPC, art. 649, I).

Entre eles se encontra o bem que é objeto de usufruto, em relação ao usufrutuário, pois, segundo a primeira parte do art. 717 do CC, "o usufruto só se pode transferir, por alienação, ao proprietário da coisa".

É verdade que, como "o seu exercício pode ceder-se por título gratuito ou oneroso" (idem, segunda parte), tem-se entendido que o exercício do usufruto é alienável e, portanto, penhorável.

Mas isso há de ser entendido em termos.

Usufruto é o "direito real de fruir as utilidades e frutos de uma coisa, enquanto temporariamente destacado da propriedade" (CC, art. 713).

Assim, o exercício pode recair conjuntamente sobre as utilidades e frutos, ou isoladamente sobre as utilidades (uso) ou sobre os frutos.

Sobre os frutos e os rendimentos (que, aliás, são frutos civis), permite a lei processual que recaia a penhora, à falta de outros bens (art. 650, I).

Porém, sobre o uso de bem inalienável (como é aquele gravado de usufruto) não há qualquer disposição legal que permita seja a penhora executada.

No caso presente, parece que o uso se limita à habitação, direito que, no que se refere a quem o exercita, é inestimável em dinheiro. Não pode ter "expressão econômica".

Qualquer outra interpretação contrariaria, *data venia*, a regra do art. 5.º da Lei de Introdução ao CC: "Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum".

Pelo exposto, negava provimento ao agravo e mantinha a decisão agravada — PÉRCIO MANCEBO, relator.

INDISPONIBILIDADE DE BENS

Decretação em virtude de intervenção em instituição financeira — Data a partir da qual produz efeitos — Incidência sobre contrato de cessão de direitos apresentado ao Registro de Imóveis apenas para exame e cálculo de emolumentos — Inteligência e aplicação dos arts. 36, § 4.º, da Lei 6.024/74 e 12, parágrafo único, e 186 da Lei 6.015/73.

Os efeitos da intervenção em instituição financeira só se operam a partir da decretação oficialmente concretizada, ou seja, com a publicação do ato pela Imprensa Oficial.

Se um contrato é levado ao cartório apenas para exame e cálculo de emolumentos, não há que se falar, quanto a ele, em efeitos da prenotação. Apenas os títulos protocolizados é que apresentam a preferência de direitos reais e fazem com que perdurem os efeitos da prenotação por 30 dias.

Apelação cível 2.812-0 — Barueri — Apelante: Ruy Laschan Lindenberg — Apelado: Oficial do Cartório de Registro de Imóveis (CSMSP).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação cível 2.812-0, da comarca de Barueri, em que é apelante Ruy Laschan Lindenberg, sendo apelado o Oficial do Cartório Imobiliário local: Acordam os Desembargadores do Conselho Superior da Magistratura, por votação unânime, adotado o relatório de fls., em negar provimento ao recurso.

1. O apelante apresentou para registro instrumento particular de cessão de direitos no qual figura como cessionário, sendo cedente Ademir Cremonesi e sua mulher, Vera Lúcia Aldrighi Cremonesi, relativo a um imóvel situado em Barueri. Tal apresentação ocorreu no dia 14.1.81 (fls.).

Nessa mesma data, contudo, foi decretada a indisponibilidade dos bens do cedente varão, na qualidade de ex-administrador da São Luiz — Distribuidora de Títulos e Valores Imobiliários Ltda. (fls.), publicado o ato respectivo em 21.1.81 (fls.).

Diante da recusa do Oficial em proceder ao registro, ratificada pela r. decisão atacada, recorre o suscitado, alegando, fundamentalmente, que o ato impeditivo da alienação só foi publicado quando o título já ingressara no cartório, além de que o negócio jurídico concretizou-se anteriormente, no ano de 1980, tornando-se um ato jurídico perfeito, protegido pelo art. 153, § 3.º, da CF.

2. Para o deslinde da questão em debate é preciso que, em primeiro lugar, se analisem os efeitos da celebração do negócio jurídico

em data anterior à da decretação da indisponibilidade de bens.

Esse foi bem abordado pela douta Procuradoria-Geral da Justiça, quando salientou que "a cessão anterior era hábil ao registro, mas só o ingresso no cartório imobiliário gera efeitos contra terceiros. Em outras palavras, a cessão é válida como negócio jurídico, mas não pode ser registrada em face da indisponibilidade (§ 4.º do art. 36 da Lei 6.024/74)" (fls.).

A norma legal estabelece, pois, uma restrição aos bens objeto de contrato de alienação, de promessa de compra e venda, de cessão ou promessa de cessão de direitos cujos instrumentos não tenham, ainda, sido levados ao Registro Público anteriormente à data da decretação da intervenção, da liquidação extrajudicial ou da falência.

A vedação da legislação é, portanto, relativa ao registro no cartório imobiliário competente, não atingindo o negócio jurídico celebrado, o qual permanece íntegro.

Não importa, outrossim, a data em que se formalizou o título causal, mas sim aquela em que foi ele levado a registro, inexistindo, dessa forma, qualquer ofensa ao ato jurídico perfeito.

Ao que parece, o intuito do legislador foi preservar a situação registrária existente na ocasião da decretação da intervenção e consequente indisponibilidade dos bens. Para isso, procurou excluir dos efeitos da indisponibilidade apenas os negócios jurídicos cujos instrumentos já houvessem sido levados ao Registro Público competente, que é, conforme precedente deste Conselho, o Registro de Imóveis (Ap. cível 1.043, Tatuí, de 11.5.82, rel. Des. Afonso André).*

Outra conclusão não parece viável. Se a finalidade do dispositivo visasse apenas à comprovação da anterioridade dos negócios realizados antes da decretação, não teria sido editada a regra contida no art. 36, § 4.º, da Lei 6.024/74, pois, como é sabido, os contratos de alienação, de promessa de compra e venda, de cessão ou promessa de cessão de direitos teriam a autenticidade de sua data de celebração comprovada pela lavratura, através de escritura pública, ou, então, se particularmente instrumentados, pelo registro em Cartório de Títulos e Documentos, circunstância, essa, que lhes daria, também, a necessária publicidade.

Como a lei desconsiderou esses relevantes fatores, o fim precípuo, que se afigura mais consentâneo com os seus dispositivos, foi, sem dúvida, o de impedir a mutação subjetiva, no Registro de Imóveis, dos bens atingidos pela indisponibilidade, sujeitando os contratos até

então celebrados aos preceitos nela estabelecidos.

Não cumpre considerar, porém, os motivos que inspiraram essa regra; nem se são lógicos, desde que há expressa disposição legal estabelecida no Direito Positivo. E "legem habemus".

Uma outra questão interpretativa de importância surge diante da expressão "levados ao Registro Público competente", usada pelo legislador (art. 36, § 4.º, da Lei 6.024/74).

Como a preocupação não foi comprovar o momento exato da celebração do negócio jurídico, e sim excluir dos efeitos da indisponibilidade os títulos já levados ao Registro, com o fito de preservar os bens atingidos em nome do titular do domínio, a exegese que se afigura mais consentânea com o espírito da lei é a de que a expressão "levados ao Registro Público competente" equivale ao título regularmente lançado no Protocolo (Livro 1).

É certo que a prenotação no Protocolo (Livro 1) assegura a preferência dos direitos reais (art. 186 da Lei 6.015/73) e, sobrevindo o registro, essa data servirá como marco inicial para, se for o caso, excluir o título do alcance da indisponibilidade, pois, conforme o art. 534 do CC, "a transcrição datar-se-á do dia em que se apresentar o título ao oficial do Registro, e este o prenotar no Protocolo".

Aliás, o art. 535 do mesmo estatuto substantivo, que pode merecer, sem dúvida, aplicação analógica à hipótese, consagra semelhante princípio, de resto, igualmente adotado pelo legislador nos preceitos dos arts. 52, VII, da Lei de Falências e 215 da Lei 6.015/73.

Ao se levar um contrato a registro, tem-se como regra geral sua prévia prenotação, tanto é que o art. 188 da Lei 6.015/73 estabelece que, "protocolizado o título, proceder-se-á ao registro, dentro do prazo de 30 dias..."

Assim sendo, parece que a expressão usada no art. 36, § 4.º, da Lei 6.024/74 quis indicar, justamente, os casos onde houvesse a protocolização.

Não se olvide que o não apontamento no Protocolo constitui exceção (art. 12, parágrafo único, da Lei 6.015/73), embora, na prática, ocorra justamente o contrário. A maioria dos títulos é apresentada para exame e cálculo dos respectivos emolumentos, sobrevindo o registro somente após o depósito prévio e a verificação de sua regularidade, sempre precedido, entretanto, da prenotação.

Não foi por outro motivo que as *Normas de Serviço da Corregedoria Geral da Justiça* instituíram o Livro de Recepção de Títulos (itens 7, "a", e 8 do Provimento 2/83).

Diante dessas conclusões, é evidente que, quando uma lei especial, como a de n. 6.024/74, utiliza a expressão "levados ao competente Registro Público", certamente pretendeu re-

* RDI 10/111.

petir a regra geral prevista na legislação registrária. Seria incoerente raciocinar que procurou guiar-se por uma exceção.

Um outro aspecto também precisa ser considerado. Apenas os títulos protocolizados é que apresentam a preferência de direitos reais e fazem com que perdurem os efeitos da prenotação por 30 dias, salvo o caso de suscitação de dúvida (art. 203, I, da Lei 6.015/73).

Assim, se um contrato é levado ao cartório apenas para exame e cálculo de emolumentos, não há que se falar, quanto a ele, em efeitos da prenotação.

O mesmo se diga diante da omissão do interessado em atender às exigências legais nos 30 dias regulamentares, na hipótese de prévia protocolização.

No caso, porém, sequer o lançamento do título no Livro 1 se efetivou. O recebimento ocorreu apenas para exame e cálculo de emolumentos (art. 12, parágrafo único, da Lei 6.015/73).

É verdade que, na primeira oportunidade, o motivo da devolução foi, justamente, a decretação da indisponibilidade (fls.). Mas, apesar disso, quando da segunda apresentação do título, diversos outros foram enumerados como impeditivos do registro, conforme demonstra a nota de devolução, datada de 7.2.81 (fls.).

Assim, o contrato efetivamente não apresentava, por ocasião da prenotação, condições de ser registrado, valendo assinalar, ainda, que somente em 3.1.82 é que houve o requerimento de suscitação de dúvida (fls.).

Não se pode considerar, portanto, como quer o apelante, que o título tivesse sido levado a registro antes da decretação da indisponibilidade.

3. Resta abordar, por fim, a questão levantada no recurso e que atine à data em que os efeitos da decretação passaram a vigorar.

A publicação do ato do Banco Central deu-se em 21.1.81 (fls.).

Em se tratando de um ato administrativo, tem aplicação o denominado "critério da recepção do ato", entendendo como tal sua transmissão efetivamente concluída na forma

do Direito. É dizer: um ato assume forma, portanto existência jurídica, com a publicidade, uma vez efetivada a publicação ou a comunicação, que são as duas modalidades básicas de revelação em Direito" (Celso Antônio Bandeira de Mello, *Ato Administrativo e Direitos dos Administrados*, ed. 1981, Revista dos Tribunais, p. 52).

Assim sendo, não importa a data em que foi assinado o ato de intervenção, pois, consoante magistério do festejado Administrativista, "não é ato, mas projeto de ato jurídico, um decreto datado e firmado que o agente mantenha em sua mesa ou guarde em uma gaveta. Do mesmo modo, não é ato, mas simples projeto de ato, o texto enviado para a publicação na Imprensa Oficial enquanto não for publicado. Sua forma, sua existência, coincidirão com a publicação" (ob. cit., p. 48).

Afora as hipóteses de expressa disposição legal, dispensando, p. ex., a publicação, os demais casos seguem a regra geral de Direito Administrativo supra-aludida.

Cumprir destacar, também, que o art. 8.º da Lei 6.024/74 consagra uma exceção, o que reforça ainda mais a necessidade da publicação para que o ato adquirisse, no mais, existência jurídica.

De fato, se o interventor, "independentemente da publicação do ato de sua nomeação", poderá ser investido nas suas funções, deflui-se que os demais efeitos da intervenção somente se operarão a partir da decretação oficialmente concretizada, ou seja, com a publicação do ato pela Imprensa Oficial.

Nem essa conclusão, todavia, beneficiaria a situação do apelante, pois é incontestável que deixou de providenciar a protocolização e o registro do título antes da decretação da intervenção, mesmo em se considerando a data da publicação do ato correspondente.

Diante do exposto, por votação unânime, acordam em negar provimento ao recurso. Custas *ex lege*.

São Paulo, 28 de novembro de 1983 — CARVALHO FILHO, pres. — AFONSO ANDRÉ, corregedor geral e relator — ANDRADE JUNQUEIRA, vice-pres.

USUFRUTO

Falecimento da doadora usufrutuária — Pedido de cancelamento formulado pelo donatário casado — Falta de exibição de outorga uxória — Irrelevância.

A sentença de extinção do usufruto é de natureza declaratória, e não atributiva de direito. O simples cancelamento de registro imobiliário, a esse título, não envolve procedimento que dependa de outorga uxória, mormente se o cônjuge do requerente é beneficiário daquela extinção.

Apelação cível 31.559-1 — Catanduva — Apelante: Ministério Público — Apelados: Ivo Ulian Livrini e Fazenda do Estado (TJSP).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação cível 31.559-1, da comarca de Catanduva, em que é apelante o Ministério Público da comarca de Catanduva, sendo apelados Ivo Ulian Livrini e a Fazenda do Estado de São Paulo: Acordam, em 5.ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, por votação unânime, adotado o relatório de fls., negar provimento ao recurso. Custas na forma da lei.

Trata-se de pedido de cancelamento de usufruto, em razão do falecimento da doadora usufrutuária, formulado pelo donatário casado, que não exibiu outorga uxória.

O douto Magistrado repeliu a exigência feita pelo representante do Ministério Público, no tocante à anuência expressa da mulher do requerente, sob o entendimento de que inexistia previsão legal sobre o requerimento conjunto dos cônjuges e de que o usufruto ficou extinto de pleno direito com o óbito anunciado, autorizando, em consequência, a averbação no Registro competente.

A matéria, como se vê, é da competência da 1.ª Seção Civil, posto que, em última análise, consiste em retificação do registro imobiliário (Provimento 24/80).

Daf o conhecimento da irresignação recursal manifestada nos autos.

No mérito, a pretensão questionada não comporta provimento.

Como se sabe, a morte é causa inexorável da extinção do usufruto e opera de pleno

direito a consolidação do domínio, na pessoa do nu-proprietário.

A sentença de extinção do usufruto, no tocante ao pedido formulado pelo recorrente, é de natureza declaratória, e não atributiva de direito, e o simples cancelamento de registro imobiliário, a esse título, não envolve procedimento que dependa de outorga uxória, tanto mais que o cônjuge do requerente é beneficiário da retificação mencionada.

A formalidade do cancelamento, conforme bem acentuou o parecer da douta Procuradoria-Geral da Justiça, é de interesse público, na preservação do direito de propriedade, não militando razões de ordem jurídica, nem justificativa de natureza prática, para insistir na obtenção do consentimento expresso do cônjuge do requerente, nesse particular.

Aliás, se é admissível a aquisição de imóvel somente por um dos cônjuges, em benefício do casal, com maior razão é cabível a regularização, pela via do procedimento especial de jurisdição voluntária, de direito comum que decorre da consolidação plena do domínio sobre o imóvel que fora objeto de usufruto extinto com a morte da doadora usufrutuária.

Nessas condições, negam provimento ao apelo, observando, porém, que a extinção do benefício diz respeito à parte que cabia à falecida, por se tratar de usufruto conjunto.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Des. Costa Manso e Nogueira Garcez. São Paulo, 30 de junho de 1983 — MÁRCIO BONILHA, pres. e relator.

REGISTRO

Retificação de nome — Provas não convincentes de se tratar da mesma pessoa — Indeferimento.

Apelação cível 1.114/83 — Palmas — Apelante: Ministério Público — Apelado: Odinar Lustosa (TJPR).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação cível 1.114/83, da comarca de Palmas, em que é apelante o Ministério Público e apelado Odinar Lustosa.

1. Odinar Lustosa pede retificação do registro de n. R-2-450, da matrícula 450 do Cartório de Registo Geral de Imóveis da comarca de Palmas, para que ali conste o seu nome supramencionado, e não como constou, Odinar Lustosa dos Santos.

Junta, para tanto, certidão datada de 17.11.77 de seu casamento, realizado a 28.2.53, com Lourdes de Melo Sconginski e onde consta seu nome como sendo Odinar

Lustosa, nascido a 21.8.13, e ser filho de Maria Clara Lustosa.

Diversas foram as diligências requeridas e reiteradas pelo Dr. Curador Geral, a fls., tendo o MM. Juiz *a quo* designado audiência para ouvida de testemunhas a fls.

Novamente aberta vista dos autos ao Ministério Público, este, reiterando suas manifestações anteriores, concluiu por opinar pelo indeferimento do pedido.

Todavia, o MM Juiz da comarca, "considerando a prova documental e a prova testemunhal produzidas e o parecer favorável do Dr. Curador Geral da comarca", deferiu a inicial (fls.).

Como não poderia deixar de ser, manifestou o douto Agente do *Parquet* embargos declaratórios, que foram recebidos:

“Efetivamente, consta, erroneamente, da decisão que houve parecer favorável do Dr. Curador da comarca, pelo que acolho os presentes embargos, para o fim de declarar que o parecer foi contrário à concessão da inicial.

“E, em complementação, cumpre esclarecer que Odinar Lustosa é o verdadeiro nome e que Odinal Lustosa dos Santos é a mesma pessoa” (fls.).

Daí a razão do apelo formulado tempestivamente pelo Ministério Público, perseguindo a reforma daquele decisório. Recebido e contra-arrazoado, foi remetido a esta superior instância, onde recebeu parecer da douta Procuradoria-Geral da Justiça, opinando pela procedência do recurso.

2. Procedente é o apelo do Ministério Público.

Pretende-se retificar o “registro de n. R-2-450, da matrícula 450 do Cartório de Registro de Imóveis” da comarca de Palmas, onde assim consta: “...Odinal Lustosa dos Santos, brasileiro, casado, lavrador, residente e domiciliado neste Município, portador da certidão de casamento 918, a fls. 77 e verso do Livro 10 do Registro de Casamento” (grifos nossos) da comarca de Palmas — e sem nenhuma outra referência, até mesmo à própria filiação.

Todavia, a prova documental que se pretende como alicerce do pedido é totalmente diversa: *casamento 399, fls. 72 e verso do Livro B — n. 21 do Registro de Casamento da mesma comarca.*

Por outro lado, em nada veio clarear a juntada da carteira de identidade (fls.) e tampouco o registro de nascimento (fls.) — sero-didamente, aliás — porquanto em nada comprovam que Odinar Lustosa e Odinal Lustosa dos Santos são a mesma pessoa. Ao contrário, em face da diferença dos dados referentes às certidões de casamento, não resta a menor dúvida de tratar-se de pessoas dife-

rentes, distintas: *Odinal Lustosa dos Santos*, casamento 918, fls. 77 e verso do Livro 10; *Odinar Lustosa*, casamento 399, fls. 72 e verso do Livro B, n. 21.

E nem se diga que essa diferença decorre por se tratar de certidão restaurada, por haver desaparecido a original no incêndio que houve no Registro Civil daquela comarca.

Razão maior, então, para melhor, mais clara e robusta ser a prova que autorize a pretendida retificação.

3. Ademais, a singela prova testemunhal, de apenas duas testemunhas — que se resumem a asseverar, primária e elementarmente: “que conhece Odinar Lustosa, que é a mesma pessoa que o depoente conhece como Odinal Lustosa dos Santos; que não sabe os nomes dos pais do requerente; que sabe que o requerente é casado mas não se lembra o nome da esposa”, sem mais nada esclarecer (fls.); “... conhece há mais ou menos 30 anos o Sr. Odinar Lustosa, o qual também é conhecido Odinal Lustosa dos Santos, tendo também o apelido de “Dega Teixeira”; que o requerente é filho de Manoel Teixeira e da Sra. Maria Alegre, parecendo também ao depoente que tinha o nome de Lustosa...” (fls.) — em destonia com a própria certidão de casamento e documento de identidade — não está, tal prova, a fornecer os necessários informes autorizadores ao diferimento da pretensão deduzida na inicial.

Correto e jurídico o posicionamento do zeloso Agente do Ministério Público.

Do exposto: Acordam os Juizes da 3.ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, por unanimidade de votos, em dar provimento ao apelo formulado para, reformando a r. sentença de primeiro grau, julgar improcedente a pretensão inicial, por não ter agasalho algum na prova carreada para os autos. Custas pelo apelado.

Curitiba, 25 de outubro de 1983 — MAXIMILIANO STASIAK, pres. — HENRIQUE CÉSAR, relator — SCHIAVON PUPPI.

CASAMENTO

Regime de bens — Inexistência de pacto antenupcial — Irrelevância da consignação, no assento do casamento, de regime diverso do legal — Prevalência deste.

Se o regime legal de bens vigente na época do casamento era o da comunhão universal, o fato de constar do assento a adoção de regime diverso não pode prevalecer, diante da ausência de pacto antenupcial.

Apelação cível 2.672-0 — São Paulo — Apelantes: Pedro José Nunez Barja e sua mulher — Apelado: Oficial do 18.º Cartório de Registro de Imóveis (CSMSP).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação cível 2.672-0, da comarca da Capital, em que são apelantes Pedro José Nunez Barja e sua mulher, Dulce Heimpel Barja, sendo apelado o Oficial do 18.º Cartório Imobiliário: Acordam os Desembargadores do Conselho Superior da Magistratura, por votação unânime, adotado o relatório de fls., em negar provimento ao recurso.

Os apelantes, em 17.7.75 (fls.), contraíram matrimônio perante o Consulado do Brasil em Gênova, Itália, constando do termo que o regime adotado seria o da separação de bens.

Posteriormente, no dia 11.1.82, fizeram lavrar uma escritura pública de "ratificação", na qual ficou declarado que "continua prevalecendo o regime de separação de bens", bem como que tal escritura deveria ser levada ao Registro de Imóveis do atual domicílio do casal.

Ocorre, porém, que o zeloso Oficial imobiliário recusou a prática desse registro; primeiro porque a escritura foi lavrada depois do casamento; depois, pela prevalência do regime legal, à época, que era o da comunhão universal, não passível de alteração.

Esse entendimento, acolhido na decisão atacada (fls.), é incensurável e deve prevalecer.

Com efeito, a estipulação quanto aos bens, pelos nubentes, deve ser feita antes de celebrado o casamento. É o que se infere do art. 256 do CC.

Conforme o magistério de Washington de Barros Monteiro, "se os contraentes não fazem lavrar convenção alguma antes do casamento, ou se é nulo o pacto antenupcial lavrado, prevalece o regime comum" (*Curso de Direito Civil — Direito de Família*, vol. 2/148, ed. Saraiva, 1978).

Aliás, "as convenções antenupciais constituem negócio condicional, pois sua eficácia fica submetida à ocorrência de casamento (CC, art. 256, parágrafo único, II). Com efeito, o casamento, no caso, opera como condição

suspensiva, pois, enquanto aquele não ocorrer, o pacto antenupcial não entra em vigor" (*Direito Civil*, Sílvio Rodrigues, vol. 6/168, Saraiva, 1978).

Verifica-se, pois, que, se o pacto antenupcial não for formalizado, por meio de escritura pública, antes do casamento, incide a norma do art. 258 do CC, cuja redação, à época do casamento em exame, estava vazada nos seguintes termos: "Não havendo convenção, ou sendo nula, vigorará, quanto aos bens, entre os cônjuges, o regime da comunhão universal".

A 2.ª Câmara do egrégio TJSP já decidiu que, "não tendo havido pacto antenupcial, o regime de bens há de ser, obrigatoriamente, o de comunhão universal, o que resulta da simples aplicação do disposto nos arts. 134, 256, parágrafo único, I e II, e 258 do CC. A escritura pública é exigida como da substância da declaração de vontade dos cônjuges e, pois, *ad solemnitatem*, e deve, necessariamente, ser anterior ao ato matrimonial. Se, na espécie, não houve pacto antenupcial, mas simples declaração no assento matrimonial de que o regime de bens seria de separação parcial, é evidente ser inoperante essa declaração em face das exigências peremptórias dos dispositivos citados" (Ap. cível 240.500, acórdão de 4.3.75, rel. Des. Batalha de Camargo, *Revista de Jurisprudência do TJSP*, ed. Lex, 36/67).

No mesmo sentido o julgado publicado na *Revista de Jurisprudência do TJSP*, ed. Lex, 58/39.

Assim sendo, apesar de constar do assento de casamento dos apelantes que o regime de bens seria o da separação, diante da ausência de pacto antenupcial lavrado antes da celebração, essa disposição não pode prevalecer, e sim o regime legal vigente na ocasião, que era o da comunhão universal de bens.

Acordam, pois, por votação unânime, em negar provimento ao recurso. Custas *ex lege*.

São Paulo, 7 de novembro de 1983 — CARVALHO FILHO, pres. — AFONSO ANDRÉ, corregedor geral e relator — ANDRADE JUNQUEIRA, vice-pres.

DAÇÃO EM PAGAMENTO

Acordo em execução — Ato relativo a imóvel — Necessidade de escritura pública para sua efetivação — Aplicação do art. 134, II, do CC.

Ao homologar transação celebrada em execução não pode o juiz determinar o registro automático da propriedade imóvel ofertada na dação em pagamento, porquanto a transferência da propriedade, no caso, só pode ser feita por escritura pública (art. 134, II, do CC).

Apelação cível 392/83 — Ponta Porã — Apelante: Arivanildo Duarte de Rezende — Apelados: Fernando Sanches Ayala e outro (TJMS).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos: Acordam os Juizes da Turma Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, conhecer do apelo, negando-lhe provimento, sem discrepância. Custas *ex more*.

Campo Grande, 1 de novembro de 1983 — LEÃO NETO DO CARMO, pres. — RUI GARCIA DIAS, relator.

RELATÓRIO

O Des. Rui Garcia Dias: Arivanildo Duarte de Rezende, inconformado com a sentença prolatada nos autos da execução que promove contra Fernando Sanches Ayala e German Sanches Caballero, recorre a este Órgão, objetivando a reforma do julgado e alegando, em resumo, o seguinte: 1) a sentença recorrida contém em seu texto uma evidente contradição, pois homologa um acordo mas indefere uma das cláusulas, tornando letra morta e inútil essa parte do acordado entre os litigantes; 2) em face disso, o acordo não chegou a existir, não podendo ser homologado e nem gerar direitos, como pretendido na sentença; 3) o processo não poderia ter sido extinto com base no art. 794, II, do CPC, por não ter havido a transação, em face do resolvido na sentença.

O recorrido não contra-arrazoou (fls.). É o relatório. A Revisão.

VOTO

O Des. Rui Garcia Dias (relator): O apelante e o apelado, pela petição de fls., fizeram uma transação pela qual o apelado, então devedor nos autos da execução, dava ao exequente, em pagamento da dívida executada, um imóvel sito em Campo Grande.

Na cláusula 4 da transação estipulou-se que, após homologado o acordo, extrair-se-ia precatória a esta Capital, para a competente averbação e matrícula do imóvel em nome do exequente.

Pela sentença de fls., o Juiz homologou a transação mas indeferiu a expedição da pre-

catória para a transferência automática da propriedade sobre o imóvel dado em pagamento.

Insurge-se o apelante contra esta parte.

Sem razão o recorrente. O art. 134 do CC estatui:

“E, outrossim, da substância do ato a escritura pública:

“... ”

“II — nos contratos constitutivos ou translativos de direitos reais sobre imóveis de valor superior a Cr\$ 10.000,00, excetuado o peñhor agrícola.”

Por isso, não se opera automaticamente a transferência do imóvel, ficando, no entanto, o recorrente com direito a exigir do recorrido que lhe assine a escritura pública, sob pena de obrigá-lo judicialmente.

Observe-se, ainda, que o executado está qualificado como casado (fls.), e tanto na procuração de fls. como na transação de fls. não consta a assinatura de sua mulher. Não há como aceitar a transferência da propriedade imóvel sem a devida formalização.

Embora o art. 995 do CC permita ao credor receber coisa que não seja dinheiro, em substituição da prestação que lhe era devida, esse recebimento terá de se fazer pela forma prescrita em lei.

Está certo o Juiz em extinguir o processo, porque a transação está manifestada nos autos, não havendo mais objeto para a execução. Agora cumpre ao exequente efetivar, pelos meios adequados, aquilo que ficou pactuado.

Diante do exposto e de tudo o mais que nos autos consta, conheço do recurso e nego-lhe provimento.

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: Conheceram do apelo, negando-lhe provimento, sem discrepância. Custas *ex more*.

Presidência do Des. Leão Neto do Carmo. Relator o Des. Rui Garcia Dias. Tomaram parte no julgamento os Des. Rui Garcia Dias, Nelson Mendes Fontoura e Athayde Nery de Freitas.

HIPOTECA

Penhora do imóvel hipotecado por credor diverso — Oposição do credor hipotecário a constrição e à venda em hasta pública — Inadmissibilidade — Aplicação dos arts. 1.047, II, 649 e 650 do CPC e 826 do CC.

A tese da impenhorabilidade dos bens hipotecados a terceiros já está superada na jurisprudência, tendo-a desacolhido o próprio STF.

A previsão contida no art. 1.047, II, do CPC deve ser vista em harmonia com seus arts. 649 e 650 e, ainda, com o art. 826 do CC.

Apelação cível 308.762 — São Paulo — Apelante: Condomínio Edifício Ibirapuera -- Apelada: Caixa Econômica do Estado de São Paulo S/A (1.º TACivSP).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação 308.762, da comarca de São Paulo, em que é apelante Condomínio Edifício Ibirapuera e apelada CEESP — Caixa Econômica do Estado de São Paulo S/A: Acordam, em 1.ª Câmara do 1.º Tribunal de Alçada Civil, por votação unânime, dar provimento ao recurso.

A tese da impenhorabilidade dos bens hipotecados a terceiro já está superada na jurisprudência, tendo o próprio STF, no julgamento de RE 91.601-6-MG (RT 541/268), a desacolhido.

A previsão contida no art. 1.047, II, do CPC deve ser vista em harmonia com seus arts. 649 e 650 e, ainda, com o art. 826 do CC. Ao credor hipotecário, se é cientificado da penhora antes da venda em hasta pública, não é dado opor-se a ela, e à própria venda, como consequência necessária disso.

Por outro lado, sem procedência também a argumentação da ora apelada em torno da inviabilidade da penhora, por ter atingido somente a meação do executado varão, ressalvada a de sua mulher.

A tese, a ser acolhida, levaria ao despautério de criar situações onde o devedor, embora possuindo bens, não seria passível de execução. Bastaria que suas propriedades estivessem hipotecadas a terceiro e a dívida não fosse daquelas passíveis de serem imputadas à meação de sua mulher, por não ter sido contraída em benefício da família.

Outrossim, ante o direito de seqüela, em nada ficou prejudicada a credora hipotecária pela alienação da metade ideal do imóvel hipotecado.

A hipoteca não ficou extinta, pois tal só sucederia em execução movida pela própria credora hipotecária, e a norma geral do art. 677, *caput*, do CC bem a garantia, permanecendo integral tal hipoteca, até ser totalmente satisfeito o crédito da recorrida.

Assim, ela não tinha o direito pretendido, posto que sua manifestação não pudesse ser definida, com acenado pelo apelante, como litígio de má-fé, já que fundada em tese jurídica de prestígio e apresentada ao devido

tempo, segundo o previsto na legislação processual.

Dão provimento ao recurso para julgar improcedente a ação, invertidos os ônus da sucumbência, aplicada a Lei 6.899/81.

Presidiu o julgamento, com voto, o Juiz Orlando Gandolfo e dele participou o Juiz Pinto de Sampaio, revisor, vencedor. São Paulo, 17 de maio de 1983 — MARCO CÉSAR, relator — PINTO DE SAMPAIO, com a seguinte declaração de voto: 1. Com apoio em julgados do colendo STF, observa Theotônio Negrão (anotações, 11.ª ed., art. 1.047) que a procedência dos embargos, em situações como a destes autos, só tem lugar quando o credor hipotecário não tiver sido intimado do processo ou da realização da praça.

No mesmo sentido, também, o pronunciamento da E. 4.ª Câmara do egrégio 2.º TACivSP (*Julgados*, Saraiva, 74/281): "O n. II do art. 1.047 do CPC somente permite ao credor hipotecário impedir a alienação judicial quando não intimado para ela; não lhe dá, todavia, o direito de excluir da penhora o imóvel hipotecado".

De se lembrar que a apelada, no caso, foi intimada da penhora e posteriormente da designação das praças, não havendo cogitar de impenhorabilidade (art. 649 do CPC), nem em desrespeito aos preceitos dos arts. 615, II, 619 e 698 do CPC e 826 (segunda parte) do CC.

2. Aqui, além do mais, apesar de intimada logo após a efetivação da penhora, a credora hipotecária só veio a oferecer seus embargos após a realização da segunda praça, que culminou com a arrematação (fls.). Só lhe resta pleitear, portanto, nos autos do processo principal, eventual direito de preferência caso também tenha promovido a penhora do imóvel (arts. 711 e 712 CPC).

3. Por isso foi que também dei provimento para julgar improcedentes os embargos, condenada a embargante em custas e honorários, com correção a partir do ajuizamento; não se pode esquecer que o processo principal está paralisado desde a data da praça (15.6.81, fls.), com palpável prejuízo para o condomínio, para o arrematante e para o executado (dada a necessária atualização de seu débito para com o apelante).

CONDOMÍNIO

Imóvel gravado de usufruto — Circunstância que não impede a extinção daquele — Venda judicial — Ação ajuizada por nu-proprietário — Procedência.

Embora gravado o imóvel de usufruto, legítimo é o direito de qualquer consorte da nua-propriedade de promover a extinção do condomínio por meio de alienação forçada do mesmo, desde que seja ele indivisível e pertencente a uma comunhão, pois, na real verdade, o nu-proprietário não perde a disponibilidade da propriedade pela simples existência do usufruto sobre a coisa comum.

Apelação cível 60.470 — Passos — Apelantes: José Bacil Mimar e outros — Apelados: Salim Chicrala Kallas e sua mulher (TJMG).

RELATÓRIO

Adoto o constante do parecer da douta Procuradoria da Justiça (fls.), que se manifesta pela confirmação do decisório de fls.

A irresignação dos apelantes se estende ao arbitramento de honorários, considerados não devidos em procedimento de jurisdição voluntária (fls.).

Preparo regular. À douta Revisão.

ACÓRDÃO

Vistos etc.: Acorda, em Turma, a 4.ª 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 negar provimento à apelação.

Belo Horizonte, 14 de abril de 1983 — VAZ DE MELLO, pres. — FREITAS BARBOSA, relator — HÚMBERTO THEODORO — CAPANEMA DE ALMEIDA.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Des. Freitas Barbosa: Conheço do recurso de fls. e, nos termos do parecer do Procurador Afrânio Proença, nego-lhe provimento.

No procedimento especial de jurisdição voluntária serão citados, sob pena de nulidade, todos os interessados, bem como o Ministério Público (art. 1.105 do CPC).

No caso, o Promotor de Justiça teve oportunidade de manifestar-se no feito (fls.), bem como o ilustre Procurador da Justiça, que, proveitosamente, ofereceu o parecer de fls.

Por outro lado, a citação da usufrutuária Neyde Chicrala Kallas, reclamada a fls., de há muito já foi feita, como se vê da certidão de fls., lavrada em 29.12.76.

Bem salientou o ilustre Prolator da r. sentença que qualquer condômino tem a faculdade de requerer a venda da coisa comum para fazer cessar o estado de indivisão. O arrendamento ou locação, como querem os apelan-

tes, necessita da concordância de todos os condôminos, resolvendo-se, por deliberação da maioria, sob a forma de administração.

No que tange aos honorários, é verdade que, em princípio, não há lugar para aplicação dos mesmos em jurisdição voluntária. Todavia, como bem salientou Celso Agrícola Barbi, “se, em um procedimento de jurisdição voluntária, surgir litígio, transforma-se ele em contencioso, justificando-se, então, a aplicação das normas sobre sucumbência, acarretando a responsabilidade do vencido pelas despesas e honorários” (cf. *Comentários ao Código de Processo Civil*, ed. Revista Forense, vol. I/229).

Ante o exposto, ainda aos seus seguros fundamentos, confirmo a r. sentença apelada. Custas pelo recorrente.

O Des. Humberto Theodoro: O usufruto é, em nosso Código Civil, um direito real sobre coisa alheia, que provoca temporariamente o desmembramento das faculdades inerentes ao domínio: enquanto o nu-proprietário fica apenas com a disponibilidade, o usufrutuário detém os poderes de uso e gozo, enquanto perdurar o gravame.

Mas os direitos do nu-proprietário e do usufrutuário são totalmente independentes entre si, de sorte que podem ser amplamente exercidos concorrentemente, sem que uns excluam os outros.

No sistema romanístico, a que pertence o nosso Direito, “entre el propietario y el usufructuario no existe vínculo recíproco, como en la institución del “uso inglés, por virtud del cual el primero deba tener la cosa para beneficio y a disposición absolutos del segundo, sino que cada quien ejerce un derecho propio y distinto: el dueño de la nuda-propiedad tiene la libre disposición de la cosa, mientras que el usufructuario solo percibe el goce y disfrute de la misma” (Oscar Rabasa, *El Derecho Angloamericano*, México, 1944, p. 273).

O direito de dispor que cabe ao nu-proprietário em nada afeta o direito do usufru-

tuário, porquanto pela seqüela o gravame rael subsiste mesmo após a transmissão da propriedade a terceiro.

O titular do *jus in re aliena*, na espécie, nada pode objetar perante a alienação do direito do nu-proprietário, posto que "la vendita della cosa soggetta al usufrutto non induce nessun mutamento nei diritti dell'usufruttuario" (Venezian, *Dell'Usufrutto*, 2.ª ed., 1931, vol. I/31, n. 16).

Respeitado o gravame, ensina Waldemar Ferreira, "o proprietário (nu) pode dispor da coisa, sofrer execução sobre ela, dá-la em garantia real e o mais que seja compatível com o gozo do usufrutuário" (*Tratado de Direito Comercial*, vol. XIV/508, n. 3.717).

Se, pois, o imóvel gravado de usufruto é indivisível e pertence a uma comunhão, legítimo é o direito de qualquer consorte da nua-propriedade de promover a extinção do condomínio, por meio de alienação forçada

(CC, art. 632), já que nenhum deles perdeu a livre disponibilidade da coisa pela simples existência do usufruto sobre o bem comum.

Em suma: como decidiu nosso Tribunal, "no caso do usufruto, a lei não torna a nua-propriedade inalienável; o que ela proíbe (art. 717 do CC) é a venda do próprio usufruto" (Ap. 29.766, acórdão de 26.9.68, rel. Des. Cunha Peixoto, in *Jurisprudência Mineira* 44/269).

Quanto à preferência dos comunheiros para aquisição do imóvel a ser arrematado, se não há prévio acordo para que a adjudicação se faça amigavelmente, a algum deles terá de ser exercitada durante o pregão da hasta pública, dentro dos princípios do art. 632 do CC.

Nego, portanto, provimento à apelação, aderindo a todos os termos do voto do eminente Relator, inclusive quanto aos ônus da sucumbência. Custas pelos apelantes.

CONDOMÍNIO

Instituição pretendida em imóvel rural sem construções, pertencente a um único dono — Caráter perpétuo atribuído à indivisão — Inadmissibilidade — Inteligência dos arts. 623 e 629 do CC, 7.º e 8.º da Lei 4.591/64 e 167, I, n. 17, da Lei 6.015/73.

O condomínio, por definição, não pode resultar de ato unilateral do único proprietário.

Contraria a lei o estabelecimento de condomínio perpétuo, pois o condômino tem o direito de, a qualquer tempo, exigir a divisão da coisa comum.

A única instituição de condomínio que foge às normas do Código Civil é a prevista na Lei 4.591/64, que exige a vinculação do terreno às construções.

A Lei 4.591/64 não se aplica a imóveis rurais, sendo sua finalidade tipicamente urbana, como decorre de seu art. 1.º.

Apelação cível 2.349-0 — Patrocínio Paulista — Apelante: Ministério Público — Apelada: Agro-Pastoril Itirapuã Ltda. (CSMSP).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação cível 2.349-0, da comarca de Patrocínio Paulista, em que é apelante o Ministério Público e apelada Agro-Pastoril Itirapuã Ltda., sendo interessada a Oficial do Cartório de Registro de Imóveis: Acordam os Desembargadores do Conselho Superior da Magistratura, por maioria de votos, dar provimento parcial ao recurso, nos termos que constarão do acórdão.

1. Irresignado com a r. sentença que, desprezando o temor da Oficial de mascarar um loteamento irregular, deferiu o registro de escritura de venda e compra, instituição e convenção de condomínio, postula sua reforma o digno Curador de Registros Públicos de Patrocínio Paulista. Sustenta que se trata de mais uma aplicação da imaginação fértil dos

loteadores para a irregular implantação de loteamento.

A apelada afirma que o representante do Ministério Público ficou impressionado com o fato de ter sido expresso em metros quadrados o valor de cada fração do condomínio. Nega que haja parcelamento do solo, porque o imóvel permanecerá íntegro, constituindo um condomínio rural, na forma tradicional do Código Civil.

2. Não pode subsistir a r. sentença, exceto em relação ao registro de venda e compra, acerca do qual nenhuma exigência foi feita.

O registro da instituição e da convenção do condomínio encontra obstáculos intransponíveis no Direito Civil, na Lei de Registros Públicos e no Direito Urbanístico.

A recorrida tem razão quando afirma que a expressão numérica das frações ideais pode ser dada em metros quadrados. O valor da

parte ideal em relação ao todo pode ser expresso em decimais (0,01666), em frações (1/60), em cruzeiros (Cr\$ 40.000,00 numa avaliação de Cr\$ 2.400.000,00), em metros quadrados (2.000m² numa total de 120.000m²), ou em porcentagem (1,666%). Os exemplos mencionados mostram a mesma participação num todo, expressa de diferentes formas.

Assim, o dimensionamento dado às frações ideais no título tem a ver com o valor em relação ao todo, e não propriamente com a área das partes ideais.

O indeferimento do registro decorre de outros motivos que subsistiriam ainda que as frações fossem diversamente enunciadas.

3. Na mesma escritura em que adquire um imóvel rural denominado "Sítio Itirapuã", com 23,90ha, a Agro-Pastoril Itirapuã Ltda. institui um "condomínio ordinário, na forma tradicional do Código Civil brasileiro, em seus arts. 623 e ss., e demais legislações pertinentes, naquilo que for aplicável, sendo perpétuo e absoluto", denominado "Condomínio Recanto da Barra".

Dispõe, ainda, o instrumento que o condomínio "se constituirá de um todo perpetuamente indivisível, vinculado aos fins previstos, pois a perpetuidade e indivisibilidade caracterizar-se-ão como expressa condição de negócio a que se vinculará, por contrato de adesão, cada adquirente de cota-parte ideal, na qualidade de co-proprietário do imóvel em questão".

Estabelece a instituinte que o condomínio se constituirá de 60 frações ideais; o imóvel se comporá de áreas de uso exclusivo dos condôminos, área reservada para caixa d'água e equipamentos, portões de acesso, dependências para zelador, caminhos de uso comum e faixas sanitárias.

O instrumento traz ainda a "convenção do condomínio", que fixa os direitos e deveres dos condôminos.

A recorrida não esclareceu como pretende que o registro seja feito, mas trouxe certidões de outras comarcas em que a instituição e a convenção foram registradas no Livro 2. Presume-se que seja esta sua intenção.

4. É incontroverso que o condomínio pode resultar de ato voluntário, pois, no dizer de Lacerda de Almeida, "resulta quase sempre de causa voluntária ou fortuita" (*Direito das Coisas*, Jacintho Ribeiro dos Santos Editor, Rio, 1908, p. 110). Poucas, todavia, são as hipóteses em que a indivisão é provocada voluntariamente; Lafayette arrola o "contrato como o de sociedade, ou de compra e venda, doação, se dois compram ou recebem em doação uma mesma coisa" (*Direito das Coisas*, Livraria Freitas Bastos, 6.ª ed., 1956, p. 93, nota 53).

O condomínio, não obstante, por definição, não pode resultar do ato unilateral do único proprietário. Com efeito, se o condomínio pressupõe a existência de mais de um proprietário, não se concebe a compropriedade quando uma única pessoa detenha o domínio de toda a coisa.

No instrumento levado a registro, alegando subordinação ao Código Civil, a única proprietária do imóvel institui, como outorgante e simultaneamente outorgada, um condomínio tradicional. Há evidente *contradictio in terminis*.

O Oficial do Registro de Imóveis, atento ao princípio da legalidade, não pode admitir o ingresso de título cujo conteúdo se contrapõe, às escâncaras, ao Direito vigente. É inaceitável que, com o registro, entre no mundo jurídico um condomínio de imóvel que tem um único dono.

5. O Código Civil opõe outro obstáculo ao registro perseguido pela recorrida.

Estabelece o instrumento de instituição que o condomínio é perpétuo e absoluto. Nada mais contraria tanto a lei.

É sempre oportuna a lição do já citado Lacerda de Almeida, para quem a comunhão é "um estado por índole transitório, refratário às normas dos contratos, e cuja regra principal é conciliar o interesse de um com o interesse dos outros, não para manter esse estado, que tende sempre a desfazer-se, mas para evitar conflitos, de que a comunhão é causa interminável e fecunda, ou para facilitar-lhe a dissolução, amigável ou judicial, para cujo fim existe em Direito ação competente e adequada" (ob. cit., p. 111).

Com efeito, o Código Civil dá ao condômino o direito de, a todo tempo, exigir a divisão da coisa comum (art. 629). Mesmo que seja acordada a indivisão e prorrogado o acordo, na forma permitida no parágrafo único do art. 629 do CC, a qualquer momento, qualquer comunheiro pode provar motivo grave e postular a rescisão do acordo (cf. Lacerda de Almeida, ob. cit., p. 114).

Ad argumentandum, se fosse possível à solitária dona do imóvel instituir a comunhão, o termo máximo não poderia ser superior a cinco anos. A prorrogação é facultade exclusiva dos condôminos, como ensina Caio Mário (*Instituições de Direito Civil*, Forense, Rio, vol. IV/165, 2.ª ed.), e não pode ser estabelecida no próprio acordo, devendo lhe ser ulterior (parágrafo único do art. 629 do CC).

6. A instituição de condomínio é sempre consequência, e não causa. Resulta sempre de uma transferência de domínio, quer seja voluntário, quer seja forçado, quer decorra do ato *inter vivos*, quer de transmissão *mortis causa*.

Não se pode, diante disso, aceitar um instrumento de instituição de condomínio. A indivisão é criada com efeito, v. g., de uma venda a mais de uma pessoa, ou de uma doação. O título que ingressa no Registro de Imóveis é o da venda e compra ou da doação, o condomínio surge no Registro automaticamente, sem instrumento próprio e exclusivo.

7. A única instituição de condomínio que foge às normas do Código Civil é a prevista na Lei 4.591/64, mas a esta não se subordina a de que trata o título prenotado.

A instituição da Lei 4.591/64, posto que não se aplique somente a edifícios, tem sua existência subordinada à construção de casas térreas, assobradadas ou de edifícios. Sem a vinculação do terreno às construções não há condomínio que se sujeite à lei especial.

A instituição pretendida pela recorrida não trata de construção de casas. Não há vinculação entre as frações ideais do terreno e as edificações. Ausentes os pressupostos contidos nos arts. 7.º e 8.º da Lei 4.591/64, é evidente que o condomínio a que se refere o título não tem a ver com o regulado neste diploma legal.

Por outro lado, não se poderia pretender a aplicação da Lei 4.591/64 à hipótese dos autos, porque o imóvel, aqui, é rural. A finalidade da lei é tipicamente urbana, como decorre de seu art. 1.º.

A recorrida em nenhum momento argumentou com a Lei 4.591/64. O que foi dito acima tem o objetivo de preparar a conclusão seguinte, atinente ao Registro de Imóveis.

8. O único instrumento de instituição de condomínio que tem ingresso no Registro de Imóveis é o previsto no art. 7.º da Lei 4.591/64. É a ele que se refere o art. 167, I, n. 17, da Lei de Registros Públicos.

Se a instituição de condomínio não tem supedâneo na Lei 4.591/64, não merece registro. Como tem sido decidido por este Conselho, a enumeração do art. 167, I, da Lei 6.015/73 é taxativa; não podem ser registrados atos que nele não estejam arrolados.

Como já foi visto, o condomínio tradicional nasce sem registro próprio, em decorrência do registro de transmissões do domínio.

9. Há outros aspectos que revelam a irregularidade e a ilegalidade do empreendimento.

O imóvel é rural e está cadastrado no INCRA. Ouvida a respeito do assunto em Ribeirão Preto, a autarquia, por seu Coordenador Regional, recusou qualquer parecer sobre o "condomínio rural". O Instituto entendeu que, se o imóvel permanece íntegro, não surge seu interesse (fls.).

Parece enganosa a posição. O "condomínio rural", se admitido, implicará alteração do uso do solo rural. Esta conclusão decorre da sim-

ples leitura da escritura apresentada pela recorrida.

Diz o título, sob a rubrica "da destinação do condomínio", que "o Condomínio Recanto da Barra, ora instituído, destina-se para fins exclusivamente de lazer e recreativos" (fls.).

Ora, lazer e criação são atividades tipicamente urbanas. Se o condomínio tem essa finalidade, não pode ser considerado rural (cf. Diógenes Gasparini, "Chácaras e sítios de recreio", in *O Estado de S. Paulo*, dia 13.6.82; Elvino Silva Filho, *Loteamento Fechado e Condomínio Deitado*, trabalho multicopiado, p. 6).

A convenção é mais expressa e chega a proibir o exercício de atividade rural dentro do condomínio: "Fica terminantemente proibida a construção ou exploração de qualquer atividade comercial ou ramo de negócio lucrativo nas dependências do condomínio, bem como criação e manutenção de animais ou aves para fins comerciais" (fls.).

É vistosa a alteração de destinação do imóvel, a exigir, em primeiro lugar, a audiência do INCRA, na forma do art. 53 da Lei 6.766/79. Em segundo lugar, a Prefeitura deve aprovar o projeto, como determina o mesmo dispositivo legal, independentemente da existência ou não de parcelamento do solo. A alteração demandaria, ainda, averbação no Registro de Imóveis e ensejaria, como providência secundária, o cadastramento do imóvel no Município.

10. Resta mostrar outros inconvenientes que, embora de ordem prática, não podem ser desprezados pelo intérprete em hipótese em que a lei é omissa ou falha.

Ressalte-se, de início, que todas as formas de loteamento que têm sido feitas à margem da Lei 6.766/79 acabam por causar grandes transtornos aos Municípios. Os loteamentos fechados que se têm formado no mais das vezes à revelia das Prefeituras acabarão, mais cedo ou mais tarde, entrando a expansão da zona urbana pela impossibilidade de integração das vias internas ao sistema viário do Município.

A má administração dessas formas especiais de "condomínio" acaba por exigir o socorro do Município, que, para atalhar os problemas sociais resultantes, é obrigado a aceitar um parcelamento do solo feito sem observância de seus regulamentos.

Outro problema que, a médio prazo, tende a surgir, especialmente nos "condomínios" como o instituído pela recorrida, diz respeito à própria indivisão.

Como já foi dito, a qualquer conflito, qualquer condômino poderá exigir a divisão. Esta não poderá ser feita senão sob a forma de loteamento. Como a situação já existirá de fato,

não haverá como impedir a sua jurisdição, ainda que contra todas as regras urbanísticas.

Como solucionar, de outra parte, o problema que surgirá na sucessão dos condôminos? Será admitido novo condomínio dentro do anterior? Como impedir, por outro lado, que cada condômino aliene sua cota a mais de uma pessoa?

Todas essas questões serão, seguramente, fontes de litígios, a provar que o condomínio é *mater rixarum*, como sempre foi dito.

Finalmente, não pode ser deixado de lado o aspecto urbanístico do empreendimento. Por

mais que se esforce a recorrida, não conseguirá nunca negar que, *de fato*, haverá o parcelamento interno da propriedade, Será formado um núcleo habitacional, mas sem reserva de áreas verdes e institucionais, sem controle de saneamento e sem controle da infra-estrutura sanitária.

Não é essa, realmente, a melhor forma de urbanização. Custas *ex lege*.

São Paulo, 4 de julho de 1983 — CARVALHO FILHO, pres. — AFONSO ANDRÉ, corregedor geral e relator — ANDRADE JUNQUEIRA, vice-pres.

LOCAÇÃO

Preferência do inquilino à aquisição do imóvel locado — Contrato não registrado — Condição inafastável ao exercício do direito de ação — Aplicação do art. 25, § 1.º, da Lei 6.649/79.

Segundo estabelece o art. 25, § 1.º, da Lei 6.649/79, o direito de preferência conferido ao inquilino do imóvel transacionado com ofensa ao estabelecido no "caput" do dispositivo somente poderá ser exercido se pelo menos 30 dias antes da venda, promessa de venda ou cessão de direito estiver registrado no Registro Imobiliário o contrato de locação.

Apelação cível 162.992 — Cachoeira Paulista — Apelantes: Néelson Pinto da Motta e Arlindo Calegão e sua mulher — Apelados: Os mesmos e Sebastião de Mendonça (2.º TACivSP).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação 162.992, da comarca de Cachoeira Paulista, em que são apelantes Néelson Pinto da Motta e Arlindo Calegão e sua mulher e apelados os mesmos e Sebastião de Mendonça: Acordam, em 9.ª Câmara do 2.º Tribunal de Alçada Civil, por votação unânime, adotado o relatório de fls., negar provimento aos recursos. Custas na forma da lei.

Assim decidem para confirmar a r. sentença, pelos seus próprios e jurídicos fundamentos, que equacionou com precisão a matéria controvertida.

Como está claro no § 1.º do art. 25 da Lei 6.649/79, o direito de preferência conferido ao inquilino de imóvel transacionado com ofensa ao estabelecido no *caput* do dispositivo somente poderá ser exercido se "pelo menos 30 dias antes da venda, promessa de venda ou cessão de direitos estiver inscrito no Registro Imobiliário, na forma a ser estabelecida em regulamento, o contrato de locação".

A inscrição do contrato de locação no Registro Imobiliário, portanto, é condição inafastável ao exercício do direito de ação, conforme, aliás, constou claramente do texto da mensagem encaminhada ao Legislativo Federal de que resultou a edição da Lei 6.689/79, que, dentre outras providências, acrescentou os §§ 1.º e 2.º ao art. 25 da Lei 6.649/79.

E assim se procedeu para proteger o interesse do terceiro de boa-fé que tenha adquirido o imóvel sem conhecer a circunstância de existir sobre ele contrato de locação.

De qualquer forma, o § 2.º do art. 25 da legislação inquilinária assegurou ao locatário preterido na sua preferência o direito de reclamar do alienante perdas e danos.

A inviabilidade da ação de prelação por locatário não possuidor de contrato registrado no Registro de Imóveis tem sido enfatizada de modo pacífico na doutrina, como demonstrou o v. acórdão da E. 6.ª Câmara deste Tribunal, relator o Juiz Dante Busana (*Julgados*, Saraiva, 76/154), entendimento posteriormente confirmado em grau de embargos infringentes (*idem*, 78/302).

E nesse sentido se orientou a jurisprudência desta Casa (*Julgados*, Saraiva, 71/373; Ap. 151.331, 154.397, 154.846, 156.360 etc.).

A ação, pois, foi corretamente desacolhida pela decisão de primeiro grau, não merecendo guarida a apelação dos locatários, em que pese ao brilho da argumentação desenvolvida pelo seu ilustre Patrono.

Também o recurso dos alienantes não merece agasalho, posto que a verba advocatícia resultou criteriosamente arbitrada, em atinência aos parâmetros legais e às peculiaridades do caso concreto, dirimido em julgamento antecipado, com uma única intervenção do patrono dos ora apelantes, ao ensejo do ofe-

recimento da contestação, não reclamando esta peça maior esforço de elaboração.

Com essas considerações, negam provimento aos recursos.

Participaram do julgamento os Juízes Flávio Pinheiro, revisor, e Toledo Nacarato. São Paulo, 28 de setembro de 1983 — MARCELLO MOTTA, pres. e relator.

NOTIFICAÇÃO

Compromissário comprador — Constituição em mora — Admissibilidade da via judicial — Inicial deferida.

Não proíbe a lei que a notificação se faça por via judicial, orientando-se a jurisprudência no sentido de lhe dar validade para a constituição do compromissário comprador em mora.

Apelação cível 37.455-2 — São Paulo — Apelante: São Lucas Imóveis Ltda. — Apelados: Marinalva Marcolino de Santa e seu marido (TJSP).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação cível 37.455-2, da comarca de São Paulo, em que é apelante São Lucas Imóveis Ltda., sendo apelados Marinalva Marcolino de Santana e seu marido: Acordam, em 12.ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, por votação unânime, dar provimento ao recurso.

1. O Dr. Juiz de Direito indeferiu *in limine* a petição inicial, com estes argumentos:

“Não tem a suplicante interesse de agir judicialmente. A notificação para a constituição em mora, como prevista no art. 32 e seus §§ da Lei 6.766, de 19.12.79, deve ser feita pelo oficial do Registro de Imóveis. Note-se, ademais, que o pagamento das prestações em atraso deverá ser efetuado em Cartório (§ 3.º do art. 32 da referida lei) do Registro Imobiliário.

“Duas razões de ordem pública estão na raiz da prescrição legal: a) evitar o acúmulo de serviços judiciais; b) proteger o adquirente de eventuais cobranças a maior por parte dos notificantes, que pretendem receber as prestações em atraso em seu próprio escritório.”

Em consequência, julgou extinto o pedido por falta de interesse de agir, com fundamento no art. 267, VI, do CPC.

Apelou a requerente, postulando a reforma do decisório. Os requeridos foram citados para o fim previsto no art. 296 do CPC. Mantiveram-se silentes.

2. O entendimento adotado pelo Sentenciador não pode subsistir. Destina-se a notificação a manifestar aos notificados, de modo formal, a intenção dos notificantes de receberem as prestações em atraso, ou de constituirlos em mora.

Não proíbe a lei que a notificação se faça por via judicial, orientando-se a jurisprudência no sentido de lhe dar validade para a constituição do compromissário comprador em mora. Por outro lado, sem pretender entrar no mérito da eficácia da notificação em pauta, cumpre assinalar que ela também esclarece que o pagamento poderá ser feito ao Oficial do Registro Civil de Suzano.

Para o saudoso Pontes de Miranda, característica da notificação é a exteriorização da vontade que não tem consequências jurídicas *per se*. A eficácia depende do ato ou omissão do notificado (*Comentários ao Código de Processo Civil*, ed. Forense, 1959, p. 161).

A vista do exposto, dão provimento ao recurso para deferir a inicial.

O julgamento teve a participação dos Des. Dínio Garcia, pres., com voto, e Machado Alvim. São Paulo, 10 de maio de 1983 — MACHADO DE ARAÚJO, relator.

COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA

Instrumento particular não registrado — Venda do imóvel a terceiro — Escritura desta alienação — Registro — Dúvida improcedente.

Na esfera administrativa, o que deve ser observado é o aspecto regulamentar dos registros públicos.

O compromisso particular irregularmente registrado no Registro de Títulos e Documentos, não conferindo ao compromissário comprador o direito real, não impede o registro da escritura pública de compra e venda outorgada a terceiro. No aferimento

da prioridade legal, o que interessa é o conteúdo intrínseco do título apresentado, porque o critério da antecedência na apresentação é subsidiário.

Não cabe, na instância administrativa em que se decide a dúvida do serventuário, a discussão em torno do cumprimento ou descumprimento de obrigações assumidas no compromisso de compra e venda e nem das conseqüências jurídicas a que possa qualquer das partes, por sua falta, estar sujeita. Essa matéria é jurisdicional e só pode ser resolvida em ação própria.

Apelação cível 10.442 — Diamantino — Apelante: Francisco de Assis Pereira — Apelado: Omir Ferraz Freitas (TJMT).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos de apelação cível, classe II, T, 10.442, de Diamantino: Acordam os Juizes do Tribunal de Justiça, em 1.ª Câmara Cível, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas anexas, sem discrepância de votos e de acordo com o parecer da douda Procuradoria-Geral da Justiça, negar provimento ao recurso.

Cuiabá, 21 de março de 1983 — CARLOS AVALLONE, pres. e relator.

RELATÓRIO

O Des. Carlos Avallone: Síntese dos pontos controvertidos no recurso. Francisco de Assis Pereira, inconformado com a decisão que julgou improcedente a dúvida suscitada pela escrevente juramentada do Registro Geral de Imóveis da comarca de Diamantino, apela, alegando, em resumo:

1. Que, tendo adquirido duas áreas de terras de Omir Ferraz de Freitas, denominadas "Fazenda Teixeira" e "São Fernando", através de contrato de compromisso de compra e venda, irrevogável e irretroatável, devidamente registrado sob n. 684 no Livro B-3 do Registro de Títulos e Documentos, em 15.2.82, irregular e ilegal foi a venda da mesma propriedade que o alienante fez à firma Fraga Assessoria Empreendimentos S/A, através de escritura de compra e venda que a decisão recorrida determinou fosse registrada.

2. Que, diante do contrato de compromisso de venda e compra irretroatável e irrevogável, devidamente registrado, o alienante estava impedido de transacionar pela segunda vez o mesmo imóvel, procedimento que, além de ilícito, comprova que agiu de má-fé quando demonstrou inusitado interesse em registrar, ele mesmo, a propriedade em nome de terceiro, quando o costume é o registro ser feito pelo comprador.

Depois de citar e transcrever trechos doutrinários aplicáveis ao caso, termina pedindo a reforma da decisão.

Nas contra-razões, o alienante sustenta a manutenção da decisão recorrida, afirmando

que não se trata de arrependimento de uma das partes, mas sim de descumprimento do-loso por parte do comprador das condições propostas no contrato, fato comprovado na necessidade da notificação que fez, sendo certo que o comprador não pagou o preço e o costume é o vendedor providenciar o registro da venda da propriedade, principalmente quando ele deve ser feito em comarca diferente.

O Dr. Promotor (fls.) manteve o parecer de fls., afirmando que a apelação interposta encobre interesse meramente protelatório.

A Procuradoria-Geral da Justiça, em seu parecer de fls., opinou pelo desprovimento do recurso, entendendo que o compromisso de compra e venda foi registrado no livro próprio, com força de impedir o registro solicitado posteriormente.

É a síntese. A douda Revisão.

VOTO

O Des. Carlos Avallone (relator): Em que pese ao denodado esforço do ilustre Patrono do apelante, a sentença recorrida, por ter apreciado adequadamente a espécie em julgamento, merece integral confirmação.

Para o deslinde da controvérsia há de se delinear, em primeiro passo, os contornos e o alcance da prova coligida. Ela foi analisada com muita acuidade pelo Juiz e a conclusão não poderia ter sido outra.

Ao decidir pela improcedência da dúvida, assim concluiu o ilustre Magistrado:

"Consta que o compromisso de compra e venda foi apresentado no Cartório de Registro de Imóveis cerca de 70 dias atrás pelo promissário comprador (fls.).

"Pela análise da fotocópia do contrato de compromisso de compra e venda vê-se que, naquela oportunidade, da apresentação do compromisso de compra e venda ao Sr. Oficial do Registro de Imóveis da comarca, o protocolo do título foi efetuado no Livro A-1, livro auxiliar, portanto (fls.).

"Consta, ainda, que o contrato de compromisso de compra e venda está registrado no Livro B-3 do Registro de Títulos e Documentos, sob n. 684 (fls.).

“Consta que o Sr. Omir Ferraz de Freitas apresentou no Cartório de Registro de Imóveis escritura de venda e compra, para ser registrada, em data de 2.4.82, conforme consta da certidão de fls., tendo sido feita a prenotação da escritura sob n. 21.485 a fls. 394 do Livro 1.

“É bem verdade que o contrato de compromisso de compra e venda e a escritura de venda e compra envolvem os mesmos imóveis, ou seja, as Fazendas Teixeira e São Fernando, ambas matriculadas no Registro Geral de Imóveis da comarca sob ns. 1.221 e 1.200.

“A dúvida suscitada pela Escrevente juramentada do Registro Geral de Imóveis da comarca não pode ser acolhida, pois a mesma está desprovida de amparo legal. Realmente, o que deve ser levado em conta é a questão do regime das prioridades.

“O art. 12, parágrafo único, da Lei 6.015, de 31.12.73, enxertado pela Lei 6.216, de 30.6.75, autoriza, para fins de exame e cálculo de emolumentos, apresentação de títulos a que não se segue lançamento no Protocolo, Livro 1 (art. 174).

“O compromissário comprador apresentou o contrato de compromisso de compra e venda para ser registrado, consoante o disposto no art. 167, I, n. 9, da Lei de Registros Públicos, não insistiu na prenotação do Livro de Protocolo, satisfazendo-se com o Protocolo do Livro A-1, livro auxiliar, resultando o mencionado Protocolo no ulterior registro do compromisso de compra e venda no livro de registro de títulos e documentos. Desta forma, não está o compromissário comprador garantido pela prenotação no Livro 1, o que lhe asseguraria a prioridade no registro. Se o Oficial do Registro de Imóveis recusou-se ao recebimento do título, invocando este ou aquele argumento, competia ao apresentante do contrato de compromisso de compra e venda pugnar pelo lançamento do título no Protocolo, pois tal lançamento, com aquisição de número de ordem, determina precedência do direito real. O compromissário comprador, todavia, preferiu satisfazer-se com o registro do seu título no livro do registro de títulos e documentos. Está, pois, o apresentante da escritura de venda e compra, prenotada sob n. 21.485, fls. 394, Livro 1, com o seu direito real assegurado sobre o do compromissário comprador, em decorrência da anterioridade de seu lançamento no Registro Imobiliário, o que por si só faz com que o seu direito real seja oponível a todos os terceiros.

“Se o compromissário comprador sentir-se prejudicado com o registro da escritura de venda e compra que agora determino, que o mesmo se valha das vias ordinárias para deduzir suas pretensões desconstitutivas.

“Cumpre-me ressaltar que o serventuário da Justiça está obrigado a indagar do interessado que vai ao Cartório de Registro de Imóveis apresentando título se se trata de exibição para prenotação ou para apenas exame e cálculo de emolumentos independentemente desse lançamento (arts. 12 e parágrafo único, 182 e 183).

“O serventuário da Justiça deve também esclarecer e advertir os apresentantes de títulos de que, se seu título está sendo apresentado para simples exame e cálculo de emolumentos, embora formalizada apresentação no livro auxiliar da serventia, isto por si só não importa concessão de prioridade alguma.

“Diante destas razões, sem levar em conta as apresentadas pelo impugnante, julgo improcedente a dúvida suscitada, determinando que a Serventuária da Justiça suscitante proceda ao registro da escritura, conforme foi solicitado.”

O sistema germânico da transmissão da propriedade, sistema adotado na atual Lei de Registros Públicos, tem como princípios fundamentais: o de que a transferência do domínio só se opera pela transcrição no Registro competente; o de que o contrato apenas atua na esfera das partes contratantes, criando entre elas mera relação de débito e crédito; o de que o registro constitui tradição solene da coisa.

Os títulos apresentados a registro — o instrumento particular de fls. e a escritura pública de fls. — versam sobre alienação do mesmo imóvel feita pelos proprietários a diferentes compradores.

Se registrados os dois no Registro Geral de Imóveis, haveria contradição entre os direitos reais, fato que torna inviável o registro simultâneo dos títulos, vez que, recaindo sobre o imóvel, se contradizem no seu conteúdo, de modo a se anularem reciprocamente.

No caso em apreço, registrado o compromisso particular de compra e venda no livro de títulos e documentos, a solução da dúvida reclama, inicialmente, o exame dos títulos, em ordem a verificar se alguns deles se impõem à prioridade, pelo seu conteúdo intrínseco, dado que o critério da antecedência da apresentação é subsidiário.

O exame mostra que o apelado defende o registro de uma escritura resultante do contrato de compra e venda perfeito e acabado, formalmente concluído de acordo com a Lei de Registros Públicos, enquanto que o apelante se apresenta com contrato de compromisso particular registrado no livro de títulos e documentos, portanto, incompleto e insuficiente para a criação do direito real.

A verdade que ressalta do conjunto probatório é que o apelante não é titular do direito

real que afirma porque não cumpriu a exigência legal do registro no livro próprio, além de ter sido acusado da falta de cumprimento do combinado no compromisso.

O apelado, conforme demonstra nas manifestações constantes dos autos, percebendo a impossibilidade de o promitente comprador cumprir o combinado, notificou-o judicialmente e, depois de decorrido o prazo sem cumprimento do combinado, ingressou em Juízo com ação declaratória que se encontra fotocopiada a fls., e o proprietário, forçado pelo débito bancário, vendeu a propriedade ao apelado, através da escritura pública que a arguição da dúvida impediu fosse registrada.

Não é cabível, no caso, a discussão em torno do cumprimento das obrigações de uma ou de outra parte e nem das conseqüências jurídicas decorrentes.

Não cabe, neste processo de dúvida, na instância administrativa, em que se decide sobre a dúvida do Serventuário, a discussão em torno do cumprimento ou descumprimento de obrigações assumidas no compromisso de compra e venda e nem das conseqüências jurídicas a que possa qualquer das partes, por sua falta, estar sujeita. Essa matéria é jurisdicional e deve ser resolvida em ação própria.

Na esfera administrativa, repito, o que se olha é o aspecto regulamentar dos registros públicos.

O apelante não tem título registrado de acordo com a Lei 6.015.

O contrato de compromisso é um documento de obrigação cujo inadimplemento deve ser discutido na esfera judicial, sem prejuízo da transmissão operada entre o apelado e o vendedor, relativamente ao direito dominial substanciado na escritura que deve ser registrada conforme previsão legal.

Em face do exposto, nego provimento ao recurso para manter a bem lançada decisão recorrida. É como voto.

VOTO

O Des. Licínio Carpinelli Stefani (revisor): A cláusula de irrevogabilidade e irretratabilidade inserta no compromisso de compra e venda, para impedir uma segunda alienação do bem comprometido à venda, não basta. É

de mister o registro do compromisso no Registro Imobiliário, gerando, assim, direito real oponível *erga omnes* (art. 167, I, n. 9, da Lei 6.015, de 31.12.73).

O compromisso de compra e venda de fls., por não ter sido registrado no Registro de Imóveis, não confere ao compromissário comprador o *jus in re* oponível a terceiros, não podendo, pois, obstar à alienação do bem a outrem, nem impedir o registro da respectiva escritura.

O registro feito no Registro de Títulos e Documentos, gerando apenas direitos obrigacionais, não tem força nem eficácia para trançar o acesso do Registro Imobiliário ao adquirente dos imóveis descritos na escritura de compra e venda.

“Caso, porém, o segundo título tenha-se vantajado irregularmente, o titular da propriedade, prejudicado pelo registrador, poderá intentar, se quiser, a ação de retificação da inscrição, promovendo ao mesmo tempo a inscrição preventiva da contradita, a fim de que, por essa medida cautelar, exclua a de fé pública ligada àquela, até que seja decidida a ação, com audiência de todos os interessados. Pontes de Miranda censura, com toda razão, um acórdão paulista que, independentemente dessa ação, decidiu em favor do título prioritário contra o inscrito, p. 384 do *Registro de Imóveis*, de Afrânio de Carvalho, 2.ª ed. Forense.” Ao que parece, as partes já estão litigando, já estão se socorrendo dos meios que a lei lhes oferta. Nego, pois, provimento ao apelo. É como voto, Sr. Presidente.

VOTO

O Des. Flávio José Bertin (vogal): Acompanho o voto do Des. Relator.

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: Sem discrepância de votos e de acordo com o parecer da d. Procuradoria-Geral da Justiça, negaram provimento ao recurso.

Presidência do Des. Carlos Avallone. Relator o Des. Carlos Avallone. Tomaram parte no julgamento os Des. Carlos Avallone, Licínio Carpinelli Stefani e Flávio José Bertin.

REGISTRO

Título anterior ao Código Civil — Necessidade apenas de sua exibição para inaugurar a cadeia filiatória — Inexigibilidade de seu registro — Interpretação dos arts. 235 e 235 do Dec. 370, de 1890.

ENFITEUSE

Imóvel não registrado — Título de transmissão do domínio útil — Omissão do nome do senhorio direto — Matrícula inadmissível.

Não se pode confundir a necessidade de apresentação do título anterior ao Código Civil com a necessidade do seu registro para prova de domínio. A exibição daquele título prova o domínio, tanto quanto a certidão da transcrição feita depois de 1.1.17.

A enfiteuse é direito real sobre coisa alheia. O imóvel enfiteutico deve ser matriculado em nome do titular do domínio direto, só aparecendo o nome do detentor do domínio útil no registro que se fizer na mesma matrícula.

Apelação cível 2.586-0 — Santa Rosa do Viterbo — Apelante: Antônio Lerco — Apelado: Oficial do Cartório de Registro de Imóveis (CSMSP).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação cível 2.586-0, da comarca de Santa Rosa do Viterbo, em que é apelante Antônio Lerco e apelado o Oficial do Cartório de Registro de Imóveis; Acordam os Desembargadores do Conselho Superior da Magistratura, por votação unânime, negar provimento ao recurso, nos termos que constarão deste acórdão.

1. Não se verga o apelante à r. sentença que, acolhendo dúvida do Oficial, indeferiu o registro de escritura de venda e compra lavrada em 1910, sob o argumento de que o título deveria satisfazer as exigências da Lei 6.015/73.

2. Convincente, o recurso comportaria provimento, não fosse outro obstáculo que a decisão omitiu.

É incontroverso que os títulos anteriores ao Código Civil, para operar a transmissão de direitos reais, não estavam sujeitos a transcrição. A doutrina e a jurisprudência vacilaram durante muito tempo e não eram desprezíveis os argumentos usados por aqueles que pretendiam atribuir força constitutiva à transcrição. Prevaleceu, não obstante, a outra corrente que, interpretando o art. 233 do Dec. 370, de 2.5.1890, em consonância com o art. 235 do mesmo diploma ("Todavia, a transcrição não induz prova de domínio, que fica salvo a quem for"), dava à transcrição apenas a eficácia da publicidade não constitutiva.

Ainda recentemente, em pelo menos duas oportunidades, este Conselho apreciou a mesma questão. Numa delas ficou dito que "o registro do título anterior ao Código Civil nada tem, e nem poderia ter, de constitutivo. Visa exclusivamente ao resguardo da continuidade, que é uma das garantias do sistema. Não se trata de inovação trazida pela Lei 6.015/73, que só fez repetir preceitos que apareceram, pela primeira vez, no Regimento de 1928 (Dec. 18.542, de 24.12.28, art. 206). . . Já não importa que o título não estivesse sujeito a registro. Sua exibição é obrigatória para que possa ser inaugurada a corrente filiatória"

(Ap. cível 1.778-0, de Santos, acórdão de 14.3.83).

Na outra oportunidade, decidiu este Conselho não ser correta a exigência de registro de título anterior ao Código Civil. Cuidando de partilha em inventário, foi dito que "o herdeiro aquinhoadado em 1913 é proprietário independentemente de registro. Pode transmitir a propriedade sem provar a transcrição" (Ap. cível 1.762-0, de Jacupiranga, acórdão de 14.3.83).

Observe-se bem: não se pode confundir a necessidade de apresentação do título anterior ao Código Civil com a necessidade de seu registro para prova do domínio.

A exibição do título anterior ao Código Civil é a prova do domínio, tanto quanto o é a certidão da transcrição, feita depois de 1.1.17.

O título anterior ao Código Civil pode inaugurar a corrente filiatória de um imóvel. E nesse sentido que se faz necessário seu registro. Serve ele para a abertura da matrícula, que, indubitavelmente, é um registro. A continuidade dos registros é exigida a partir desse título, mas não em relação a ele.

3. Na hipótese dos autos, exibido título anterior ao Código Civil, não se poderia exigir prova do registro aquisitivo, simplesmente porque a lei não impõe tal requisito. Com base na escritura seria aberta a matrícula, dando-se início à corrente filiatória.

4. A caracterização do imóvel é razoável. Não satisfaz, é evidente, todas as exigências constantes do art. 225 da Lei de Registros Públicos. Possibilita, não obstante, a identificação do imóvel. De resto, o § 2.º do art. 176 do mesmo diploma legal, por analogia, dispensa o título das minúcias reclamadas atualmente.

A completa qualificação das partes poderia ser fornecida, com outros documentos, pelo interessado no registro. Ficaria, com essa providência, completa a matrícula.

Não seria difícil, por fim, a apresentação de certidões negativas e de prova do valor venal do imóvel.

5. O verdadeiro obstáculo ao registro está em que o imóvel é enfiteutico. A escritura

diz que o outorgante transmite “toda posse, jus, domínio e ação que exerce em dita casa e terreno foreiro do patrimônio”. Consigna, ainda, que “foi paga à fábrica a importância de 12\$500 réis de laudêmio, de 2,5% sobre o valor da venda” (fls.).

Ora, o objeto da escritura é apenas a transmissão do domínio útil do imóvel. Não se sabe — e o título não menciona — quem é o senhorio direto.

Não se pode matricular o imóvel sem que se saiba quem é o senhorio direto. Apenas seu nome constaria da matrícula. A enfiteuse

é direito real sobre coisa alheia: o nome do enfiteuta apareceria apenas no registro 1.

O obstáculo, aqui, é insuperável. Dificilmente conseguirá o apelante demonstrar quem é o senhorio direto, com a apresentação de seu título de aquisição. Mas poderá obter o registro, sanando a falha do título.

6. Por todo o exposto, acordam, por votação unânime, mas por outro motivo, negar provimento ao recurso. Custas *ex lege*.

São Paulo, 12 de setembro de 1983 — CARVALHO FILHO, pres. — AFONSO ANDRÉ, corregedor geral e relator — ANDRADE JUNQUEIRA, vice-pres.

USUCAPIÃO

Imóvel não registrado — Alegação de se tratar de terras públicas, inapropriáveis — Inadmissibilidade — Inexistência de prova da posse, pelo Estado, posterior ao Código Civil.

Afirmando o Estado que as terras não transcritas são devolutas, o que lhes inibe a incidência da prescrição aquisitiva, compete-lhe demonstrar que a posse, no mínimo, é posterior à vigência do Código Civil, posto que antes desse marco as terras devolutas eram passíveis de usucapião.

Apelação cível 36.544-1 (reexame) — São José dos Campos — Recorrente: Juízo de Direito — Apelante: Fazenda do Estado — Apelados: Juvenal Ramos da Silva e sua mulher e Curador Especial (TJSP).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação cível 36.544-1, da comarca de São José dos Campos, em que é recorrente o Juízo *ex officio*, sendo apelante a Fazenda do Estado e apelados Juvenal Ramos da Silva e sua mulher e o Dr. Curador Especial, pelos interessados incertos e desconhecidos: Acordam, em 4.ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, por votação unânime, negar provimento aos recursos.

Usucapião. Sentença de procedência da ação proferida, com relatório adotado, a fls., tendo condenado a Fazenda no reembolso de custas e em verba advocatícia (um salário mínimo regional).

Reexame necessário. Apelo da Fazenda (fls.), sustentando que as terras são públicas e, pois, inapropriáveis.

Contra-arrazoado, o apelo mereceu desaprovção do Ministério Público, em ambas as instâncias. É o relatório.

A tese versada nos presentes autos tem sido invariavelmente enfrentada pela E. Câmara em termos antagônicos à Fazenda. Assenta-se esta no entendimento de que as terras não transcritas são devolutas, o que lhes inibe a incidência da prescrição aquisitiva, como no caso.

Presente a óbvia distinção entre terras devolutas e terras adéspotas, bem delineada no

escólio de Pontes de Miranda (*Tratado de Direito Privado*, XII/445), simplifica-se o enfoque da questão em debate, circunscrito, então, ao rateio do *onus probandi*. Com efeito, o Código de Processo Civil, art. 333, inculca o ônus da prova do fato impeditivo a quem, na resposta à ação, viera a alegá-lo. Pontes completa seu pensamento, *verbis*: “As terras ou são de particulares, ou do Estado, ou *nullius*. Nem todas as terras que deixam de ser de pessoas físicas ou jurídicas se devolvem ao Estado. Ao Estado vai o que foi abandonado, no sentido preciso do art. 589, III. Ao Estado foi o que, segundo as legislações anteriores ao Código Civil, ao Estado se devolvevia. A expressão “devolutas”, acompanhando terras, a esse ato se refere. O que não foi devolvido não é devoluto. Pertence a particular, ou ao Estado, ou a ninguém pertence” (p. 440).

Assim, razão assistia ao eminente e saudoso Des. Mendes Pereira quando, à vista de espécie análoga, dissertava no sentido de que “incumbe ao Estado demonstrar que a posse, no mínimo, é posterior à vigência do Código Civil, posto que, antes desse marco, as terras devolutas eram passíveis de usucapião” (Ap. 17.875-1). Confira-se a Súmula 340 do STF.

O bem lançado parecer da Procuradoria, a cargo do Dr. José Carlos Toseti Barruffini

(fls.), dá à discussão contornos de irreprochável precisão, destacando que, inicialmente públicas, as terras, entretanto, passaram para o domínio particular, pois "o Estado não reservou terras, não é latifundiário, e, assim, a terra pública constitui exceção". Apóia-se em julgados do Pretório Excelso (RE 75.469-SP), além de outros (RTJ 51/199; RT 434/84 e 490/65).

A objeção seguinte, de que o imóvel localizar-se-ia em área de reserva florestal, não se reveste de densidade jurídica. Nada obsta à prescritibilidade de tais terras, certo, como se afigura, que semelhante afetação não se erige

em veto à alienabilidade da área, traduzindo tão-só limitação de color administrativo.

É patente a incidência da norma de sucumbência à espécie, porquanto a ora recorrente contestou e pôs termos efetivos à controvérsia, sendo vencida. Nada mais plausível que a honorária fixada.

Do exposto, negam provimento aos recursos. Custas na forma regular.

O julgamento foi presidido pelo Des. Moretzsohn de Castro e dele também participou o Des. Alves Barbosa, ambos com votos vencedores. São Paulo, 6 de outubro de 1983 — NEY ALMADA, relator.

REGISTRO

Retificação — Aumento de área — Inteligência dos arts. 860 do CC e 212 da Lei 6.015/73 — Hipótese em que não cabe.

A retificação do registro imobiliário autorizada pela Lei 6.015/73 e pelo Código Civil é aquela que pertine ao erro de forma do registro. Inadmissível a retificação que visa a aumentar a área original, que se constitui em verdadeira forma de aquisição.

Apelação cível 958/83 — São José dos Pinhais — Apelante: Posto Colombo Ltda. — Apelado: Ministério Público (TJPR).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação cível 958/83, de São José dos Pinhais, em que é apelante Posto Colombo Ltda. e apelado o Ministério Público.

1. O recurso interposto pelo apelante visa a desconstituir a sentença de primeiro grau que indeferiu sua pretensão de ver retificada, no Registro Imobiliário, uma área de terras da qual é proprietário, localizada em Campina, Município de São José dos Pinhais.

Alega, em síntese, nas razões de seu recurso, não se justificar o indeferimento, porquanto, citados os confrontantes e o próprio alienante, inexistiu da parte deles qualquer contestação ao pedido, fato que demonstra não resultar a medida em prejuízo a quem quer que seja.

2. Ingressou, nesta instância, com pedido de uniformização de jurisprudência, alegando divergência nos julgados das Câmaras deste Sodalício, juntando, inclusive, cópias de acórdãos para demonstrar a divergência jurisprudencial.

3. Preliminarmente, é de rejeitar-se, *data venia*, a pretendida uniformização. É que os arestos trazidos a colação não guardam similitude com a espécie em julgamento, não podendo, pois, servir de paradigma para o fim colimado.

4. No que concerne ao mérito, melhor sorte não assiste ao apelante. Como bem pondera a ilustrada Procuradoria-Geral da Justiça, merece confirmação a sentença impugnada.

Ficou sobejamente demonstrado nos autos que a pretensão exposta na vestibular encerra verdadeira aquisição, e não mera retificação de registro.

Assim, a ação escolhida pelo apelante é inadequada ao fim a que se destina, pois a própria legislação por ele invocada é de meridiana clareza ao estabelecer as hipóteses para sua aplicabilidade.

O art. 860 do CC e a Lei 6.015/73, em seu art. 212, autorizam a corrigenda do título registrado quando neste exista qualquer erro. Não autorizam, porém, a retificação para aumentar a área, porquanto, então, estar-se-ia permitindo aquisição de imóvel, através de simples pedido de retificação.

Vale, a respeito, transcrever decisão do STF que se adapta perfeitamente ao caso sob análise:

"A retificação de que tratam os arts. 860 do CC e 212 da Lei de Registros Públicos diz respeito a corrigenda que se vincula ao título registrando.

"Se há aumento de área, e não a verificação de simples engano acerca da área, descabe o procedimento retificatório" (RE 92.467-7-MS, 2.ª T., rel. Min. Djaci Falcão).

Nestas condições, é de rejeitar-se o pedido de uniformização de jurisprudência e negar-se provimento ao apelo.

Isto posto: Acordam, em 2.ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, à unanimidade, inde-

ferir o pedido de uniformização de jurisprudência e negar provimento ao recurso.

Curitiba, 26 de outubro de 1983 — OSSIAN FRANÇA, pres. e relator — LEMOS FILHO — ABRAHÃO MIGUEL.

FUSÃO

Descrição do imóvel unificado — Divergência com a dos constantes dos registros anteriores — Inadmissibilidade — Ofensa ao princípio da especialidade.

O princípio da especialidade exige que cada unidade imobiliária seja completa e corretamente caracterizada no Registro de Imóveis. A alteração na descrição das divisas só pode ser feita após procedimento adequado, com a citação dos confinantes e alienantes.

Apelação cível 2.363-0 — Lençóis Paulista — Apelante: Omi-Zillo Lorenzetti S/A — Indústria Têxtil — Apelado: Oficial do Cartório de Registro de Imóveis (CSMSP).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação cível 2.363-0, da comarca de Lençóis Paulista, em que é apelante Omi-Zillo Lorenzetti S/A — Indústria Têxtil e apelado o Oficial do Cartório de Registro de Imóveis: Acordam os Desembargadores do Conselho Superior da Magistratura, por votação unânime, negar provimento ao recurso.

1. Não se verga a apelante à r. sentença que, acolhendo dúvida do Oficial, indeferiu a unificação de imóveis por não aceitar o memorial descritivo apresentado, em que a descrição das divisas é alterada.

2. Inconsistente o recurso. O princípio da especialidade exige que cada unidade imobiliária seja completa e corretamente caracterizada no Registro de Imóveis. A perfeita identificação do imóvel é uma garantia para o titular do registro e para os confrontantes. A alteração dessa identificação pode trazer prejuízos aos confinantes, bastando, para tanto, v. g., o desvio de uma linha divisória.

Essa potencialidade danosa é suficiente para que se evitem alterações na descrição das divisas dos imóveis. Este Conselho já decidiu que: "O unilateral posicionamento físico desenhado pode não corresponder à figuração originária, determinada pelos elementos individuais da matrícula, donde a gravabilidade teórica de terceiros diante da possibilidade de deslocamento de linhas, deformação da figura geométrica e invasão de propriedades lindéiras" (Ap. cível 281.232, rel. Des. Andrade Junqueira, in *Registro de Imóveis*, ed. Saraiva, 1982, Narciso Orlandi Neto, p. 330).

É esse bem o caso da unificação requerida pela apelante. Como o próprio Oficial ressaltou, não pode ele comparar a descrição constante do memorial com as constantes do

registro para, seguramente, concluir que as divisas são mantidas. O memorial traz rumos, ângulos, pontos e metragens que não apareciam, quer na transcrição, quer na matrícula que serão fundidas.

As propriedades contíguas que irão fundir-se numa só matrícula estão individualmente descritas na transcrição 5.630 (fls.) e na matrícula 3.886 (fls.), descrições, essas, que se alteram no requerimento da fusão (fls.) em diversos pontos fundamentais, bastando conferir os "azimutes", rumos e metragens. Só na primeira gleba, de 23,08alq., inúmeras são as divergências (fls. e fls.), o que autoriza concluir, logicamente, que o perímetro decorrente da fusão não corresponde à realidade.

A isto acresce que as plantas apresentadas são diferentes, não coincidindo na numeração das marcas da linha perimétrica. E os dados de "área recebida" e "área cedida" (fls.) não constam da segunda planta (fls.). A área 2 que aparece nesta (fls.) não figura na primeira (fls.).

3. Ainda que inconformada, a apelante deverá, se pretender realmente a unificação, seguir a orientação segura traçada pelo MM. Juiz. A alteração na descrição das divisas só pode ser feita após procedimento adequado, com a citação dos confinantes e alienantes. É que, embora sob a forma de unificação, estará sendo promovida verdadeira retificação do registro, a reclamar o cumprimento do § 2.º do art. 213 da Lei 6.015/73.

4. Por todo o exposto, acordam, por votação unânime, negar provimento ao recurso, pagas as custas *ex lege*.

São Paulo, 4 de julho de 1983 — CARVALHO FILHO, pres. — AFONSO ANDRÉ, corregedor geral e relator — ANDRADE JUNQUEIRA, vice-pres.

VINCULO

Impenhorabilidade — Despesas com a manutenção do imóvel — Prevalência da regra da penhorabilidade.

A se admitir a impenhorabilidade absoluta, estaria o proprietário na cômoda posição de não mais pagar as despesas de condomínio do apartamento, com inegáveis efeitos na massa condominial, que se veria forçada a ratear aquelas despesas, numa situação que não se compadece com nosso ordenamento jurídico. Essa interpretação literal deve ser afastada nas hipóteses em que o débito existente é resultado da utilização e conservação da coisa, quando prevalece a regra da penhorabilidade, especialmente tratando-se de condomínio.

Agravo de instrumento 313.518 — São Paulo — Agravante: Condomínio Edifício Conceição Residencial — Agravada: Aracy de Jesus Molina Soalheiro (1.º TACivSP).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de agravo de instrumento 313.518, da comarca de São Paulo, sendo agravante Condomínio Edifício Conceição Residencial e agravada Aracy de Jesus Molina Soalheiro: Acordam, em 5.ª Câmara do 1.º Tribunal de Alçada Civil, por votação unânime, dar provimento ao recurso.

1. Cuida-se de agravo de instrumento interposto contra despacho do MM. Juiz de Direito da 2.ª Vara Distrital da Saúde que indeferiu pedido de penhora sobre imóvel gravado pelas cláusulas de incomunicabilidade, inalienabilidade e impenhorabilidade.

Recurso processado e preparado, com sustentação do despacho agravado. É o relatório.

2. Os documentos juntados pelo agravante, em atendimento ao despacho de fls., comprovam, acima de qualquer dúvida, que a agravada é proprietária do apartamento situado na R. Washington Luís 325 (16-B), que ele está gravado com as cláusulas de incomunicabilidade, inalienabilidade e impenhorabilidade e que foi celebrado um acordo entre as partes (fls.) relativamente ao pagamento das despesas condominiais desse imóvel.

Descumprindo o acordo, pretendeu o agravante a penhora do imóvel, sem êxito, em face do despacho agravado, no qual o ilustre Magistrado afirmou não encontrar meios para superar o disposto no art. 649, I, do CPC, que afirma a impenhorabilidade absoluta dos bens inalienáveis e os declarados, por ato voluntário, não sujeitos a execução.

Entretanto, o caso enfocado deve ser apreciado à luz de uma interpretação mais consentânea com o próprio espírito que norteia a proteção dos atos de última vontade, destinados a resguardar os bens gravados de eventuais desmandos de seus beneficiários.

Não se pode, como é óbvio, transformar tais atos em verdadeiros escudos contra o cumprimento das leis e obrigações, em pre-

juízo de credores, sobretudo quando o débito é originário do próprio uso e conservação da coisa gravada, consoante acentuado no despacho de fls. dos autos, proferido em caso idêntico.

A se admitir a impenhorabilidade absoluta, estaria a agravada na cômoda posição de não mais pagar as despesas de condomínio do apartamento, com inegáveis efeitos na massa condominial, que se veria forçada a ratear aquelas despesas, numa situação que não se compadece com nosso ordenamento jurídico.

Animada pela perspectiva de uma decisão nesse sentido, poderia ela, ainda, fazer uma boa reforma no apartamento, para, no descumprimento de sua obrigação, acenar novamente com a impenhorabilidade.

Essa interpretação literal, adotada pelo digno Juiz *a quo*, deve ser afastada nas hipóteses em que o débito existente é resultado da utilização e conservação da coisa, quando prevalece a regra da penhorabilidade, especialmente em se tratando de condomínio.

3. Pelo exposto, dão provimento ao recurso para deferir a penhora sobre o imóvel da R. Washington Luís 325, ap. 16-B, de propriedade da agravada.

Presidiu o julgamento, com voto, o Juiz Jorge Tannus e dele participou o Juiz Pinheiro Rodrigues. São Paulo, 6 de setembro de 1983 — LAERTE NORDI, relator.

COMENTÁRIO

1. Com clareza e objetividade, o acórdão acima resolveu um dos problemas mais difíceis dos edifícios em condomínio, qual seja, o da penhorabilidade dos apartamentos vinculados com as cláusulas de inalienabilidade e impenhorabilidade, nas ações de cobrança das despesas de condomínio. Contando com o anteparo da impenhorabilidade de seu apartamento, condôminos relapsos e não possuidores de outros bens postam-se na privilegiada situação de pagar as despesas quando e como

querem, criando desequilíbrio na caixa condominial, habitualmente deficitária, pois a inflação se encarrega de superar todos os orçamentos e previsões.

Freqüentemente somos consultados por síndicos de edifícios sobre a forma judicial eficiente de cobrar cotas atrasadas por um ou dois anos, porque o advogado do condomínio reluta em ajuizar a ação de cobrança quando o devedor só possui o apartamento protegido por aqueles vínculos. Sempre respondemos que a cota correspondente às despesas de condomínio constitui débito do próprio imóvel, visto que elas se destinam ao custeio da manutenção do edifício e à conservação e valorização de suas unidades autônomas. Os donos dos apartamentos gravados com a cláusula de impenhorabilidade e inalienabilidade utilizam, na mesma proporção dos demais condôminos, os empregados, os elevadores, o suprimento d'água, iluminação etc., não sendo justo, pois, que se implantem na cômoda posição de pagar sua cota quando quiserem, na suposição de que nenhuma cobrança judicial poderá acarretar a penhora e alienação compulsória do seu apartamento para solução do débito perante o condomínio.

2. Os riscos da sucumbência e respectivos encargos paralisam os síndicos e seus advogados, uma vez que, cuidando de negócio alheio, é natural que hesitem em tomar medidas de resultados aleatórios para o condomínio. Faltava, pois, uma decisão judicial assegurando ao condomínio credor o direito de penhorar a unidade autônoma pertencente ao condômino em atraso, caso resista à cobrança judicial e alegue, na tentativa de torná-la inócua, que não possui outros bens e que sua unidade é impenhorável e inalienável.

Por ocasião da 3.^a CONAI — Conferência Nacional dos Administradores de Imóveis, realizada em São Paulo em novembro do ano passado, indagamos ao eminente Prof. Caio Mário da Silva Pereira se, a seu ver, mencionadas cláusulas imunizam da penhora o apartamento em débito para com o condomínio. E tivemos a satisfação de receber resposta coincidente com nosso ponto-de-vista, ou seja, de que essa dívida é *propter rem*, vale dizer, *da própria coisa*, motivo pelo qual pelas despesas de condomínio pode ser penhorada toda e qualquer unidade autônoma, sendo inoponíveis ao condomínio credor vínculos sobre ela incidentes.

Trata-se de hipótese análoga à do apartamento instituído em bem de família, igualmente protegido pela impenhorabilidade. Wilson de Souza Campos Batalha, conceituado doutrinador sobre o condomínio, chegou a sustentar não apenas a inconveniência, mas a impossibilidade de ser apartamento em edifí-

cio em condomínio instituído em bem de família, por estar isento de execução por dívidas, salvo as tributárias, por força do art. 70 do CC, colocando seu titular na "confortável posição de ter que pagar apenas os impostos relativos a seu andar ou apartamento, o que constituiria evidente absurdo" (cf. *Loteamentos e Condomínios*, vol. II/340, Max Limonad, 1953). Esse ponto-de-vista coincide com o de Edith Kischinewsky-Broquisse, que, tendo em vista aquele privilégio, igualmente considera possível, mas inconveniente, a instituição do apartamento em bem de família (*Statut de la Co-Propriété des Immeubles*, p. 222).

3. Com a ressalva de todas as homenagens àqueles autores, deles divergimos desde a 1.^a edição de nosso *Condomínio em Edifícios* (p. 165), como na segunda (p. 206) e, agora, na 3.^a (p. 162), onde sustentamos, repetitivamente, que o art. 70 do CC visa a imunizar o imóvel instituído em bem de família de outras dívidas do beneficiário, mas, evidentemente, não pode excluir aquelas que, como os impostos e despesas de condomínio, incidem sobre o imóvel e têm por fato gerador a sua própria manutenção. Em outras palavras, as despesas de condomínio são, antes de tudo, dívidas *propter rem*, de responsabilidade do próprio imóvel (cf. ob. cit., 3.^a ed., p. 162). E acrescentamos: "O Código Civil entrou em vigor nos idos de 1916, depois de um processo de elaboração que durou vários anos, desde os fins do século passado. Não podia ter em vista o condomínio em edifícios de apartamentos, até aquela época pouco usados como residências, pelo menos em nosso País. Por isso, o legislador deixou de incluir as despesas de condomínio entre os encargos pelos quais responde o imóvel instituído em bem de família" (p. 163).

Insistindo nesse entendimento, encaminhamos à Comissão Revisora do anteprojeto do Código Civil sugestão no sentido de se incluírem também as despesas de condomínio no art. 1.925, que insentava o bem de família de execução por dívidas posteriores à sua instituição, salvo as correspondentes aos tributos. Provavelmente outros, com autoridade que não temos, terão encaminhado sugestões idênticas, pois na edição seguinte do anteprojeto o art. 1.925 foi alterado para, já agora com o n. 1.909, dispor: "Art. 1.909. O bem de família é isento de execução por dívidas posteriores à sua instituição, salvo as que provierem de tributos relativos ao prédio, ou de despesas de condomínio".

4. Em maio do ano passado novamente nos dirigimos à Comissão Revisora sugerindo semelhante tratamento legal para as despesas de condomínio em face de cláusula de impenhorabilidade e inalienabilidade, pedindo licença

para ponderar que nossa Lei 4.591/64 é omissa sobre a questão, mas que a legislação alienígena sobre o condomínio em edifícios já vem coibindo o abuso de se transferir para os outros condôminos o encargo de custear as despesas rateadas à unidade vinculada, gerando, com isso, um parasitismo que precisa ser punido, e não estimulado. Fundamentando nossa sugestão, lembramos o disposto no art. 19 da Lei francesa 65-557, de 10.7.65, e o entendimento de juristas tais como Julliot (*Hraité de la Division des Maisons*, p. 14), Salvat (*Derecho Civil Argentino — Parte General*, 10.ª ed., vol. II/127), Edith Kischinewsky-Broquisse (*Statut de la Copropriété des Immeubles et Sociétés de Construction*, 1958, p. 222) e Daniel Sizaire (*Le Statut de la Copropriété des Immeubles Bâtis*, pp. 109 e ss.).

O dever de pagar em dia as despesas de condomínio impõe-se a todos os condôminos, sem exceção, porque não é justo que o síndico tenha de recorrer a rateios extras junto aos outros condôminos para suprir a caixa desfalcada pelo atraso dos inadimplentes. O condomínio em edifícios constitui uma comunidade singular, em que a obrigação jurídica e moral de colaborar e participar é maior do que em qualquer outro agrupamento humano. Nessa comunidade habitacional não há espaço para nenhuma forma de individualismo ou de egocentrismo. Nela impera com redobrado vigor o princípio constitucional que condiciona o exercício do direito de propriedade ao bem-estar social e à harmonia do grupo. Atendendo a essa regra hoje universal, o Tribu-

nal de Apelação de Buenos Aires decidiu que a obrigação de pagar as cotas condominiais decorre do "deber de solidaridad, de lealdad y de sentido comunitario, que debe cumplirse inexcusablemente en forma puntual y hasta espontánea, puesto que se trata de subvenir a las exigencias imperiosas de salud, seguridad, servicios esenciales para la vida en común de una colectividad humana y la subsistencia de una institución jurídica como la organizada por la Ley 13.512, que intenta resolver un angustiante problema social" (cf. *Propiedad Horizontal*, vol. 143/28, Buenos Aires, janeiro de 1983).

Como se vê, o problema exige imediata e clara solução legal, cabendo ao legislador aproveitar o ensejo de reforma do Código Civil para resolvê-lo definitivamente, ensejando a penhora e a venda judicial do apartamento impenhorável e sub-rogando-se as cláusulas no saldo do produto da alienação, tal como dispõe o art. 1.677 do Código vigente, nas hipóteses a que se refere. Até lá, terão os tribunais de suprir a omissão da lei. O primeiro passo nesse sentido foi dado pelo acórdão objeto destas notas, que só visam a aplaudi-lo pelo pioneirismo, precisão e segurança com que enfocou a matéria, dando-lhe solução não apenas justa, mas adequada às condições peculiares aos edifícios em condomínio, cujo custeio deve ser feito com absoluta regularidade e igualdade, por todos os condôminos.

J. NASCIMENTO FRANCO

LOTEAMENTO

Falta de registro — Compromisso de compra e venda — Rescisão ajuizada pelo promitente vendedor — Carência — Notificação ineficaz — Verbas indevidas.

Não merece reparo sentença que julga a autora carecedora da ação uma vez que a falta de registro do loteamento não ensejava a rescisão da avença e, ainda que assim não fosse, a notificação era ineficaz, por apontar verbas indevidas.

Apelação cível 50.039-2 — Itapecerica da Serra — Apelante: Imobiliária Ramos de Freitas — S/C de Imóveis e Administração de Bens Ltda. — Apelados: Oswaldo Ferreira Oliveira e sua mulher (TJSP).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação cível 50.039-2, da comarca de Itapecerica da Serra, em que é apelante Imobiliária Ramos de Freitas — S/C de Imóveis e Administração de Bens Ltda., sendo apelados Oswaldo Ferreira Oliveira e sua mulher: Acórdão, em 15.ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, adotado

o relatório de fls., por votação unânime, negar provimento à apelação.

A contenda versa sobre rescisão de compromisso de compra e venda de imóvel objeto de loteamento clandestino.

Alicerçou-se em notificação prévia expedida conforme o Dec.-lei 745/69 e que consigna, além das prestações em atraso, a exigência de multa contratual e honorários advocatícios.

Não merece reparo a sentença que julgou a autora carecedora da ação uma vez que a falta de registro do loteamento não ensejava a rescisão da avença e, ainda que assim não fosse, a notificação era ineficaz, por apontar verbas indevidas.

O imóvel de que se cuida é loteado. Não se procedeu, contudo, ao registro do loteamento, nos termos do Dec.-lei 58/37. Entende-se que a exigência, visando a tutelar os menos favorecidos, compromissários compradores de pequenos lotes, é de ordem pública, não podendo ficar ao alvedrio do loteador registrar ou não o loteamento.

O art. 23 do Dec.-lei 58 reza que nenhuma ação será admitida com base em suas disposições se não se tratar de loteamento devidamente registrado.

Nem se pode tolerar que, havendo lei de ordem pública a disciplinar os loteamentos, o loteador fuja de seus parâmetros e pretenda valer-se das comodidades do Direito comum, a dano da parte mais fraca e que o legislador intentou proteger.

José Osório de Azevedo Júnior, monografista da matéria, diz que, não se efetivando o registro: "O loteador nestas condições não tem possibilidade de constituir em mora o compromissário porque ele próprio (loteador) já era antes considerado em mora e neste estado permanece, enquanto não promover a regularização do loteamento. Nem é preciso que o compromissário o tenha constituído previamente em mora. Aquele loteador praticou um ato ilícito e, nesse caso, segundo o art. 962

do CC, considera-se em mora desde que o perpetrar. E "não pode haver duas moras, a do credor e a do devedor, ao mesmo tempo", como ensina Agostinho Alvim" (*Compromisso de Compra e Venda*, p. 89).

Quanto a este particular, assim sempre se pronunciou a jurisprudência: *Julgados* 60/34 e 63/182.

A notificação prévia, de outro lado, fundou-se no Dec.-lei 745/69, que cuida de imóveis não loteados, ao passo que é loteado o de que ora se cogita.

Contém, a par disto, verbas indevidas. O art. 14, § 1.º, do Dec.-lei 58/37 prevê a intimação do devedor para pagamento das prestações em atraso, juros e custas de intimação. Nada mais. Não se pode exigir multa (*Revista de Jurisprudência* 73/45), nem honorários advocatícios (*Revista de Jurisprudência* 77/47).

O STF acabou consolidando jurisprudência no sentido de que, não purgada a mora no prazo da notificação, entende-se rescindido o contrato. Deve o promitente vendedor, portanto, oferecer ao promitente comprador ensejo de emendar o atraso no referido prazo, dele não reclamando senão as verbas devidas até então.

Pelos dois fundamentos expostos, era a autora carecedora da ação, não prosperando o apelo endereçado à sentença que assim decidiu. Custas na forma da lei.

O julgamento teve a participação dos Des. Nigro Conceição, pres., com voto, e Bourroul Ribeiro. São Paulo, 31 de agosto de 1983 — CARLOS ANTONINI, relator.

DOAÇÃO

Terrenos doados com encargos à Prefeitura — Falta de cumprimento — Inadimplemento — Ação de indenização — Procedência.

Embora anulável a liberalidade, a prestação judicial pode ter suporte no preceito de reparação do dano decorrente de perdas ou privação do ganho.

Apelação cível 900/81 — Paranaguá — Apelante: Espólio de Ivan Szabunka — Apelado: Município de Matinhos (TJPR).

ACORDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação cível 900/81, de Paranaguá, cível, em que é apelante Espólio de Ivan Szabunka e apelado Município de Matinhos: Acordam os Juízes da 3.ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, adotando o relatório de fls., por unanimidade de votos, em dar provimento ao recurso para o fim de reformar a r. sentença recorrida e julgar a ação procedente nos termos e para os fins da petição inicial.

A Prefeitura Municipal de Matinhos recebeu de Ivan Szabunka, em doação, 47 lotes de terrenos com o encargo de executar serviços de arruamento e outros, originariamente a cargo do proprietário do loteamento, não tendo cumprido sua parte, pois vendeu e doou os lotes a terceiros, fato não contestado.

Essa doação, diante da conduta da donatária, procurou ser revogada, mas a escritura respectiva não chegou a ser registrada no Registro de Imóveis por impedimento criado pela donatária.

É claro que o procedimento da donatária causou prejuízos ao autor, sendo certo que

tal procedimento enquadra-se perfeitamente no ilícito civil previsto no art. 159 do CC, invocado na inicial como esteio legal da indenização pleiteada.

O eminente Procurador da Justiça Dr. Lary Razzolini, no seu parecer (fls.), também chegou à conclusão de que, na espécie, a ação é procedente, por culpa do donatário, encerrando o seu parecer com as afirmações de que: "A culpa *in omittendo*, não contrariada, mostra os pressupostos do pedido. Nestas condições, opina-se pelo provimento do recurso, reformando-se a r. sentença".

Também o parecer da douta Promotoria de Justiça (fls.) é no sentido da procedência

da ação, que é ordinária de reparação comum, com perdas e danos, e não como entendeu a r. sentença recorrida.

Pelo exposto e adotando, ainda, os fundamentos do parecer da Promotoria de Justiça e da douta Procuradoria-Geral da Justiça, os componentes da Câmara Julgadora resolveram dar provimento ao recurso para reformar a r. decisão recorrida e julgar a ação procedente nos termos e para os fins da petição inicial.

Curitiba, 23 de março de 1982 — SAID ZANLUTE, pres., sem voto — MAXIMILIANO STASIAK, relator — SCHIAVON PUPPI — PLÍNIO CACHUBA.

PROMESSA DE CESSÃO DE DIREITOS

Imóvel já registrado em nome do promitente cedente — Admissibilidade do registro posterior daquela — Inteligência dos arts. 195 e 237 da Lei 6.015/73.

Apresentado a registro contrato de promessa de cessão de direitos relativos a compromisso de compra e venda já cumprido, com o registro da venda do imóvel ao promitente cedente, nada impede o registro daquela promessa. A obrigação de ceder direito pode ser adimplida pelo proprietário tanto ou até melhor do que podia fazê-lo o mero promissário comprador.

Apelação cível 2.236-0 — São Paulo — Apelantes: Lourenço Giacomazzi e sua mulher — Apelado: Oficial do 9.º Cartório de Registro de Imóveis (CSMSP).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação cível 2.236-0, da comarca de São Paulo, em que são apelantes Lourenço (ou Lorenzo) Giacomazzi e sua mulher, sendo apelado o Oficial do 9.º Cartório de Registro de Imóveis e interessado Ayache Mohamed El Orra: Acordam os Desembargadores do Conselho Superior da Magistratura, por votação unânime, adotado o relatório de fls., negar provimento ao recurso, com recomendação.*

Legítima, embora, a intervenção dos recorrentes, no processo de duvida, porquanto lhes interessa a negativa de registro ao título apresentado por Ayache Mohamed El Orra, não lhes socorre razão no que pretendem pela via recursal, todavia.

A própria protelação do ato de prenotação de seu título, caso admitida, não lhes aproveitaria, porquanto, afirmada a apresentação em 14.5.82, ainda assim seria posterior às prenotações relativas aos instrumentos particulares de compra e venda e de cessão, materializadas em 18 de março de 28 de abril do mesmo ano.

* Sentença recorrida na RDI 12/117.

Se irregularidade houve demonstrada, foi a de haver o Cartório registrado penhora incidente sobre o imóvel, em 18 de maio seguinte, desrespeitando a prioridade assegurada por aquelas prenotações anteriores.

Quanto aos fundamentos da suscitação propriamente dita, exsurge, *ab initio*, que o compromisso de compra e venda passado por Odete Feres e Edésio Costa de Oliveira não podia, como não pode, ser alvo de registro, na medida em que ultrapassado, no seu alcance e na sua própria eficácia, pela outorga de escritura definitiva entre as mesmas partes e por seu registro já consumado (R. 2/7.877).

Nem o próprio suscitado insistiu na obtenção desse registro, até porque inconciliável com a continuidade peculiar aos registros.

Resta cuidar-se do segundo instrumento particular exibido a registro, que só por não realizado em forma pública, como denunciado pelos apelantes, desmerece rejeição de ingresso ao Registro Imobiliário, quando contém mera cessão de direitos.

Nesse passo, é patente o acerto da r. sentença apelada, no sentido de que a pessoa que "cede os direitos de compromissário comprador, ou promete fazê-lo, obriga-se a transferir o domínio ao cedente tão logo possa fazê-lo", desimportando que essa transferência

seja feita, concomitantemente, no ato da própria aquisição.

Nem importa que não possa ser registrado o compromisso de compra e venda, pelos motivos alinhados, já que o registro da escritura definitiva, entre as mesmas partes, assegura a continuidade exigida, quando se reclama, via de regra, o registro do compromisso antes do da cessão. Mesmo porque, como realçou, com acerto, a r. decisão guerreada, "não seria jurídico afirmar que o registro do compromisso permite o da cessão e que o registro da propriedade não permite, por infração ao princípio da continuidade. A propriedade é o *mais* em relação ao direito oriundo do compromisso. A cessão pode perfeitamente se atrelar ao registro de propriedade para satisfazer o princípio da continuidade" (fls.).

Não se trata mesmo de aplicar a regra do art. 85 do CC, mas de compreender, na singeleza da conclusão, que a obrigação de ceder direito pode ser adimplida pelo proprietário, tanto ou até melhor do que podia fazê-lo o mero compromissário comprador, revelando-se artifício inadequado e dispensável a sugerida metamorfose do pacto, de promessa de cessão para de venda (fls.).

Por derradeiro, o incidente denunciado sobre a origem do Certificado de Quitação do IAPAS não interfere com o desate da matéria objeto da dúvida, onde, igualmente, não se pode resolver sobre a alegada simulação, vício inquinado de negócios jurídicos, que só pode ser diagnosticado em sede jurisdicional.

E o título de fls. preenche os requisitos do art. 176 da Lei de Registros Públicos, não

bastando, para eventual rejeição, não conter a indicação do registro anterior, mera irregularidade que não implica incerteza alguma sobre a identificação e a caracterização do imóvel, relacionado facilmente com aquele objeto da matrícula 7.877.

Destarte, merecendo registro o instrumento de cessão de fls., não há como, conseqüentemente, autorizar-se a concretização do registro almejado pelos recorrentes, em face da prioridade favorável ao beneficiário das prenotações anteriores; e o registro autorizado retroagirá à data da prenotação (art. 534 do CC), prevalecendo, assim, sobre o irregular registro da penhora.

De qualquer forma, malgrado não interferirem com o remate das questões debatidas em sede administrativa, cumpre sejam apuradas as irregularidades denunciadas pelos apelantes, bem assim aquela outra cometida ao ensejo do registro da penhora efetuado (R. 4/7.877); para tanto, será instaurado o procedimento próprio, ao retorno dos autos ao Juízo de origem.

Cumpirá, outrossim, ser concretizada a remessa de cópia de peças dos autos à Procuradoria-Geral da Justiça, para os fins do art. 40 do CPP, medida já ordenada pela r. decisão recorrida, não constando, a propósito, certidão que evidencia haver sido consumada.

Assim, é negado provimento ao recurso, com recomendação. Custas *ex lege*.

São Paulo, 13 de junho de 1983 — CARVALHO FILHO, pres. — AFONSO ANDRÉ, corregedor geral e relator — ANDRADE JUNQUEIRA, vice-pres.

LOCAÇÃO

Direito de preferência do locatário para a aquisição do imóvel — Exigência de registro do contrato no Registro de Imóveis — Aplicação do art. 25, § 1.º, da Lei 6.649/79.

O exercício da ação de preferência está condicionado à prova do registro do contrato de locação no Registro de Imóveis pelo menos 30 dias antes da venda.

Apelação cível 155.352 — São Paulo — Apelante: Luiz Donato Basílio Ambrósio — Apelados: Fernando Sobral Pires e outros (2.º TACivSP).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação 155.352, da comarca de São Paulo, em que é apelante Luiz Donato Basílio Ambrósio, sendo apelados Fernando Sobral Pires e outros: Acordam, em 5.ª Câmara do 2.º Tribunal de Alçada Civil, por votação unânime, negar provimento ao recurso.

1. O autor foi julgado carecedor desta ação ordinária de preferência, proposta com fundamento no art. 24 da Lei 6.649/79, sendo-lhe,

via de conseqüência, arremetidos os ônus do sucumbimento.

Dá este seu apelo, objetivando que, uma vez afastada a carência decretada, o processo retorne à origem e seja apreciado pelo seu merecimento, pois, ao contrário do que ficara decidido na r. sentença, o exercício do direito em causa não está condicionado ao prévio registro do contrato de locação no Registro Imobiliário.

O recurso é tempestivo e foi bem processado, anotando-se o seu preparo.

2. A r. sentença começou certa, tecendo en-cômios à maneira pela qual as partes se conduziram no processo.

E culminou igualmente correta, acolhendo preliminar de carência suscitada pelos réus e determinando, em consequência, a extinção do processo, sem julgamento de mérito, a teor do disposto no art. 267, VI, do CPC.

Com efeito, é ponto pacífico que o exercício da ação de preferência está condicionado à prova da inscrição do pacto locatício no Registro Imobiliário pelo menos 30 dias antes da venda (Lei 6.649/79, art. 25, § 1.º).

Ora, essa prova não foi feita pelo apelante. Aliás, sequer ficou demonstrada, com o indispensável foro de juridicidade, a alegação da impossibilidade dessa inscrição ou, em outras palavras, o recorrente não comprovou que havia apresentado o contrato de locação no Registro Imobiliário competente e que o serventário encarregado se negara a registrá-lo, sendo esta recusa confirmada judicialmente, em processo de dúvida (Lei 6.015/73, arts. 198-203).

Mas, ainda que provada essa recusa, era inviável a dispensa do preenchimento da condição legal em causa.

Como já decidiui a E. 6.ª Câmara deste C. Tribunal, em v. acórdão da lavra do ilustre Juiz Dante Busana, tirado por maioria de votos, mas confirmado em grau de embargos pelo E. 3.º Grupo de Câmaras deste C. Sodalício, em v. acórdão relatado pelo não menos ilustre Juiz Luiz Tâmbara (RT 566/138 e *Julgados*, ed. Saraiva, 76/155), *in verbis*:

“Só com a inscrição do pacto locatício nasce para o inquilino o direito real oponível *erga omnes*, que enseja a ação reipersecutória. Sem que esse direito seja regularmente constituído, não há negar valor à transmissão da propriedade do imóvel locado, pelo *dominus*, nem sujeitar terceiros de boa-fé a ver rescindida a compra que fizeram, sob pena de lançar a insegurança nos negócios imobiliários.

“Ao titular de locação não registrada cujo direito de preferência tenha sido ignorado pelo locador só resta reclamar perdas e danos, como faculta o art. 25, § 2.º, da Lei 6.649/79. Este, aliás, o entendimento pacífico na doutrina (Rogério Lauria Tucci e Álvaro Villaça Azevedo, *Tratado da Locação Predial Urbana*, vol. 1.º/280 e 281, Saraiva, 1980; Sílvio Rodrigues, *Da Locação Predial*, p. 99, Saraiva, 1980; José da Silva Pacheco, *Comentários à Nova Lei do Inquilinato*, p. 130, Ed. Revista dos Tribunais, 1980; Oswaldo Opitz e Sílvia C. C. Optiz, *Locação Predial Urbana*, p. 128, Saraiva, 1981; Paulo Restiffe Neto, *Locação — Questões Processuais*, pp. 142 e 143, Ed. Revista dos Tribunais, 1981; e Iran de Lima,

O Novo Regime da Locação Predial Urbana, pp. 110 e 111, Ed. Revista dos Tribunais, 1981).”

3. Do exposto, negam provimento ao recurso. Custas na forma da lei.

Presidiu o julgamento o Juiz Luiz Tâmbara e dele participou o Juiz Teixeira Mendes. São Paulo, 12 de abril de 1983 — MENEZES GOMES, relator — CÉZAR PELUSO, com a seguinte declaração de voto: 1. Não tinha por onde vingar o recurso, consoante a superior fundamentação do eminente Juiz Relator, a cujas instâncias acedi em declarar este voto.

Era sedutor, mas especioso, o argumento da *vacatio legis*, figurado em que, atrelando-se à futura regulamentação, de todo não incidiria o § 1.º do art. 25 da Lei 6.649, de 16.5.79, e facultar-se-ia o exercício do direito de preferência, independente do requisito introduzido pela Lei 6.698, de 15.10.79.

Não se questiona que, se uma lei depende, em parte, de regulamento, a norma correspondente só se torna obrigatória a partir da superveniência do ato regulamentar, vigorando, entretanto, em relação às demais disposições. Mas a *vacatio*, neste tema, só apanha o enunciado concernente à *forma nova* que, para o registro, venha a ser estatuída no regulamento, não se estendendo à totalidade do comando jurídico expresso no § 1.º enquanto subordina a existência prática do direito às locações formalizadas mediante contrato escrito, único suscetível — em princípio, até a edição do regulamento prometido, que, eventualmente, poderá disciplinar o registro de contratos verbais — de acesso ao Registro Imobiliário. Se a lei não tivesse mencionado a expressão “na forma a ser estabelecida em regulamento” (art. 25, § 1.º), seria a *vacatio* inconcebível!

2. Por obviar injustiças, o que se deve entender é que, desde a Lei 6.698, entrando-se a condicionar o exercício do direito de preferência ao registro, se abrem duas alternativas. A primeira está em permitir o registro dos instrumentos que atendam às prescrições da Lei 6.015, de 31.12.73 (Lei de Registros Públicos), *ex analogia*, pelas portas de seu art. 167, I, n. 3. Não se trata, está claro, de exigir que o contrato apresente cláusula de vigência em caso de alienação, que esta é hipótese distinta, subsumível, diretamente, na norma. Cuida-se de invocar procedimento analógico para hipótese *afim*, ou seja, de contrato desprovido de tal cláusula e cujo registro possibilite o exercício do direito de preferência, na forma do art. 25, § 1.º.

A juridicidade de tal expediente o próprio apelante a confirma, transcrevendo, em vigo-

roso artigo doutrinário, excertos de decisão emanada do Juízo da 1.ª Vara de Registros Públicos da Capital que não acolheu dúvida pelo fundamento da imprevisibilidade legal do registro pretendido, assentando, antes, que, “sob tal aspecto, a dúvida” era “improcedente”. Na verdade, cumpridas as exigências específicas da Lei de Registros Públicos, sobretudo as de seus arts. 167 e 225 — coisa que não é tão rara quanto o assevera o apelante — podem os contratos de locação ser registrados ainda antes do advento do ato regulamentar, *ex analogia* com o art. 167, I, n. 3, para o exercício do direito de preferência, segundo o art. 25, § 1.º, da Lei 6.649, vigente quanto à cláusula que o vincula ao registro, autorizado à luz do sistema geral do Registro Imobiliário.

Insiste-se em que suspensão está apenas a regra jurídica atinente à *nova forma* de registro que venha o regulamento a instituir. Tal provisão normativa não faz inacessíveis ao Registro Imobiliário os instrumentos contratuais que, à luz do regime próprio, são a ele acessíveis, nem exclui ao registro assim consumado a eficácia de viabilizar o exercício do direito de preferência. Observe-se, aliás, que a invocada decisão denegou o registro tão-só porque o contrato (*rectius*, o instrumento contratual) carecia de qualificação completa das partes, perante o art. 176, § 1.º, III, “a” e “b”, da Lei 6.015/73. Só e só.

Exequível, destarte, o registro, como primeira solução concreta às enunciações do art. 25, § 1.º.

3. A segunda respeita aos contratos celebrados antes do advento da Lei 6.698, mas durante a vigência da Lei 6.649, cujo art. 25, então restrito à disposição do *caput*, concedeu aos inquilinos direito real de preferência, sem nenhuma das condicionantes introduzidas daqueloutra lei.

Neste caso, desde que nascido antes da vigência da Lei 6.698, o direito considera-se *adquirido*, ainda que seu exercício se faça valer ao depois (art. 6.º, § 2.º, da Lei de Introdução ao CC). Ao locatário desrespeitado assegura-se, nesta hipótese, o direito à seqüela

da coisa alienada sem atenção à sua preferência, independentemente de registro de eventual documento do negócio. Vale dizer, têm-no os inquilinos, seja verbal ou escrito o contrato de locação, pois ao exercício do direito outorgado nenhum registro se pedia.

É translúcido que, em relação a tais contratos, perfeitos entre a vigência das Leis 6.649 e 6.698, constituiria vistosa contravenção do direito real, adquirido à preferência afrontada sob império de regra que nenhum elemento adicional lhe demandava ao nascimento, exigir que, *ao tempo de seu exercício*, os instrumentos atendessem a prescrições supervenientes. Isto não seria apenas injurídico, mas também menos sensato, pois, quando concertadas as locações, lei alguma obrigava a fazê-lo através de documento que, à geração do direito real, atendessem a condições que intuitiva resistência dos locadores impediria preencher ao depois.

Em conclusão, em conjuntura tal, o exercício do direito real de preferência independe de registro, ficando a questão do resguardo do direito dos terceiros adquirentes, nas locações não ostensivas, jungida à matéria de fato ou prova.

4. Ora, aplicando-se estas digressões ao presente recurso, percebe-se que não pode o apelante aspirar ao reconhecimento do direito de seqüela.

É que os contratos foram afivelados em junho e julho de 1978 (fls.), sob lei anterior, que não conhecia direito *real* de preferência, não tendo como aninhar-se na situação excepcional de inexigibilidade do registro.

Nem jamais cuidou de tentar o registro dos instrumentos, que, observando todos os requisitos do art. 176, § 1.º, III, “a” e “b”, da Lei 6.015/73, lho permitiam. Não deu prova de sua apresentação para registro, nem de eventual dúvida que, à oposição do oficial, deveria seguir-se (art. 198).

Perdeu-o a incúria. E, para tutela de seus interesses, sobra-lhe o recurso à ação pessoal de indenização (art. 25, § 2.º, da Lei 6.649/79), contra o antigo ou antigos locadores transmitentes.

VÍNCULO

Inalienabilidade — Sub-rogação — Novo título sem mencionar o gravame — Nulidade.

O disposto no art. 1.676 do CC contém norma de caráter imperativo, pela qual declara nulos e de nenhum efeito os atos jurídicos que atentarem contra a cláusula de inalienabilidade. E, por se tratar de nulidade de caráter absoluto, é ela irremovível, de pleno direito.

Embargos infringentes 42/81 — Guarapuava — Embargantes: Francisco Meira Martins e sua mulher — Embargados: Romildo Sebastião Mendes Siqueira e outros (TJPR).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de embargos infringentes 42/81, de Guarapuava, em que são embargantes Francisco Meira Martins e sua mulher, sendo embargados Romildo Sebastião Mendes Siqueira e outros: Acordam os Juizes do 2.º Grupo de Câmaras Cíveis do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, por maioria de votos, em rejeitar os embargos.

1. Em que pese ao esforço desenvolvido pelo ilustre Patrono dos embargantes, o v. acórdão embargado está a merecer confirmação, por seus próprios fundamentos.

Como bem ficou ali assentado, o disposto no art. 1.676 do CC contém norma de caráter imperativo, pela qual declara nulos e de nenhum efeito os atos jurídicos que atentarem contra a cláusula de inalienabilidade. E, por se tratar de nulidade de caráter absoluto, é ela irremovível, de pleno direito.

Na espécie, como se verifica da prova, imperiosa era a inserção do gravame no instrumento de aquisição, pelos réus, do imóvel Charquinho, haja vista que a referida providência decorria de uma determinação expressada no alvará judicial, sendo este o ato mais importante para caracterizar a sub-rogação, uma vez que gravou o imóvel em testilha, a ele fazendo referência expressa quando desonerou o terreno que havia sido doado a Agostinho Lustosa de Siqueira e sua mulher. A omissão, evidentemente, acarretou a ineficácia da transação, visto que o imóvel estava sujeito ao gravame da inalienabilidade. E, por assentar-se em ato nulo a aquisição feita pelos embargantes, *ipso facto*, o respectivo título também ficou manchado pela mesma eiva, embora transcrito no Registro de Imóveis.

Quanto à validade *juris et de jure* do registro, insustentável é a tese assim colocada, aparecendo respondida, com muito mais vantagem, nas judiciosas considerações dos embargos, principalmente ante o teor do art. 859 do CC, que diz apenas presumir-se o direito real à pessoa em cujo nome se inscreveu ou transcreveu. O problema, aliás, foi muito bem focalizado no v. acórdão embargado, sendo deslindado com perfeição quando ali se asseverou que o registro imobiliário não é constitutivo de direito, uma vez que, embora hábil para transmitir o domínio e valha contra terceiros, não é, no entretanto, absoluto, por isso que pode ser ilidido por prova idônea em contrário, sendo, assim, meramente atributivo de direito.

De outra parte, no que concerne ao descumprimento das disposições do Código de Processo Civil de 1939, têm razão os embargados quando dizem que as exigências ali

inseridas, como a de se nomear fiscal para receber o preço e proceder à compra dos bens aos quais seria transferido o ônus, foram elas de qualquer modo atendidas, máxime quando se sabe que Agostinho Lustosa de Siqueira adquirira o imóvel Charquinho com o dinheiro proveniente da venda do imóvel que havia sido liberado.

Já no que diz com a invocada prescrição aquisitiva, tratando-se de bem inalienável e, assim, fora do comércio, impossível era de ser usucapido. A lição de Orlando Gomes, trazida para os autos a fls., repele, com muita propriedade, toda e qualquer afirmação em contrário, principalmente quando esclarece que o proprietário dos bens gravados não os perde por usucapião, posto que, ao contrário, a proibição da alienação poderia ser objeto de burla da lei, uma vez conluídos o proprietário e o possuidor.

Finalmente, quanto à matéria pertinente à ilegitimidade de parte, alegada da tribuna, em sustentação oral levada a efeito pelo ilustre Patrono dos embargantes, tem-se que, além de ela extrapolar os limites da divergência, aparece, no caso, sem a menor consistência, frente ao que dispõem os arts. 145 e 146 do CC.

Demais, como se apreende da lição de Clóvis, ao comentar o art. 1.676: "Da inalienabilidade resulta, necessariamente, a nulidade da alienação. E esta nulidade pode ser pedida por qualquer interessado, e deve ser pronunciada pelo juiz quando conhecer do ato ou dos seus efeitos, e a encontrar provada (art. 146)".

Ora, os embargados são filhos do então vendedor e, assim, o prejuízo resultante da venda nula estaria a refletir diretamente em seu patrimônio desfalcado. Vem daí que, por motivos óbvios, têm eles interesse no desfazimento do ato de venda, daí decorrendo, como é inegável, a legitimidade que têm para o exercício da ação.

Nestas condições, são os embargos rejeitados.

Curitiba, 13 de maio de 1982 — MARINO BRAGA, pres., sem voto — LIMA LOPES, relator designado — ABRAHÃO MIGUEL, vencido, com a seguinte declaração de voto: Dissenti, *data maxima venia*, da r. maioria, para o que recebia os embargos, restabelecendo a r. sentença de primeiro grau, em todos seus termos.

De efeito. Afigurou-se-me que os embargantes procederam à aquisição do imóvel questionado (vendido que lhes foi pelos pais e sogros dos embargados) cientes de que ônus algum pendia sobre o mesmo, de sorte a desautorizar o negócio. A compra e venda, assim, pareceu-me haver-se realizado sob a

égide do que se logrou denominar de “firme” e “valiosa”, pois que *livre e desembaraçada* de quaisquer ônus, conforme se deduzia da nenhuma inscrição de gravame à margem de sua transcrição imobiliária.

Estou, despretensiosamente, com a douta maioria no sentido de que “...o disposto no art. 1.676 do CC contém norma de caráter imperativo, pela qual declara nulos e de nenhum efeito os atos jurídicos que atentarem contra a cláusula de inalienabilidade”, conforme se lê no v. aresto encimado.

Certo, não há como negar, que a venda de bem clausulado com inalienabilidade é nula.

Convenhamos, todavia, que a cláusula proibitiva deve-se apresentar revestida de todas as formalidades legais para ter a desejada existência jurídica. E, *data venia*, sua vida se

comprova e só se perfaz através da respectiva inscrição no competente Registro Imobiliário, pena de não existir perante terceiros, dada a falta da necessária publicidade.

Os embargantes, de boa-fé, adquiriram simples e singelamente a propriedade em questão livre e desembaraçada de quaisquer ônus, não sendo de se lhes exigir saber que era ela, a referida propriedade, substitutiva de outra que estivera clausulada.

Recebia, pois os embargos para restaurar a r. sentença, por todos seus fundamentos — JOÃO CID PORTUGAL — RONALD ACCIOLY — RENATO PEDROSO — JORGE ANDRIGUETTO, vencido: Subscervo integralmente o brilhante voto do eminente Des. Abrahão Miguel.

COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA

Loteamento registrado na vigência do Dec.-lei 58/37 — Cancelamento de averbação de contrato por inadimplência do promissário comprador — Reintegração de posse requerida pelo promitente vendedor — Cabimento da ação — Inadmissibilidade, contudo, de discussão sobre a validade da notificação feita.

A ação possessória não é o meio processual próprio para a declaração da ilegitimidade do cancelamento de averbação de compromisso de compra e venda de lote, por inadimplência do adquirente. Enquanto não anulado o cancelamento, pela via judicial adequada, o ato produz todos os efeitos de direito.

Apelação cível 38.273-2 — Itapeverica da Serra — Apelantes: Massamitsu Idemori e sua mulher e outros — Apelado: Elizabeto dos Santos (T)SP.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação cível 38.273-2, da comarca de Itapeverica da Serra, em que são apelantes Massamitsu Idemori e sua mulher e outros, sendo apelado Elizabeto dos Santos: Acordam, em 10.ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, por votação unânime, dar provimento ao recurso.

1. Ação de reintegração de posse ajuizada pelos promitentes vendedores de lote de terreno contra o promissário comprador que a r. sentença de primeiro grau declarou extinta, por ineficácia da notificação, com a expressa observação de que, após o trânsito em julgado, deveria ser expedido ofício ao Cartório de Registro de Imóveis da comarca, convalidando o contrato particular de promessa de venda e compra do lote 1 da quadra E do loteamento Jardim Idemori.

Informados, apelaram os autores; o réu, que era revel, não ofertou resposta, o processamento foi regular e os autos subiram a esta instância.

2. Cuida-se de promessa de venda e compra de terreno loteado, encontrando-se o contrato sujeito ao regime do Dec.-lei 58/37, vale dizer, o loteamento encontrava-se inscrito e a promessa de venda averbada.

Tendo o promissário comprador deixado de pagar prestações, que se encontravam em atraso, foi ele notificado através do Cartório de Registro de Imóveis, por edital, tendo em conta não ter sido encontrado pelo auxiliar do Cartório encarregado de proceder à notificação.

Fluído o prazo legal, foi cancelada a averbação da promessa de venda e compra, donde, então, a presente reintegração de posse, da qual a r. sentença julgou os autores carecedores, em face da ineficácia da notificação, decorrente da circunstância de o réu não ter sido procurado no endereço onde foi citado, irregularidade que cumpria ser apreciada de ofício, por se tratar de pressuposto de constituição e desenvolvimento válido do processo.

Deixou o réu e promissário comprador de pagar as prestações contratuais e, não tendo sido encontrado para receber a notificação,

foi notificado por editais mandados expedir pelo Cartório de Registro de Imóveis competente. Fluído o prazo e não efetivado o pagamento, foi cancelada a averbação.

O Dr. Juiz de Direito, todavia, orientou-se no sentido de que o cancelamento da averbação, que ocorreu, não importou a extinção do contrato de promessa de venda e compra que lhe dera causa, uma vez que a notificação foi irregular e, por via de consequência, inapta para a constituição em mora do promissário comprador e que o cancelamento na esfera do registro nenhum efeito teve sobre a vida do contrato, tudo a tornar ilegítima a pretensão dos promitentes vendedores, consubstanciada nesta ação de reintegração de posse, donde, então, orientar-se pela carência do direito de agir e, mais ainda, determinando de ofício o restabelecimento da averbação.

O prevalecimento de tal orientação, embora possa contar com o beneplácito de ilustres juristas e respeitáveis decisões, será um veículo desestabilizador da segurança jurídica, por dar ao juiz autoridade para substituir a norma legal, o Direito estabelecido.

Enfim, bem ou mal, o certo é que o Direito Positivo brasileiro, vigente, resultante de legislação especial, admite a cláusula resolutiva expressa no compromisso de venda e compra de imóveis loteados, que abarca o promissário comprador que não pagar as prestações do contrato, tornando inafastável a resolução do contrato, por ser da letra da lei que, em tais casos, "considera-se o contrato rescindido".

É sabido que as averbações constituem notas apostas aos registros, destinadas a fazer constar quaisquer ocorrências que as alterem, quer em relação às pessoas, quer em relação aos próprios imóveis.

De seu lado, visa o cancelamento a ilidir a averbação, tirando-lhe a eficácia, retroagindo, por isso mesmo, os seus efeitos ao tempo em que começou a existir a causa que a determinou, vale dizer, ao contrato de promessa de venda e compra.

Sendo o efeito sempre relacionado como condição dinâmica justificadora de sua existência, não é possível, assim, legitimar-se o convalidamento de um contrato (causa) que não mais produz efeito.

E, caso se avance na dinâmica da relação causal, sobreleva, então, que o cancelamento erigiu-se em causa, cujo efeito foi a extinção do contrato.

Data venia, a r. decisão de primeiro grau orientou-se contra Direito expresso em plena vigência, muito embora não tenha sido des-

membrado de nosso Direito Positivo o princípio de que o juiz está adstrito a julgar de conformidade com a lei.

Arredar o formalismo e, através da interpretação, adaptar as leis às condições sociais é missão dinâmica do juiz. Entretanto, se a lei, incontrovertidamente, dispõe num determinado sentido, o juiz não pode deixar de aplicá-la, embora agasalhe, como direito inarredável seu, critérios sociológicos ou filosóficos dissonantes da concepção do legislador.

Enfim, é dever do julgador, embora possa e muita vezes deva manifestar o seu desacordo teórico, aplicar a lei de conformidade com o que nela vem traduzido.

Consigna-se, por importante, que não se arreda o direito do réu, pela ação própria, se for de seu interesse, de pleitear a anulação do cancelamento da averbação e, com ela, o convalidamento do compromisso de venda e compra, invocando a ocorrência de vícios invalidantes do ato praticado, caminho de certa forma erroneamente percorrido pela sentença recorrida, o que é outra questão, de vez que o ato de cancelamento da averbação nos Registros Imobiliários não é imune ao crivo do Judiciário.

O que aqui se declara é que não é esta ação possessória endereçada pelos promitentes vendedores contra o promissário comprador, que é revel, o veículo processual próprio para a aferição e declaração de eventual ilegitimidade do cancelamento da averbação, que, assim, há de prevalecer, com as consequências eventualmente decorrentes, e também porque, "enquanto não for formalmente declarada a nulidade do cancelamento da averbação de compromisso de venda e compra, produz tal cancelamento todos os efeitos de direito; pelo que o imóvel a que o mesmo se refere deve ser considerado como formalmente livre e desimpedido, para poder ser alienado a terceiros" (acórdão da 4.^a C. do TASP in RT 266/556). No mesmo sentido acórdão desta Câmara prolatado na Ap. cível 21.438-2, de São Paulo.

A r. sentença de primeiro grau não pode prevalecer, pois os autores não são carecedores da ação possessória intentada.

Ao Dr. Juiz de Direito cumpre adentrar o mérito, pois, no caso vertente, os pressupostos de constituição e desenvolvimento válido do processo se fazem presentes (CPC, art. 276, IV), pois as partes são capazes processualmente, o réu é revel, o cancelamento da averbação ocorreu e a ação há de ser decidida pelo mérito, pois, em princípio, possuem os

autores direito à ação intentada, que poderá ser julgada procedente ou improcedente.

3. Pelo exposto, para afastar a carência e determinar o prosseguimento de feito, o recurso é provido.

O julgamento foi presidido pelo Des. Carlos Ortiz e teve a participação dos Des. Torres de Carvalho e Francis Davis. São Paulo 26 de abril de 1983 — PRADO ROSSI, relator.

PENHORA

Incidência sobre imóvel atribuído à mulher do devedor na partilha homologada em separação judicial — Embargos de terceiro oferecidos pela proprietária, embora não registrada a partilha — Pretendida nulidade desta, sob alegação de fraude contra credores — Anulação apenas admissível em processo próprio — Voto vencido.

Nos embargos de terceiro oferecidos pela ex-mulher do executado visando a excluir da penhora imóvel que lhe foi atribuído na partilha dos bens do casal são inadmissíveis a alegação de fraude contra credores e a pretendida anulação da homologação daquela partilha.

Apelação cível 311.609 — São Paulo — Apelante: Banco Itaú de Investimento S/A — Apelada: Terezinha do Nascimento Barbosa (1.º TACivSP).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação 311.609, da comarca de São Paulo, apelante Banco Itaú de Investimento S/A — Grupo Itaú e apelada Terezinha do Nascimento Barbosa: Acordam, em 4.ª Câmara do 1.º Tribunal de Alçada Civil, negar provimento ao recurso, contra o voto do Relator.

1. Cuida-se de embargos de terceiro, oferecidos por ex-mulher do avalista executado, visando a excluir a penhora que recaiu sobre imóvel que, por ocasião da partilha dos bens do casal, lhe foi atribuído. A sentença, cujo relatório é adotado, julgou procedentes os embargos, declarando insubsistente a penhora, condenado o embargado nas custas e honorários de 10% sobre o valor da causa.

Apelou o vencido, sustentando que a partilha não foi devidamente registrada, pelo que válida a penhora, e, de outra parte, que, em razão da forma observada na partilha dos bens do casal, reduziu-se o executado à insolvência, pois ficou apenas com as cotas de uma firma falida, certo que, embora separado o casal, permanece o marido no domicílio da mulher, evidenciada a fraude contra credores, passível de apreciação em embargos de terceiro, e, ainda, que, tendo sido o título avalizado durante a vigência da sociedade conjugal, e em favor de firma da qual era titular, e que constituía a única fonte de renda do casal, evidente o benefício advindo também para a mulher, respondendo pela execução os bens do casal. Por derradeiro, insurge-se contra a verba honorária.

Recurso tempestivo, bem processado, respondido e preparado, subindo regularmente os autos.

2. Não se cuida, na espécie, de alegação de fraude à execução, cuja invocação na impugnação de embargos de terceiro tem sido validamente admitida. O que se afirma, e até com razoável apoio em suspeitosas circunstâncias e fortes indícios, é a ocorrência de fraude contra credores, consistente no fato de que, considerando o devedor o seu estado de falência e o vencimento próximo das dívidas contraídas com o embargado, teria concertado com sua mulher a separação consensual e conseqüente partilha dos bens do casal, na qual à varoa se atribuíram todos os bens imóveis e móveis, enquanto que ao varão restaram apenas as cotas da firma de que era titular, em estado pré-falimentar.

Mas, invocando-se fraude contra credores, nada obstante ponderável corrente a admiti-la, permanece o entendimento majoritário no sentido de repeli-la no âmbito restrito dos embargos de terceiro, porque só eficazmente viável através de ação pauliana, em face da vedação decorrente da interpretação do art. 106 do CC: "Os atos de transmissão gratuita de bens, ou remissão de dívida, quando os pratique o devedor já insolvente, ou por eles reduzido à insolvência, poderão ser anulados pelos credores quirografários como lesivos dos seus direitos".

Ocorre, no entanto, que o art. 109 do mesmo Código dispõe, de maneira expressa, que: "A ação, nos casos dos arts. 106 e 107, poderá ser intentada contra o devedor insolvente, a pessoa que com ele celebrou a estipulação considerada fraudulenta, ou terceiros adquirentes que hajam procedido de má-fé".

A lei civil, portanto, permite ao credor a escolha da pessoa contra a qual pretenda agir, mas, utilizando o vocábulo "ação", eviden-

ciou o sentido de ataque contra uma situação nova, constituída pelo devedor. A lei não estabeleceu e menos ainda facultou ao credor o direito de invocar a fraude, como forma de defesa, pois que, outra fosse a intenção, e não teria empregado a expressão "ação".

Assim, admitir-se a alegação de fraude contra credores, na impugnação aos embargos de terceiro, importa violentar a própria situação processual, permitindo uma decisão judicial sobre pedidos ou objetos diversificados pela inicial e pela resposta, e sem envolver todas as partes direta e obrigatoriamente interessadas.

Efetivamente, nos embargos, pede o terceiro, objetiva e concretamente, o afastamento de constrição judicial sobre seu bens. E a impugnação, invocando fraude contra credores, visa a obter (em frontal contrariedade aos arts. 300 e 301 do CPC) a desconstituição de um negócio ou de um contrato (a transferência dos bens do marido à mulher, através de partilha de bens nos autos de separação judicial). Ora, a contestação não pode conter pedido, seja declaratório ou condenatório, devendo limitar-se a afastar o pedido do autor, porque inaplicável, na espécie, o disposto no art. 326 do CPC.

Ao julgar o RE 86.173 (RTJ 96/683-689), o Min. Décio Miranda lembrou o voto do Min. Rodrigues de Alckmin no RE 85.132, dizendo que a fraude contra credores, no Direito brasileiro, é causa de anulabilidade do ato jurídico, sendo indispensável "postulação oportuna (sob pena de não mais ser possível a anulação do ato, pela falta de impugnação adequada no prazo da lei): *propositura de ação pauliana*, em que se apontem e provem os fundamentos legais que justificam seja anulado o ato", com participação necessária e obrigatória, como réus, de alienante e adquirente, porque "é impossível anular-se a alienação em sentença que não tenha força de coisa julgada contra adquirente e alienante, mas que o tenha somente quanto a um deles".

E arremata o Min. Décio Miranda dizendo: "Por conseguinte, dúvida não pode subsistir, em boa doutrina, quanto à inadmissibilidade de se anular, em embargos de terceiro, por fraude contra credor, *ato jurídico que dependa de ação própria para invalidá-lo*, como quer o art. 106 do CC brasileiro".

3. E, além desse entendimento, no sentido da impossibilidade da invocação da fraude contra credor através da impugnação aos embargos de terceiro, na espécie aqui ventilada, outra circunstância avulta, de fundamental relevância, impossível de ser omitida, porque a envolver questão de incompetência absoluta do Juízo do Cível.

Com efeito, o que o embargado pretende, via da invocação da fraude contra credor, é, em última análise, a anulação de sentença proferida pelo Juízo da 10.ª Vara da Família e Sucessões (fls.), de homologação da partilha dos bens do casal, em decorrência de separação consensual, e com trânsito em julgado.

Aquela sentença só poderá ser anulada através de ação específica. E se se alega vício que a torna anulável, somente o próprio Juízo da 10.ª Vara da Família e Sucessões poderá julgá-la, porque cogente o dispositivo legal que faz atrair a competência, e, ainda mais, com participação obrigatória do Dr. Curador de Família e Sucessões, pois que da eventual alteração na partilha poderá resultar violada alguma disposição de ordem pública, de proteção à mulher ou aos filhos do casal, e que importaria a indispensável modificação do acordo celebrado por ocasião da separação consensual.

E, a toda evidência, estas questões não poderiam ser apreciadas e decididas no Juízo Cível, nem seria matéria da competência deste Tribunal, o que mais acentua não apenas a inconveniência como, principalmente, a impossibilidade de admissão da invocação da fraude contra credor no campo restrito dos embargos de terceiro. E por isso que a outra alegação, consistente na presunção do benefício advindo ao casal, pelo aval prestado, resta prejudicada, porque envolveria o desfazimento da partilha, já judicialmente homologada.

4. No respeitante à verba honorária, fixada em 10% sobre o valor da causa, não há razão para modificá-la, posto que razoável se mostra o percentual estabelecido pela sentença, que merece confirmada.

Ante o exposto, negam provimento ao recurso, contra o voto do Relator sorteado.

Presidiu o julgamento o Juiz Penteado Manente, com voto vencido, e dele participou o Juiz Benini Cabral. São Paulo, 15 de junho de 1983 — OLAVO SILVEIRA, relator designado — PENTEADO MANENTE, vencido, com a seguinte declaração de voto: 1. Embargos de terceiro à execução propostos pelo apelante contra o marido da embargante julgados procedentes. Adotado o relatório da r. sentença, acrescente-se que recorre o vencido, propondo reforma total, subindo os autos após regular procedimento.

2. O recurso merece acolhida. O compromisso assumido pelo marido da embargante, Sebastião Roberto Barbosa, como avalista da firma Santese — Comércio e Importação Ltda., tendo, inclusive, assinado também a cártula em nome da firma, é de 2.8.79, para venci-

mento em parcelas até igual data do ano de 1980 (fls. da execução).

Em 18.4.80 despacharam, o devedor e sua mulher, a embargante, pedido de separação consensual (fls.), encerrado em 5.11.80 (fls.).

Embora não conste a data do pedido inaugural, é certo que no dia 1.7.80 a falência foi decretada, conforme prova o documento de fls., não impugnado.

Assim, quando do vencimento do título, a separação consensual já se consumara e a falência já estava decretada.

Examinando, no entanto, o pedido de separação consensual, nota-se que os únicos bens imóveis do casal, por prodigalidade do devedor, passaram a pertencer única e exclusivamente à embargante, cabendo ao devedor tão-somente a participação societária da Santese — Comércio e Importação Ltda., que já estava em situação de insolvência, pois é óbvio que essa situação não surge de um dia para outro, mas é fruto de uma série de desgastamentos ou maus negócios celebrados durante o decurso de um lapso de tempo relativamente longo; embora o contrário possa, em tese, acontecer, disso inexistente prova alguma nos autos.

Portanto, torna-se inafastável que a embargante sabia da situação crítica da Santese, da qual seu marido era um dos proprietários (fls.), e, assim sendo, também é inafastável que aval e aceite beneficiaram o casal, e vislumbra-se nítido o *consilium fraudis*, pois sa-

bia perfeitamente que aquela “partilha” da separação consensual levava o cônjuge varão à total insolvência, o que aconteceu e está documentalmente provado a fls.

Outro ponto importante é o desencontro pertinente ao registro imobiliário. É correto que a propriedade só se transfere e a alienação passa a valer *erga omnes* após a matrícula no competente Cartório de Registro de Imóveis da circunscrição.

Embora essa questão seja incontroversa, para efeito de embargos de terceiro “senhor e possuidor” — art. 1.046, § 1.º, do CPC — mister se faz o exame de outra não menos importante questão, tal como a posse da embargante, que, no caso, não se colocou em dúvida.

Assim, embora possa a embargante ajuizar seus embargos, estes encontraram obstáculo na notória fraude contra credores a escudar o direito do apelante, e é a mesma aceita pelos Tribunais pátrios, notadamente a STF (v., a respeito, *Julgados dos TACivSP* 48/16).

3. Assim, pelo meu voto, reconhecida a fraude contra credores, dava provimento ao recurso a fim de julgar improcedentes os embargos e subsistente a penhora, prosseguindo-se a execução, pagando a embargante as custas do processo e honorários advocatícios agora fixados em Cr\$ 100.000,00, e o mantendo, *data venia* do entendimento da douda maioria.

LOTE

Área ou testada mínima prevista no art. 4.º, II, da Lei 6.766/79 — Possibilidade de redução por lei municipal — Matéria atinente ao peculiar interesse do Município (art. 15, II, da CF).

Existindo legislação municipal estabelecendo limite mínimo de testada ou área total diverso do constante da federal, deve ser observada a primeira, que se alicerça em competência legislativa estabelecida pela Constituição Federal.

Apelação cível 2.641-0 — Diadema — Apelante: Construtora Planus Ltda. — Apelado: Oficial do Cartório de Registro de Imóveis (CSMSP).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação cível 2.641-0, de comarca de Diadema, em que é apelante a Construtora Planus Ltda., sendo apelado o Oficial do Cartório Imobiliário local: Acordam os Desembargadores do Conselho Superior da Magistratura, adotado o relatório de fls., por votação unânime, negar provimento ao recurso.

1. Contra a r. decisão que indeferiu registro de instrumento particular de compra e venda, por referir-se a imóvel com área total inferior ao mínimo legal previsto no art. 4.º,

II, da Lei 6.766/79, insurge-se a apelante, alegando que a hipótese dos autos enquadra-se na exceção contemplada pelo item 151, nota final, do Provimento 2/83 da E. Corregedoria Geral da Justiça, desde que houve expressa autorização da Municipalidade para esse desmembramento, representada pelo “habite-se” cuja cópia encontra-se a fls. deste procedimento.

As *Normas de Serviço* da E. Corregedoria Geral da Justiça do Estado de São Paulo, no item 151, em nota explicativa, estabelecem que “consideram-se limites mínimos de área e de testada para a via pública os previstos no

art. 4.º, II, da Lei 6.766, de 19.12.79, salvo quando outros forem fixados pela legislação dos Municípios interessados, que, então, prevalecerão (parecer aprovado no proc. CG-39.612/81)".

Esse parecer, publicado nas *Decisões Administrativas da Corregedoria Geral da Justiça do Estado de São Paulo — Biênio 1981-1982*, p. 92, tem a seguinte ementa: "Parcelamento do solo — Desmembramento — Área inferior a 125m² — Autorização da Municipalidade — Alegada infringência do art. 4.º, II, da Lei 6.766/79 — Inocorrência — Prevalência constitucional das posturas municipais — Registro possível".

O seu principal fundamento é a prevalência do peculiar interesse do Município, ao disciplinar o limite mínimo de lote, em confronto com a norma federal.

Em sentido contrário, porém, trouxe o zeloso Oficial Imobiliário à colação acórdão deste Conselho (Ap. cível 861-0, de Pereira Barreto), o qual, referindo-se ao que ficou decidido no proc. CG-53.995/80, da E. Corregedoria Geral da Justiça, estabelece que "a subdivisão do lote não pode desatender ao preceito do art. 3.º, parágrafo único, nem ao mínimo exigido no art. 4.º, II, da lei" (in *RDI* 5/135, v. item 3 e resposta à 5.ª indagação).

Diante das posições antagônicas insertas nessas decisões administrativas, mister se trace uma solução uniforme, para observância neste e nos demais casos que venham a surgir.

A análise da atual lei que disciplina o parcelamento do solo urbano (n. 6.766/79), bem como das anteriores, demonstra que os processos de loteamento e desmembramento se sujeitam a dois tipos de normas jurídicas: as urbanísticas e as civis.

As primeiras, segundo a lição de José Afonso da Silva, "são de competência municipal e visam a assegurar aos loteamentos os equipamentos e as condições mínimas de habitabilidade e conforto, bem como harmonizá-los com o Plano Diretor do Município, para o correto desenvolvimento urbano; as normas civis são de competência exclusiva da União (CF, art. 8.º, XVII, "b")..." (*Direito Urbanístico Brasileiro*, Ed. Revista dos Tribunais, 1981, p. 382).

Idêntica é a opinião de Hely Lopes Meirelles (*Direito Municipal Brasileiro*, pp. 640 e 641, 3.ª ed. refundida).

Assentada essa premissa, conclui-se que ao Município, por intermédio de legislação adequada, é que compete disciplinar aspectos relativos à ocupação do solo urbano que digam respeito ao seu peculiar interesse e influam, diretamente, com a ordenação de seu território.

Aliás, nesse sentido o magistério do mesmo Hely Lopes Meirelles, quando afirma: "A competência dos Municípios em assuntos de urbanismo é ampla e decorre do preceito constitucional que lhes assegura autonomia em tudo que concerne ao seu peculiar interesse e à organização dos serviços públicos locais (CF, art. 15). Visando o urbanismo, precipuamente, à ordenação espacial e à regulação das atividades humanas que entendem com as quatro funções sociais — habitação, trabalho, recreação, circulação — é óbvio que cabe ao Município editar normas, especialmente para a cidade, provendo concretamente todos os assuntos que se relacionem com o uso do solo urbano, as construções, os equipamentos e as atividades que nela se realizam e dos quais dependem a vida e o bem-estar da comunidade local" (*Direito Municipal Brasileiro*, p. 609, 3.ª ed.).

Ora, nada é tão estreitamente ligado ao peculiar interesse de um Município como a disciplina de seu solo urbano, notadamente quanto à questão atinente ao limite mínimo das áreas decorrentes de loteamentos e desmembramentos.

A Lei 6.766/79, em seu art. 4.º, II, estabeleceu ressalva alusiva a maiores exigências da legislação municipal.

O preceito constitucional, todavia, que confere competência ao Município para cuidar de assuntos de seu peculiar interesse autoriza a edição de legislação que permita o parcelamento de imóveis com área inferior ao mínimo fixado pela lei ora examinada.

Não se olvide, outrossim, que "quem vai definir o que seja o peculiar interesse do Município é o próprio Município. Na colidência de disposições normativas de outras entidades políticas, deve prevalecer a norma municipal, de vez que é esta quem vai traçar seu âmbito de competências e fixar seus interesses. Não pode a norma federal ou estadual dizer quais são os interesses específicos do Município" ("A competência do Município na disciplina urbanística", artigo de Régis Fernandes de Oliveira, José Horácio Cintra Gonçalves Pereira e Hélio Lobo Júnior in *RDI* 9/20).

Dentro dessa linha de raciocínio, perfeitamente plausível autorize um Município, com pequeno território e grande contingente populacional carente de renda, a instalação de núcleos habitacionais onde os lotes possuam área total inferior ao mínimo de 125m², previsto na Lei 6.766/79.

A norma municipal, nesse caso, estará conforme ao seu peculiar interesse.

É oportuno salientar, também, que "peculiar interesse não é interesse exclusivo do Município; não é interesse privativo da localidade, não é interesse único dos munícipes... Se se

exigisse essa exclusividade, essa privatividade, essa unicidade, bem reduzido ficaria o âmbito da Administração local, aniquilando-se a autonomia de que faz praça a Constituição. Mesmo porque não há interesse municipal que não seja reflexamente da União e do Estado-membro, como também não há interesse regional ou nacional que não ressoe nos Municípios como partes integrantes da Federação brasileira, através dos Estados a que pertencem. O que define e caracteriza o peculiar interesse inscrito como dogma constitucional é a predominância do interesse do Município sobre o do Estado ou da União. Tudo quanto repercutir direta ou indiretamente na vida municipal é de interesse peculiar do Município, embora possa interessar também, indireta e imediatamente, ao Estado-membro e à União. O provimento de tais negócios cabe inteiramente ao Município interessado, não sendo lícita a ingerência de Poderes estranhos, sem ofensa à autonomia local. Pode e deve o Município repelir tais interferências, partam elas de outro Município, do Estado-membro ou da União, através de qualquer de seus órgãos ou Poderes. E, não sendo possível ao Município ofendido em sua autonomia convencer administrativamente o Poder estranho de cessar sua intromissão, poderá recorrer ao Judiciário para anular o ato concreto de interferência inconstitucional" (Hely Lopes Meirelles, "O regime municipal brasileiro em confronto com o de outros países", separa da RT 236/18, 1955).

Os problemas urbanísticos diferem de Município para Município. Cada um apresenta peculiaridades próprias e, como é lógico, somente uma legislação adequada pode resolver as questões.

A norma federal em exame, quando adentra assunto de competência exclusiva do Município, procura resolver, de modo uniforme, em todo o País, situações diversas, que carecem, a toda evidência, de disciplina específica, atendendo a peculiaridades regionais e locais.

Não se pode tratar igualmente um Município industrial, densamente povoado, em pequeno território, com problemas de baixa renda e carência habitacional, com outro, essencialmente agrícola, ocupando vasta área e sem um volume populacional considerável.

No primeiro caso, o limite mínimo dos lotes, observada a legislação municipal, pode ser diminuído, sob pena de graves transtornos no setor, com o inevitável surgimento de favelas, ao passo que, no segundo, esse limite, mesmo se fixado acima dos 125m² preconizados pela legislação federal, em nada influirá nos problemas sociais. Trata-se de uma atua-

ção política do Legislativo municipal, que acaba por resolver, com fulcro no peculiar interesse, o ordenamento urbanístico de sua base territorial.

Merece ser trazida à colação, nesta oportunidade, a lição de Ataliba Nogueira, publicada na RDP 6/15 e 16, em artigo intitulado "Teoria do Município" e vazada nos seguintes termos: "Por isto, como consequência da autonomia, a regra há de ser a da variedade; terá cada Município a sua forma própria de organização. Nada de padronização, nem de feitiço estereotipado. A vida é a diversidade. Surge espontaneamente à dessemelhança; é violência impor a invariabilidade. Preconizamos a diferenciação entre Município e Município. Cada qual há de se organizar naturalmente, de acordo com as circunstâncias locais e de tempo, circunstâncias históricas e de espaço. É contrária à boa política e ao desenvolvimento e progresso do Estado a pretendida uniformidade administrativa".

Assim, existindo legislação municipal estabelecendo limite mínimo de testada ou área total, diverso do constante da federal, deve ser observada a primeira, que se alicerça em competência legislativa estabelecida pela Constituição Federal.

2. Superado esse problema, resta analisar, no caso presente, a possibilidade de se concretizar o registro perseguido.

Por fundamento diverso daquele constante da decisão, há que se manter o indeferimento.

Com efeito, a Municipalidade de Diadema não se manifestou, de forma inequívoca, sobre o desmembramento pleiteado.

Os documentos de fls. e fls. — "habite-se" — apenas aludem à construção de duas residências no terreno pertencente a Vítor de Almeida, e em momento algum, ainda que de forma implícita, permitem concluir pela oficial autorização de desmembramento do imóvel.

O exame de seus termos demonstra que a Municipalidade tão-somente se manifestou sobre edificações, tendo por base a totalidade do terreno, não se referindo a eventual parcelamento posterior.

Tanto isto é verdade que sequer descrevem, separadamente, cada uma das áreas que teriam resultado, levando-se em consideração as construções erigidas no todo.

Lembre-se que a intervenção do Município é sempre obrigatória em casos de desmembramento e já o era antes da Lei 6.766/79 (cf. art. 167, II, n. 4, c/c o parágrafo único do art. 246, da Lei 6.015/73).

Aliás, sobre desmembramentos, recente acórdão deste Conselho procurou analisar o alcan-

ce das leis vigentes (Ap. cível 2.219-0, da comarca de Osasco, rel. Des. Afonso André),* o mesmo acontecendo com a resposta dada ao Instituto de Registro Imobiliário do Brasil, aprovada pelo Des. Corregedor Geral da Justiça, com força normativa (DJE 26-31.5.83).

Para alcançar seu objetivo, portanto, precisa a apelante, apenas, obter expressa auto-

rização da Municipalidade sobre o parcelamento pretendido.

Acordam, pois, negar provimento ao recurso Custas *ex lege*.

São Paulo, 12 de setembro de 1983 — ANDRADE JUNQUEIRA, 3.º Juiz — AFONSO ANDRÉ, corregedor geral e relator — BATALHA DE CAMARGO, revisor.

INVENTÁRIO

Renúncia dos bens da única herdeira — Imposto “inter vivos” não devido.

A renúncia à herança manifestada por termo nos autos de arrolamento não está sujeita a determinado prazo para liberar-se do imposto “inter vivos”.

Quando a renúncia está expressa nos autos, atendendo-se ao princípio de que na sucessão legítima a parte do renunciante acresce à dos outros herdeiros, não há fato gerador a considerar e, assim, não há, também, imposto a ser recolhido.

Agravo de instrumento 206/85 — Curitiba — Agravante: Fazenda do Estado — Agravado: Espólio de Bruno Bertolucci Panelli (TJPR).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de agravo de instrumento 206/85, de Curitiba, 1.ª Vara Cível, em que é agravante a Fazenda Pública do Estado do Paraná e agravado o Espólio de Bruno Bertolucci Panelli: Acordam, em 2.ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, por maioria de votos, negar provimento ao agravo.

1. O ilustre Dr. Juiz *a quo* considerou indevido o imposto *inter vivos* pretendido pela Fazenda do Estado nos autos de arrolamento dos bens deixados por Bruno Bertolucci Panelli, em face da *renúncia* à herança manifestada pela única herdeira, D. Marlene Panelli Ferreira, e seu ex-marido, Dr. Layr Ferreira, conforme petição e termo trasladados, a fls. e fls.

Entende a agravante, todavia, ser irrenunciável a herança, na espécie em exame, porque requerida fora do prazo de 60 dias previsto pela Lei estadual 5.464, de 31.12.66, e feita em favor da viúva meeira, tendo havido, assim, a intenção de receber a herança, com a posterior transferência de direitos.

Invoca em prol de seu entendimento dois julgados em processos de inventário nos quais a renúncia não poderia ser pura e simples, mas de caráter translativo.

2. Incensurável, *data venia*, a r. decisão recorrida, que deu solução correta ao caso dos autos.

* RDI 12/54.

É que, contrariamente às situações trazidas a confronto, em acórdãos deste Tribunal, neste arrolamento ficou expressa a renúncia aos bens descritos, de tal forma que não houve qualquer transferência. Tratava-se de uma única herdeira que renunciava à herança de bens deixados por seu pai, os quais, por esse motivo, se agregaram à meação da viúva.

Como não existiam outros herdeiros, não há que se considerar *desistência em favor de outrem* (de modo a caracterizar transferência de bens), mas renúncia pura e simples da herança, não significando, por isso, ato translativo de propriedade.

Não há, portanto, fato gerador do imposto *inter vivos*.

Do mesmo modo, o prazo de 60 dias, de que trata a Lei estadual 5.464, de 31.12.66, deve ser interpretado em relação à abertura do inventário, e não em relação à data do óbito, que fixou a abertura da sucessão, porque, se assim não fosse, estaria a lei estadual antepondo-se às disposições do Código Civil, que é lei federal e que não limita, a certo prazo, o direito de renunciar.

E, como dispõe o art. 1.589 do CC, “na sucessão legítima, a parte do renunciante acresce à dos outros herdeiros da mesma classe e, sendo ele o único desta, devolve-se aos da subsequente”, o que significa não ter havido, no caso, ato translativo dos bens, que, por isso mesmo, não chegaram a constituir patrimônio do herdeiro renunciante. A renúncia foi manifestada e tomada por termo tão logo a herdeira foi chamada ao inventário — diferentemente das hipóteses tratadas pelos acórdãos

mencionados, nos quais os herdeiros, depois de haverem aceitado a herança, resolveram renunciar.

Curitiba, 5 de outubro de 1983 — OSSIAN FRANÇA, pres. e relator designado — JOÃO CID PORTUGAL, vencido, com a seguinte declaração de voto: Renúncia de herança. Quando ela não se dá dentro do prazo de 60 dias, está sujeita ao pagamento do imposto de trans-

missão *inter vivos*, como imposição da Lei estadual 5.464, de 31.12.66 (lei orgânica do imposto de transmissão de bens imóveis e de direitos a eles relativos).

Esta foi a ementa do meu voto, sustentando que, se é verdade que não há prazo para a renúncia, prazo há para que a mesma renúncia ocorra sem ônus, nos termos da referida lei estadual — LEMOS FILHO.

DIVISÃO

Imóvel rural — Condomínio estabelecido antes da Lei 4.504/64 — Restrição ao fracionamento inferior ao módulo rural — Exigibilidade da observância deste.

Apesar de o condomínio ter origem anterior ao Estatuto da Terra, o direito dos proprietários, relativo ao fracionamento, passou a sofrer a restrição do respeito ao módulo rural.

Apelação cível 32.003-1 — Capão Bonito — Apelantes: Placedino Batista da Silveira e outros — Apelados: Aparícia Oliva Matarazzo e outros (TJSP).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação cível 32.003-1, da comarca de Capão Bonito, em que são apelantes Placedino Batista da Silveira e outros e Adolfo (ou Rodolpho) Matarazzo e sua mulher, sendo apelados Aparícia Oliva Matarazzo e outros e o Dr. Curador Especial, por José Matarazzo e Júlio Matarazzo e sua mulher: Acordam, em 1.ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, por votação unânime, renunciar o agravo retido e dar provimento ao recurso.

Placedino Batista da Silveira e sua mulher e Agostinho Moraes Gomes e sua mulher propuseram ação de divisão de um imóvel denominado "Sítio dos Matarazzos", situado nos subúrbios da cidade de Capão Bonito, comarca do mesmo nome.

Houve contestação por parte de alguns condôminos, que opuseram preliminares, apesar do que o processo foi saneado pelo despacho de fls., do qual recorreram Aparícia Oliva Matarazzo e outros, conforme agravo que ficou retido (fls.).

A sentença de fls., cujo relatório se adota, julgou extinto o processo sem apreciação do mérito, nos termos do disposto no art. 267, VI, do CPC.

Apelaram Placedino Batista da Silveira e sua mulher e Agostinho Moraes Gomes e sua mulher (fls.) e apelaram também Adolfo Matarazzo e sua mulher (fls.). Os recursos foram bem processados, obtendo parecer favorável da douda Promotoria (fls.).

Nesta instância, a culta Procuradoria também se manifestou pelo provimento, para que a ação prossiga (fls.). É o relatório.

A sentença foi favorável aos agravantes, pelo que o agravo não foi reiterado e, assim, não é conhecido.

Não ocorreu preclusão do despacho saneador, exatamente porque houve recurso.

Ao contrário do que alegam os autores, ora apelantes, apesar de o condomínio ter origem anteriormente à Lei 4.504/64, o direito do proprietário, relativamente ao fracionamento, por se tratar de matéria de ordem pública, passou a sofrer a restrição do respeito ao módulo rural (RT 506/117; *Revista de Jurisprudência do TJSP* 42/403).

Não obstante, procede o recurso, como observou com argúcia o nobre Procurador da Justiça.

É que, como se vê do documento de fls., reconheceu a sentença e não foi negado pelos réus, a lei municipal posterior pela qual o imóvel dividendo passou a ser considerado como sendo do perímetro urbano.*

Trata-se, evidentemente, de fato superveniente que pode e deve ser apreciado e considerado nesta oportunidade, na conformidade do disposto no art. 462 do CPC.

Ensina José Frederico Marques, comentando esse preceito legal, que "a proibição de mudar o pedido e aquela que impede o juiz de julgar *ultra petita* não excluem o fato superveniente, desde que se trate do mesmo fato anteriormente aduzido, mas que, naquele momento, ainda não existia" (*Manual de Direito Processual Civil*, vol. 3.º/222, 2.ª Parte).

* Conforme o original.

Já foi julgado que “a sentença deve refletir o estado de fato no momento da decisão, devendo o juiz levar em consideração, de conformidade com os arts. 301, I, e 462 do CPC, direito superveniente ou fato constitutivo, modificativo ou extintivo, pois aquele nada mais é do que o resultado da incidência deste”. É o que consta de erudito e brilhante acórdão publicado na RT 527/107. No mesmo sentido: RT 489/143; *Julgados dos TACivSP* 34/120; *Revista de Jurisprudência do TJSP* 40/72.

Portanto, desde que o imóvel dividendo passou à zona urbana, está claro que não há razão para que se considere o módulo fixado para a região de acordo com o Estatuto da Terra

A vista do exposto, dá-se provimento ao recurso para que a ação prossiga.

O julgamento foi presidido pelo Des. Valentim Silva e dele também participou o Des. Mendes Pereira, ambos com votos vencedores. São Paulo, 31 de maio de 1983 — GALVÃO COELHO, relator.

DIVÓRCIO

Partilha de bens — Necessidade — Embargos recebidos para anular a decisão — Aplicação dos arts. 31 e 40, § 2.º, IV, da Lei 6.515/77.

Proposta ação direta de divórcio, indispensável se torna, de qualquer modo, a partilha dos bens, por isso que, operando-se a dissolução do vínculo matrimonial, com possibilidade de novo casamento (art. 180 do CC), o legislador teve em mira evitar a confusão de patrimônios, tanto que a exigiu expressamente nos casos de separação judicial (art. 31 da Lei 6.515/77) e de divórcio consensual (art. 40, § 2.º, IV), não sendo crível que a dispensasse nos casos de divórcio direto ou a relegasse para o Juízo da execução, com possibilidade do surgimento daquele problema.

Embargos infringentes 54/82 (segredo de justiça) (TJPR).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de embargos infringentes 54/82: Acordam os Juízes do 2.º Grupo de Câmaras Cíveis do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, adotada a exposição de fls. e por maioria de votos, receber o recurso nos termos do pronunciamento minoritário, ou seja, para anular a decisão de primeiro grau, a fim de que outra seja prolatada, com a prévia partilha dos bens do casal.

A embargante, que havia proposto ação direta de divórcio, que logrou êxito, dela interpôs recurso apelatório, todavia, por isso que o Julgador singular nada decidira quanto à partilha dos bens, deixando para o processo de execução.

Desprovido o apelo, por maioria de votos, mesma embargante vale-se do recurso previsto no art. 530 do *Digesto* processual, trazendo à colação, tal como o fizera anteriormente, uma série de decisões jurisprudenciais em abono de sua tese, segundo a qual é impossível relegar para a execução tal partilha.

A emérita Procuradoria-Geral da Justiça, em lacônico parecer, apenas reiterou os argumentos do Ministério Público, ao ensejo da apelação, sendo pelo desprovimento.

Contudo, o recurso enseja recebido.

Há que se reconhecer que a questão divide doutrinadores e a própria jurisprudência.

Sílvio Rodrigues e Domingos Sávio Brandão Lima, p. ex., entendem indispensável a partilha para a decretação do divórcio, enquanto outros, como Yussef Said Cahali, a consideram própria do processo de execução.

O Julgador singular segue a orientação do último.

Mas, tal como afirmado no ac. 16.983, da 2.ª Câmara Cível deste Areópago, que a embargante anexou a fls., há de se convir que não é crível que o legislador, que a exige (a partilha), expressamente, nos casos de separação judicial (art. 31) e de divórcio consensual (art. 40, § 2.º, IV), a dispensasse quando se tratasse de divórcio direto ou a remetesse para o juízo da execução, sabido que o divórcio não só dissolve a sociedade conjugal (art. 2.º) como o próprio vínculo matrimonial (parágrafo único do art. 2.º), com possibilidade de novo casamento (art. 180 do CC).

Daf por que, em tal aresto, é sublinhado, *in verbis*: “Ora, se a intenção do legislador foi, justamente, evitar o problema da confusão de patrimônios, com o novo casamento, como se permitir que, decretado o divórcio, se fizesse a partilha posteriormente? Tanto é exato o entendimento que o grande Civilista pátrio Sílvio Rodrigues (*O Divórcio e a Lei que o Regulamenta*, ed. Saraiva, 1978, p. 158) observa: “A regra é de alguma severidade, quando não permite o divórcio até que se haja pro-

cedido à partilha do patrimônio comum, e talvez pudesse ser abrandada através de um duplo expediente: impedir-se não o divórcio, mas o segundo casamento; não exigir partilha, mas apenas o arrolamento dos bens comuns". E explica: "O propósito de evitar a confusão de patrimônios, em matéria do novo casamento, é antigo e tradicional no Direito brasileiro, embora, como é óbvio, não se tratasse do problema em matéria de divórcio, até ontem inexistente entre nós. Mas a preocupação do legislador sempre existiu em matéria de viúvo ou viúva que pretende contrair novas núpcias. Tendo em vista o propósito de evitar confusão de patrimônios, o Código Civil edita o impedimento proibitivo do n. XIII do art. 183, impedindo o viúvo ou a viúva que tiver filhos do cônjuge falecido de contrair novo matrimônio enquanto não fizer inventário e der partilha aos herdeiros; e cria as normas punitivas dos arts. 225 e 226 para a hipótese da infração. Ora, boa maneira de abrandar o dispositivo em comentário seria a de proibir não o divórcio, mas o novo casamento do divorciado, enquanto não homologada a partilha do patrimônio de seu antigo casal. Assim evitar-se-ia o problema de confusão de patrimônios". E conclui: "Entretanto, não foi essa a orientação do legislador, que exige decisão sobre partilha dos bens, para decretar o divórcio". Ademais, como bem explicitado por Cândido Rangel Dinamarco, em excelente artigo publicado in *RT* 512/20-34, de junho de 1978, especialmente n. 21: "Tanto no divórcio quanto na separação judicial, a sentença é nitidamente constitutiva, pois, além de declarar a existência do direito alegado pelo autor, contém um segundo momento lógico em que opera efetivamente a modificação do estado civil dos cônjuges. Como sentença constitutiva, ela não comporta execução forçada, que é decorrência das sentenças condenatórias (CPC, art. 584, I). Os atos de averbação da sentença no Registro Público não se consideram execução, no sentido técnico que caracteriza esta, sendo simplesmente cumprimento de deveres funcionais dos encarregados do registro (execução imprópria). Conseqüentemente, não poderá ser deixada para fase posterior, como pretendeu o ínclito Magistrado *a quo*, a divisão do patrimônio comum dos cônjuges, porque estes, divorciados, poderão convolar a novas núpcias, sem que procedam a tal partilha, ou, o fazendo, esta se delongue por algum tempo, com a possibilidade da criação do problema apontado, ou seja, confusão patrimonial, com graves e sérias conseqüências".

O egrégio STF, julgando o RE 92.216, por sua C. 2.ª Turma, em 3.2.81, justamente originário da Ap. 145/79, supra-referida, proclamou, em ementa: "Divórcio — Necessidade de partilha de bens na sentença, ainda que na hipótese do art. 40 da Lei 6.515 — Interpretação que não se pode ter como desarrazoada — Súmula 400..." (*RTJ* 100/779).

O ilustrado Relator, insigne Min. Moreira Alves, assim se pronunciou a propósito do polêmico tema, *in verbis*: "3. Finalmente, no que concerne à alegação de negativa de vigência do art. 40 da Lei 6.515, ela, evidentemente, não ocorre, porquanto a interpretação que o acórdão recorrido lhe deu, com base, inclusive, no elemento sistemático, não se pode ter, de forma alguma, como desarrazoada. É de aplicar-se, pois — como bem acentua o parecer da Procuradoria-Geral da República — a Súmula 400".

A emérita Procuradoria-Geral da República assim enfocou o ponto nodal do recurso extremo, *in verbis*: "Ao considerar que é imprescindível a partilha também para o divórcio decorrente da separação de fato, a v. decisão recorrida considerou a inovação trazida ao art. 180 do CC pela Lei do Divórcio: "A habilitação para o casamento faz-se perante o oficial do Registro Civil, apresentando-se os seguintes documentos: ... V — certidão de óbito do cônjuge falecido, da anulação do casamento anterior ou do registro da sentença do divórcio..." Um segundo casamento do recorrente sem a prévia partilha dos bens comuns da primeira união permitiria a confusão de patrimônios, que o Direito Civil sempre proibiu, como demonstrado no acórdão recorrido. Daí, ao nosso entender, a incidência da Súmula 400, a não permitir o conhecimento do recurso" (*RTJ* 100/783).

Em sendo assim, é de convir que o voto vencido, lançado ao ac. 1.259, da C. 3.ª Câmara Cível deste Areópago, merece guarda para o efeito de propiciar o recebimento dos embargos, a fim de que, anulada a decisão de primeiro grau, outra seja prolatada, com prévia partilha dos bens do casal.

Nesse sentido é que o Colegiado acolhe o recurso.

Curitiba, 11 de novembro de 1982 — MARINO BRAGA, pres. — RENATO PEDROSO, relator — ABRAHÃO MIGUEL, vencido. Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Des. Ronald Accioly, Lemos Filho, Lima Lopes e João Cid Portugal.

DECISÕES ADMINISTRATIVAS

PENHORA DE IMÓVEL EM NOME DE TERCEIRO

A recusa do oficial ao cumprimento de mandado judicial que não preenche as condições legais extrínsecas necessárias ao registro não configura falta disciplinar. É o que ocorre com o mandado para registro de penhora de imóvel não registrado em nome do devedor. Todavia, se o mandado for conseqüente à declaração, com força jurisdicional, de que a alienação do imóvel foi feita em fraude de execução, deve ser registrada a penhora. Aprovação de parecer no qual se recomenda que o oficial, considerando impossível o cumprimento de mandado, prenote-o e o submeta ao Corregedor Permanente com as razões de sua recusa.

Acórdão do CSMSP no protocolado G-105.078.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de protocolado G-105.078, da comarca da Capital: Acordam os Desembargadores do Conselho Superior da Magistratura determinar o cumprimento do mandado em causa.

Acolhendo parecer na reclamação do MM. Juiz da 16.ª Vara Cível contra o Oficial do 5.º Registro de Imóveis, entendeu o Conselho que o Oficial não cometera falta disciplinar, pois, mesmo quando se trata de atos judiciais, cabe ao Oficial verificar se o ato que lhe é apresentado preenche as condições legais extrínsecas necessárias ao registro determinado. Na espécie, a recusa do Oficial se baseou em orientação do Magistrado Corregedor do 5.º Registro de Imóveis.

Deixou o Conselho de resolver, porém, se o mandado devia ou não ser cumprido, vindo, então, o MM. Juiz da 16.ª Vara Cível, pelo ofício de fls., ponderar que se faz necessária tal decisão. E tem razão, pois não pode aquele ato ficar em suspenso.

Ora, as penhoras podem ser registradas junto às matrículas dos imóveis a elas vin-

culadas, como autoriza o art. 240 da Lei de Registros Públicos (Lei 6.015/73).

No caso, o mandado expedido pelo Juízo da Execução é conseqüente à declaração, com força jurisdicional, de que a alienação do imóvel penhorado fora feita em fraude de execução.

Essa declaração pode ser emitida de plano pelo Juízo da Execução. Nada lhe falta para ter eficácia plena.

Assim, embora o Conselho haja resolvido que o Oficial do Registro não cometeu falta disciplinar, contudo, também reconhece que a penhora, ante o decreto de fraude à execução, é de ser registrada. Não é empecilho ao registro a titularidade dominial em nome de terceiro, pois o registro da penhora não importa cancelamento do domínio, mas sim a sujeição do bem penhorado aos efeitos da penhora, notadamente a expropriação judicial, nos autos da execução, para pagamento do credor (ou credores concorrentes). É o que fica decidido.

São Paulo, 8 de fevereiro de 1984 — AFONSO ANDRÉ, pres. e relator — PINHEIRO FRANCO, vice-pres. — BATALHA DE CAMARGO, corregedor geral.

PARECER REFERIDO NO ACÓRDÃO

Exmo. Sr. Corregedor:

O Dr. José Rodrigues de Carvalho Neto, MM. Juiz de Direito Titular da 16.ª Vara Cível da Capital, encaminhou representação ao egrégio CSM, solicitando providências contra o 5.º Cartório de Registro de Imóveis

da comarca, cujo Oficial Substituto, Wilson Baraban, teria negado cumprimento a ordem judicial emanada de autoridade competente.

Segundo se depreende, o nobre Magistrado, nos autos da execução contra devedor solvente promovida pelo Banco Lar S/A contra

Marcos Gaspar Calmon, após reconhecer configurada a alienação de bem imóvel em fraude à execução (proc. 1.592/81 — fls.), fez expedir, a requerimento do exequente, mandado de registro da penhora então efetuada, encaminhando-o ao 5.º Cartório de Registro de Imóveis. Contudo, o seu Oficial Substituto, em fundamentada informação e calcado em orientação normativa, manifestou recusa em proceder ao registro, uma vez que o imóvel penhorado houvera sido alienado a terceiro, Cícero Sobreira Dantas, em cujo nome se acha o bem atualmente registrado (R. 2/29.579 — fls.).

O incidente, que chegou a provocar a instauração de inquérito policial contra o mencionado Oficial, a final arquivado por r. despacho do MM. Juiz da 25.ª Vara Criminal (fls.), também foi levado ao conhecimento desta E. Corregedoria Geral da Justiça (proc. 67.301/83), tendo o MM. Juiz de Direito da 1.ª Vara de Registros Públicos da Capital, diante da reiteração de casos semelhantes, remetido a este Órgão vários outros expedientes análogos, todos referentes a desentendimentos entre juízes e oficiais, sobre o registro de títulos judiciais, encarecendo aquele ilustre Magistrado a conveniência de expedição de orientação normativa superior no sentido de obviar os impasses assim criados, alguns assumindo, até, contornos de gravidade. É o relatório sucinto.

1. Em que pese a reconhecida cultura e respeitável entendimento do nobre Magistrado representante, pensamos, *venia concessa*, descaer, quer da parte do egrégio CSM, quer desta Corregedoria Geral da Justiça, qualquer providência de ordem disciplinar contra o 5.º Cartório de Registro de Imóveis local.

2. É que seu Oficial Substituto, ao recusar registro de mandado de penhora expedido pelo Juízo da 16.ª Vara Cível, não cometeu qualquer deslize funcional, nem deixou de dar cumprimento a ordem judicial emanada de autoridade competente. Ao contrário, pautou sua conduta de conformidade com sedimentada orientação normativa superior e, além do mais, com fiel e exata observância de princípio inerente ao Registro Imobiliário.

Com efeito, se o imóvel penhorado não se acha atualmente registrado em nome do executado, mas sim no de terceiro, Cícero Sobreira Dantas, tecnicamente incensurável a oposição manifestada pelo Cartório Imobiliário, porquanto, do contrário, ultrajado restaria o princípio da continuidade.

Segundo a mais autorizada doutrina, o princípio da continuidade significa que, "em relação a cada imóvel, adequadamente individualizado, deve existir uma cadeia de titularida-

des à vista da qual só se fará a inscrição de um direito se o outorgante dele aparecer no registro como seu titular. Assim, as sucessivas transmissões, que derivam umas das outras, asseguram sempre a preexistência do imóvel no patrimônio do transferente" (Afrânio de Carvalho, *Registro de Imóveis*, Forense, 1982, p. 304).

Neste particular, estabelecido que os atos judiciais, representados por "cartas de sentença, formais de partilha, certidões e mandados extraídos de autos de processos", incluem-se entre os títulos legalmente admitidos a ingressar no Registro Imobiliário (art. 221, IV, da Lei 6.015/73), é indiscutível subordinarem-se eles a todos os basilares princípios registrários, dentre os quais sobreleva o da continuidade.

A esse propósito, Afrânio de Carvalho, depois de assinalar as transformações provocadas com o advento do Código Civil, obtémpera que esse diploma legal, "ao incorporar o antigo Registro Geral, denominando-o de "Imóveis", e atrair para ele as transmissões *causa mortis* e os atos judiciais, permitiu claramente que se formassem dentro deles linhagens completas de títulos, sem a falta de qualquer deles. Com a universalização do ingresso das mutações jurídico-reais no Registro estabeleceu-se o natural requisito para o advento do princípio da continuidade dos títulos, pela adequada exigência de sua filiação, já agora favorecida pelo fato da inscrição induzir a presunção de domínio" (ob. cit., pp. 310 e 311).

Bem de ver, destarte, que a manifestação de recusa a registro de qualquer dos títulos judiciais, como, v. g., o mandado de penhora, sob o fundamento de inobservância da continuidade, jamais poderia implicar, para o oficial do Registro Imobiliário, qualquer espécie de censura, porquanto, neste caso, estaria agindo dentro das atribuições que lhe são legalmente impostas ao correto exercício de seu relevante mister.

Aliás, é antigo, mas sempre atual, o ensinamento do insigne Serpa Lopes:

"Muitas vezes o ato da inscrição é baseado num mandado judicial e em cumprimento à ordem do juiz.

"Pode o oficial, em caso tal, suscitar dúvida?

"É evidente que pode, se bem que em condições mais restritas. Ao Oficial não é lícito, v. g., criar dúvidas sobre matéria que tenha sido objeto do julgado, mesmo que se trate de capacidade do interessado.

"Mas se o oficial não pode ingressar na análise dos fundamentos das decisões judiciais, por outro lado estas não podem compe-

lir a que se torne efetiva a inscrição de títulos não subordinados a inscrição ou que contenham defeitos em antinomia com a inscrição.

"Ele pode, então, apreciar as formalidades extrínsecas do mandato judicial, para constatar-lhe a autenticidade, bem como apurar se existe algum direito constante do Registro que impeça a execução da sentença judicial, a menos que esse conflito tenha constituído um dos fundamentos da sentença executada.

"Assim, p. ex., se a inscrição judicialmente ordenada estiver em oposição com o direito do titular do imóvel, devidamente transcrito, ou, por outra, não figurando em nome do devedor a transcrição do imóvel, a inscrição não poderá ser levada a efeito, nem o mandato judicial poderá ter cumprimento" (*Tratado dos Registros Públicos*, 1962, 5.^a ed., Freitas Bastos, vol. II/355, n. 344 — os grifos não são do original).

Desse entendimento não discrepa Afrânio de Carvalho, quando, prelecionando sobre os deveres do oficial no exame dos títulos apresentados a registro, assevera:

"Assim como a inscrição pode ter por base atos negociais e atos judiciais, o exame da legalidade aplica-se também a uns e outros. Está visto, porém, que, quando tiver por objeto atos judiciais, será muito mais limitado, cingindo-se à conexão dos respectivos dados com o registro e à formalização instrumental. Não compete ao registrador averiguar senão esses aspectos externos dos atos judiciais, sem entrar no mérito do assunto neles envolvidos, pois, do contrário, sobreporia a sua autoridade à do juiz.

"Se a averiguação revelar falta seja de conexão, seja de formalidade externa, o mandato judicial deixará de ser cumprido pelo registrador, que então levantará a dúvida. Esta terá cabimento, p. ex., quando a inscrição versar sobre um imóvel que não figura em nome do devedor, constante do ato judicial, mas de outrem" (ob. cit., p. 300 — os grifos são do original).

Nesse particular, o mesmo autor, em outra passagem de sua conhecida monografia, complementa, incisivamente: "A identificação da parte disponente do direito com a parte inscrita depende, em regra, de simples cotejo entre o nome constante do título e o consignado no livro, que responderá se o vendedor, ou devedor, é o adquirente da escritura anterior. Se o cotejo revela divergência, deixará de ser feita a inscrição" (ob. cit., p. 293).

De resto, esta sempre foi a mais uniforme e vencedora jurisprudência do egrégio CSM, que não chegou a ser alterada, tanto que preva-
lente na atualidade, pelo transitório enten-

dimento sufragado nos v. acórdãos referidos pelo MM. Juiz representante (fls.).

Com efeito, há mais de um decênio esse C. Órgão reiteradamente decidiu ser "dever do oficial verificar a validade e a legalidade do título, tendo em vista sua conformação com os registros anteriores, evitando lesão aos princípios que informam os Registros Públicos, mesmo que aquele decorra de ato judicial", proclamando, por isso, em respeito ao princípio da continuidade, "o impedimento do registro de carta de adjudicação e de arrematação de bem imóvel transcrito em nome de terceiro que não o próprio executado" (Ag. pet. 222.712, São Bernardo do Campo, rel. Des. Ferreira de Oliveira, RT 457/112; 211.626, São Vicente, de 6.10.72, e 221.156, São Paulo, de 11.5.73, rel. Des. Ferreira de Oliveira, in *Acórdãos do CSM — Biênio 1972-1975*, pp. 66 e 128).

Em nova composição, o E. Conselho manteve a mesma orientação, sentenciando, inúmeras vezes, a legalidade da recusa a registro de mandados judiciais e a necessidade de conformação, objetiva e subjetiva, do título ao constante do Registro Imobiliário (Ag. pet. 235.115, São Paulo, de 8.1.75, 239.927, Campinas, de 4.2.75; 243.890, Campinas, de 18.9.75; 242.900, São Paulo, de 6.11.75, e 246.168, São Paulo, de 12.11.75, todos relatados pelo Des. Márcio Martins Ferreira, in *Acórdãos do CSM — Biênio 1974-1975*, Lex, pp. 136, 162, 226, 242 e 273).

Mais recentemente, em v. acórdãos relatados pelo eminente Des. Andrade Junqueira, o E. Conselho, retomando segura orientação tradicional na matéria, voltou a decidir: "É impossível o registro de penhora de imóveis que não figuram em nome dos devedores. Não haveria encadeamento algum entre o ato pretendido e o conteúdo dos registros e ficaria, em consequência, ultrajado o princípio da continuidade. Enquanto, por comando do juízo competente, não se cancela ou desvigeira o registro imobiliário, cuja força causal está subordinada ao negócio jurídico subjacente, presume-se pertencer o direito real à pessoa em cujo nome conste aquele (art. 859 do CC)" (Ap. cível 284.332, Araraquara, de 10.12.79, cf. Narciso Orlandi Neto, *Registro de Imóveis*, Saraiva, 1982, ementas 257 e 259, pp. 262 e 263).

Ou, ainda:

"A judicialidade da carta de arrematação não a expunge de vícios assim formais como substanciais, impedientes de acesso ao Registro Imobiliário, nem assegura, só por só, transferência pretendida de domínio. Enquanto título dependente de registro imobiliário, iguala-se a todos os outros instrumentos de proveniência distinta, sujeitando-se ao contro-

le dos registros internos e externos cuja coexistência se faça necessária à prática do ato. A lei não a liberta da indeclinável atenção ao pressuposto do registro, bastando notar que lhe estende exigências reclamadas aos demais documentos (arts. 221, IV, 222, 224, 225, *caput*, e 226 da Lei 6.015, de 31.12.73)... Enquanto ato publicístico de expropriação da faculdade de disposição do bem, assegura apenas a transmissão que o exercício pessoal da disponibilidade poderia garantir. Noutras palavras, é ato de transferência forçosa do que e em cujos limites, espontaneamente, poderia transferir o titular. Se este nada tem, nada transpassa a arrematação" (Ap. cíveis 269.827, Registro, de 29.6.78, e 292.481, Andradina, de 10.12.79, cf. Narciso Orlandi Neto, ob. cit., ementas 170 e 269, pp. 173 e 275).

E, finalmente, também sobre o acesso ao Registro de título judicial: A ação de adjudicação compulsória não cria nem transfere domínio. Atém-se à pretensão de suprir declaração de vontade negocial, cuja eficácia jurídica assume. Logo, conseqüente carta de adjudicação não pode mais do que o poderia o instrumento do negócio recusado" (Ap. cível 272.223, Itapeperica da Serra, de 4.9.78, cf. Narciso Orlandi Neto, ob. cit., ementa n. 99, p. 111).

Enfim, outro não é entendimento presentemente vigente no colendo CSM que, na sua atual composição, tem como relator V. Exa., como se pode inferir dos vários arestos nesse sentido proferidos acerca dos mesmos temas (Ap. cíveis 1.206-0, São Paulo, de 23.8.82; 1.310-0, São Paulo, de 2.12.82; 1.704-0, Bananal, de 14.3.83, e 1.371-0, Atibaia, 2.169-0, Campinas, e 2.369-0, São Caetano do Sul, todos de 13.6.83).

3. É verdade que o MM. Juiz de Direito subscritor da representação, soberanamente, reconheceu a alienação então efetuada pelo executado em fraude à execução que lhe é intentada pelo Banco Lar S/A, no Juízo da 16.ª Vara Cível.

Indiscutível, outrossim, consoante uniforme manifestação doutrinária, que tal decisão, de cunho nitidamente declaratório e suscetível de decretação nos próprios autos da execução, independentemente de ação direta, implica não a nulidade ou anulabilidade do ato de transferência, que é válido entre as partes contratantes, mas a sua *ineficácia* ou *irrelevância* em relação ao exeqüente, o que faz com que "os bens alienados não sejam subtraídos à responsabilidade executória, continuando a responder pelas dívidas do alienante, como se não tivessem saído de seu patrimônio" (Enrico Tulio Liebman, *Processo de*

Execução, Saraiva, 3.ª ed., 1968, n. 45, p. 85; Pontes de Miranda, *Comentários ao Código de Processo Civil*, Forense, 1976, t. IX/447; Alcides de Mendonça Lima, *Comentários ao Código de Processo Civil*, Forense, 1.ª ed., vol. VI, t. II/510 e 511; Humberto Theodoro Júnior, *Processo de Execução*, Universitária de Direito, 5.ª ed, 1979, p. 164).

Ora, se assim é, inegável convir que, com ou sem o subseqüente registro da penhora efetuada, o bem alienado em fraude à execução e assim judicialmente declarado continuará, por força natural da r. decisão proferida e em decorrência do princípio que Liebman denomina "da responsabilidade executória secundária", sujeito ao poder executório do órgão jurisdicional, podendo, por isso, ser levado a hasta pública, para integral satisfação da pretensão do credor.

Daf se concluir, conseqüentemente, pela facultatividade da medida aqui discutida e examinada unicamente sob o prisma dos princípios informativos dos Registros Públicos, a qual, em verdade, vem legalmente prevista como providência notoriamente cautelar e preventiva para, em prol do exclusivo interesse do exeqüente, dar-lhe maior publicidade e fazer prova preconstituída "quanto à fraude de qualquer transação posterior" (art. 240 da Lei 6.015/73), bem porque, posto que seu registro não tolha a livre disponibilidade pelo titular, a penhora, como ato judicial, torna, por si só, ineficaz, quanto ao exeqüente, qualquer alienação do bem penhorado (cf. Pontes de Miranda, *Tratado de Direito Privado*, Borsói, 1971, t. XI/381, § 1.256, n. 1; José Frederico Marques, *Manual de Direito Processual Civil*, Saraiva, 1976, vol. 4.º/48 e 146, ns. 769 e 852; Enrico Tulio Liebman, ob. cit., ns. 56 e 57, pp. 95-98).

4. Não se olvide, nesse passo, que o único legitimado e interessado na efetivação desse facultativo registro cautelar da penhora seria, segundo o sistema legal registrário, o próprio exeqüente, a quem incumbiria, inclusive, o encargo pelo pagamento das custas correspondentes.

E isso poderia ser postulado perante o Registro "à vista de certidão lavrada pelo escrivão de feito, com a declaração do fim especial a que se destina após a entrega, em cartório, do mandado devidamente cumprido" (art. 239, parágrafo único, da Lei 6.015/73), providência que o exeqüente expressamente requereu (fls.) e que o ilustre Juiz representante houve por bem deferir, mas, em vezo muito freqüente no foro, com determinação de expedição de mandado (fls.), cujo cumprimento, levantado o óbice no Registro

Imobiliário, acabou gerando o presente incidente.

Destarte, embora sob a forma de mandado, o título judicial assim recusado, sobretudo porque não necessariamente conseqüente da r. decisão que, sem determinar o cancelamento do registro existente em nome de terceiro, simplesmente proclamou a alienação do bem em fraude à execução, nada mais representou do que verdadeira substituição do hábil requerimento pelo qual a parte interessada poderia provocar o registro da penhora efetuada.

Nesse sentido vem a calhar a observação de Pontes de Miranda, que, depois de assinalar que “*têm pretensão ao registro e, pois, são legiimadas à petição todas as pessoas imediatamente interessadas na transcrição*”, bem enfatiza, em lição inteiramente aplicável à espécie, que, “às vezes, o pedido-exigência vai por intermédio do juiz, que *manda fazer-se a inscrição, ou autoriza a provocação*” (*Tratado de Direito Privado*, vol. cit., §§ 1.246, n. 2, e 1.226, n. 3, pp. 332 e 362 — grifos do original).

Aliás, se é certo que, para o registro da penhora, a lei também mencionou a utilização do mandado (art. 239, *caput*), não é menos correto que a doutrina cuidou de bem explicitar o porquê de tal previsão, advertindo: “A inscrição preventiva da penhora, assim como a dos demais atos de apreensão judicial, se faz à vista de mandado do juiz ou de certidão do escrivão, extraída do processo de execução. *Ao aludir a mandado, a lei quis provavelmente referir-se à penhora incidente sobre imóvel sujeito ao regime especial da lei de loteamento, ao passo que, ao dar-lhe alternativa da certidão, pretendeu de certo subentender a iniciativa da parte, isto é, do exequente, para ativar o registro de acordo com o princípio de instância* (Lei 6.015/73, art. 239)” (Afrânio de Carvalho, ob. cit., p. 287 — os grifos não são do original).

De todas essas considerações resulta concluir que a recusa oposta pelo Oficial Substituto do 5.º Cartório de Registro de Imóveis da Capital, tecnicamente, não traduziu caracterizado descumprimento a ordem judicial, mas, na verdade, correta devolução de requerimento da própria parte interessada, substituído, na forma, pelo mandado então expedido pelo E. Juízo da 16.ª Vara Cível.

5. Pondere-se, mais uma vez, que ao escorrido ingresso no Registro Imobiliário do título judicial assim recusado seria absolutamente necessário, em respeito ao princípio da continuidade e à presunção legal decorrente da conjugação das normas contidas nos arts. 859 do CC e 252 da Lei de Registros Públicos, o prévio cancelamento do registro existente em

nome de terceiro, Cícero Sobreira Dantas (R. 2/29.579 — fls.), providência que, não integrante da r. decisão proferida sobre a fraude à execução e, portanto, do mandado então expedido (fls. e fls.), o exequente chegou a pleitear (fls.) e que o nobre Magistrado representante acabou indeferindo, sob o fundamento de exigência de via jurisdicional adequada (fls.).

Ora, sem o mais leve propósito de discutir o mérito de tão soberano pronunciamento jurisdicional, cumpriria consignar que, tendo a Lei 6.015/73 estabelecido, como uma das formas de *cancelamento* dos atos do Registro, “o cumprimento de decisão judicial transitada em julgado” (art. 250, I, c/c o art. 259), e desde que não se desenhando, *in casu*, hipótese de nulidade de pleno direito do registro, passível de ser reconhecida administrativamente (art. 214), previu o legislador, também através de averbação cancelatória (art. 248), exatamente a possibilidade de “*o registro... ser retificado ou anulado por sentença em processo contencioso, ou por efeito de julgado em ação de anulação ou de declaração de nulidade de ato jurídico, ou de julgado sobre fraude à execução*” (art. 216).

A esse respeito, em comentários ao preceito do art. 293 do Dec. 4.857, de 9.11.39, atualmente reproduzido no art. 252 da Lei 6.015/73, bem esclarece Pontes de Miranda: “A crítica de Lafayette Rodrigues Pereira (*Direito das Coisas*, I/155, nota 21) era injusta. Entendia ele que é “inócua e sem razão” a exigência do cancelamento para que se refletisse na eficácia o desfazimento, a anulação, a rescisão ou a resolução do título. Ora, sem razão seria o contrário. Para que o cancelamento se dê é preciso fazer-se a prova. Dir-se-á que essa pode constar da sentença. Em verdade, porém, para que tenha a conseqüência de *mandar* que se cancele (o que não é o mesmo que se cancelar), há de conter *carga de eficácia mandamental* que baste; e isso só se dá se o próprio juiz dos Registros a profere, ou se a decisão favorável ao autor, em virtude do pedido e tendo competência o juiz, há de ter aquela carga de eficácia mandamental” (*Tratado de Direito Privado*, vol. cit., § 1.224, R. 1, pp. 247 e 248 — grifos do original).

Valeria lembrar, a propósito, o que, acerca do tormentoso tema da fraude à execução e sua repercussão no Registro de Imóveis, escreveu o eminente Juiz Néelson Altemani, em trabalho apresentado ao Curso de Pós-Graduação e Mestrado da Faculdade de Direito da USP, publicado na *Revista de Jurisprudência do TJSP* 40/19-33: “Em se tratando de

bens imóveis, entretanto, a alienação ou oneração necessariamente constarão do Registro Imobiliário (de outra forma, os atos não se completarão ou não produzirão efeitos contra terceiros, de sorte que ao credor é lícito ignorá-los). Reconhecida a fraude de execução, e após eventual arrematação, *será necessário que o juiz determine o cancelamento da transcrição ou inscrição, a fim de que se preserve o princípio da continuidade nas transcrições imobiliárias, ou que se extinga o ônus indevidamente constituído*. De que forma agirá o juiz? Parece óbvio que no despacho (ou decisão) que defere o pedido do credor, para sujeitar os bens de terceiro a execução, ainda não terá o juiz elementos suficientes de convicção para determinar, desde logo, o cancelamento dos registros considerados fraudulentos. E, se os embargos de terceiro são oponíveis até cinco dias depois da arrematação, adjudicação ou remição, sempre antes da assinatura da respectiva carta (CPC, art. 1.048), haverá o juiz de aguardar o vencimento desse prazo para, só então, se não tiverem sido oferecidos, *determinar o cancelamento mencio-*

nado. Ressalte-se, por oportuno, que as considerações aqui expostas só se aplicam às hipóteses dos dois últimos incisos do art. 593 e à oneração de bens, na hipótese do primeiro inciso; já expusemos nosso entendimento de que, alienados bens que constituem objeto final da execução, o terceiro adquirente é parte na execução, de sorte que não haverá quebra da continuidade dos registros e qualquer forma, a sentença proferida na ação terá disposto sobre eventual registro existente em nome do réu; o cancelamento deste importará o cancelamento também dos subsequentes" (os grifos não são do original).

Aliás, em interessante trabalho, intitulado "Análise dos títulos judiciais pelo oficial do Registro de Imóveis", que ainda não foi objeto de publicação nos repertórios, o ilustre Juiz Alvaro Erix Ferreira, Titular da 5.^a Vara Cível da comarca de Campinas, depois de assinalar imperiosa a observância do princípio da continuidade, mesmo para os mandados judiciais, conclui que, tanto para o registro da penhora como das cartas de arrematação, "deverá o oficial conferir se a pessoa indicada no registro anterior como titular do direito penhorado participa do processo de execução. Essa participação tanto pode ser direta, na qualidade de devedor citado para a execução, como indireta, na posição de terceiros embargantes vencidos nos embargos, já que a eficácia da coisa julgada material os atinge de qualquer forma. Se verificar que

aquela pessoa beneficiada pelo registro anterior não participou do processo, deverá recusar o registro, ainda que tenha sido alegado dentro ou fora do processo que a aquisição registrada o foi em fraude de execução. Nessa hipótese, prevalece o princípio consagrado no art. 252 da Lei de Registros Públicos, de modo a subsistirem no campo do registro de imóveis os efeitos do registro, enquanto não cancelado; e para tal cancelamento seria mister título hábil com eficácia contra o titular do direito registrado, o que somente representaria a sentença que tivesse essa eficácia, ou seja, a sentença que, em relação àquele, atendessem ao disposto no art. 472 do CPC" (pp. 18 e 19).

O mesmo Magistrado, a seu turno, para o correto cancelamento do registro existente, em nome de terceiro, do imóvel arrematado, até preconiza, com base na posse de carta de arrematação, a utilização da via judicial prevista no art. 632 do CPC, diante da eventual resistência à obrigação de fazer, imposta ao devedor e ao terceiro adquirente do imóvel alienado em fraude de execução, de providenciar espontaneamente a medida junto ao Registro Imobiliário (art. 250, II, da Lei de Registros Públicos), que, assim, se faria por força de sentença mandamental (art. 250, I, da Lei de Registros Públicos) (ob. cit., pp. 20 e 21).

6. Por derradeiro, ao argumento de perplexidade levantado pelo inclito Magistrado, no sentido de que o reclamado cancelamento do registro existente, diante da eventualidade de remissão da dívida pelo executado (art. 794, I, do CPC), afetaria definitivamente o direito do terceiro, cuja aquisição, por força de declaração da fraude à execução, não foi nulificada, mas tão-somente tornada ineficaz em relação ao exequente, permanecendo, portanto, íntegro o negócio jurídico (fls.), contesta-se com outro preceito contido na lei registrária, que, obviando a aparente impossibilidade de restauração, estabelece: "Se, cancelado o registro, subsistirem o título e os direitos dele decorrentes, poderá o credor promover novo registro, o qual só produzirá efeitos a partir da nova data" (art. 254 da Lei 6.015/73).

Em tais condições, eventualmente extinta a execução pelo pagamento da dívida, consequentemente levantada a penhora incidente sobre o imóvel e, por certo, cancelada sua inscrição preventiva no Registro Imobiliário, a circunstância renderia seguro ensejo ao reingresso do título da alienação efetuada ao terceiro, que, como visto, permaneceu substancialmente íntegra no plano da validade.

7. Por tudo o que foi exposto, Sr. Corregedor, a proposição que nos caberia formular, na oportunidade, seria, s. m. j., o singelo arquivamento da representação endereçada pelo Dr. José Rodrigues de Carvalho Neto, MM. Juiz de Direito Titular da 16.ª Vara Cível.

Todavia, diante da reiterada ocorrência de semelhantes conflitos entre juizes e oficiais do Registro Imobiliário, alguns envolvendo mandados judiciais expedidos por órgãos da Justiça Federal e de outros Estados, mais uma sugestão, *data venia*, poderia ser lembrada, com o que se atenderia, nesse passo, a expressa solicitação do MM. Juiz de Direito da 1.ª Vara de Registros Públicos da Capital.

Com efeito, partindo-se do suposto de que as formais declarações de dúvidas sobre registro, a serem dirimidas pelo Juízo competente, só podem ser suscitadas a requerimento dos interessados (art. 198 da Lei 6.015/73), ou, ainda, por postulação direta desses, através da denominada "dúvida inversa", e estabelecido que as partes, quando munidas de mandados judiciais, ao invés de adotarem qualquer das posturas preconizadas em lei ou pelos pretórios, preferem levar o fato de sua recusa ao mais pronto conhecimento dos órgãos judiciais de onde emanados tais títulos, provocando o indesejável confronto entre

as autoridades e os registradores, seria de bom alvitre que, para esses casos, o egrégio CSM, ou, se assim for entendido, a própria Corregedoria Geral da Justiça, fizesse expedir, em forma de público comunicado, recomendação a todos os oficiais de Cartórios de Registro de Imóveis do Estado no sentido de que, deparando-se, eventualmente e por qualquer motivo, com a impossibilidade de cumprimento de mandados judiciais apresentados para registro, sejam tais títulos, desde que não requerida a suscitação de dúvida pelo interessado, imediatamente remetidos, após prenotados, ao respectivo MM. Juiz Corregedor Permanente, devidamente acompanhados das razões da recusa oposta.

Com essa providência, a solução da questão passaria para a esfera de apreciação e decisão do juízo competente dos Registros Públicos, evitando-se, por conseguinte, que tais incidentes costumeiros venham a atingir os contornos de direto confronto entre autoridades e registradores, alguns, como o presente, revestidos de extrema gravidade.

É o parecer que, respeitosamente, submetemos à elevada consideração de V. Exa.

São Paulo, 18 de novembro de 1983 —
JOSE ROBERTO BEDRAN e JOSÉ HORÁCIO CINTRA GONÇALVES PEREIRA,
juizes de direito corregedores.

ADJUDICAÇÃO EXTRAJUDICIAL DE LOTE

A adjudicação extrajudicial prevista no art. 41 da Lei 6.766/79 só se destina aos compromissários compradores de lotes de loteamentos regularizados pelo Poder Público. Para os outros, seja o loteamento regular ou não, a forma de aquisição do domínio é aquela prevista no Código Civil.

Sentença em processo de dúvida do Juiz de Direito da 1.ª Vara de Registros Públicos de São Paulo (transitada em julgado).

Vistos etc.

1. A requerimento de Theóphilo Ribeiro Filho, o Oficial do 9.º Cartório de Registro de Imóveis suscitou esta dúvida.

Exibiu-lhe o suscitado, para registro, cópia não autenticada de escritura pública de promessa de cessão de direitos relativos a compromisso de venda e compra, outorgada a ele por Dolivar Pozzoni Filho e Celso Carlos de Oliveira. Pretende que esse instrumento, já registrado como promessa de cessão, valha como título aquisitivo de domínio. Com a cópia da escritura foi apresentado um recibo firmado por Celso Carlos de Oliveira e por uma advogada.

O suscitante recusou registro, por entender não suficiente a prova de quitação do preço, quer dessa promessa de cessão, quer da anterior e quer do próprio compromisso de venda e compra original. Além disso, não foi comprovado o recolhimento do imposto de transmissão relativo a cada uma das transferências (fls.).

O suscitado impugnou a dúvida, dizendo que o Cartório não fizera antes essas exigências, pois teriam sido atendidas oportunamente. Esclareceu que o recibo foi assinado pela procuradora dos cedentes e pediu o prazo de 15 dias para satisfação das exigências e recolhimento do imposto devido (fls.).

A douta Curadoria de Registros opinou pela procedência da dúvida, porque a prova de quitação dos contratos anteriores seria indispensável; os documentos apresentados não seriam hábeis para a pretensão do suscitante (fls.).

O suscitante informou que não houve regularização do loteamento (fls.). É o relatório.

2. O imóvel objeto do título foi comprometido pelos proprietários. Os compromissários compradores prometeram ceder seus direitos. Por sua vez, também os compromissários cessionários prometeram ceder seus direitos. Todos os três contratos foram devidamente registrados. Agora, o último compromissário cessionário pretende que a mesma escritura de promessa de cessão de direitos valha como título para o registro da transmissão da propriedade. Fundamenta seu pedido no art. 41 da Lei 6.766/79 e apresenta um recibo de quitação relativo à obrigação que assumiu no contrato.

As exigências formuladas pelo Oficial estão corretas, mas não são o motivo determinante da procedência da dúvida.

Com efeito, não obstante haja um aparente encadeamento com as promessas de cessão registradas, entre os titulares do domínio e o suscitado existem outras pessoas cujos direitos não podem ser afastados sem escorreita prova de que seus créditos foram satisfeitos. A anuência dos compromissários compradores e dos primeiros compromissários cessionários seria necessária se, eventualmente, fosse outorgada escritura definitiva diretamente ao último compromissário cessionário. Assim, se possível fosse a aplicação do art. 41 da Lei de Parcelamento do Solo Urbano, deveriam anuir todos os que têm contrato inscrito no

Registro de Imóveis. Esse assentimento serviria para demonstrar o cumprimento dos contratos anteriores. É evidente que em cada negócio incidiria o imposto de transmissão.

A exigência ligada ao recibo também seria procedente. O documento não está assinado por um dos promitentes cedentes e não há prova de que a subscritora tivesse poderes para fazê-lo.

O motivo maior para a procedência da dúvida está, todavia, na inaplicabilidade do art. 41 da Lei 6.766/79 à hipótese dos autos.

O imóvel que é objeto dos vários contratos não é oriundo de loteamento regularizado, pressuposto da adjudicação extrajudicial.

O art. 41 da Lei de Parcelamento do Solo Urbano contém exceção à norma da lei civil e não pode ter sua interpretação alargada, para justificar a aplicação a contratos relativos a imóveis não loteados, ou a parcelas de loteamentos não regularizados.

Em se tratando de lote de loteamento regular, de lote de loteamento irregular ou de imóvel não loteado, outros são os caminhos que se abrem aos compromissários compradores, cessionários e promissários cessionários. A via judicial devem-se dirigir, utilizando-se das ações próprias. A adjudicação extrajudicial prevista no art. 41 da Lei 6.766/79 tem destinatários certos, isto é, os compromissários compradores de lotes de loteamentos regularizados pelo Poder Público. Para os outros, a forma de aquisição do domínio é aquela prevista no Código Civil.

3. Isto posto, julgo procedente a dúvida. Custas pelo suscitado. P. R. I.

São Paulo, 14 de junho de 1983 — NARCISO ORLANDI NETO.

FIRMA INDIVIDUAL

A pessoa física pode ser equiparada a empresa individual apenas para efeitos tributários, permanecendo como titular de seu patrimônio. Se quiser transferi-lo para a empresa deverá fazê-lo mediante escritura pública e, se casado, com outorga uxória.

Sentença em processo de dúvida do MM. Juiz de Direito Auxiliar da 1.ª Vara de Registros Públicos de São Paulo (transitada em julgado).

Vistos etc.

Suscita Gabriel Zitune a presente dúvida inversa, para que se determine ao Sr. Oficial do 18.º Cartório de Registro de Imóveis proceda aos registros necessários à transferência dos imóveis da pessoa física do suscitante para a empresa individual por ele constituída,

independentemente da lavratura de instrumento público.

Aduz, em longo e substancioso relato, dedicar-se à realização de empreendimentos imobiliários e já ter promovido os loteamentos denominados Jardins "Princesa", "Guarani" e "São Vicente". Em virtude disso, durante o

exercício de 1981, foi autuado pela Secretaria da Receita Federal em São Paulo, que o considerou empresa individual, para fins de tributação.

Equiparado a empresa individual, cuidou transformá-la em sociedade por cotas de responsabilidade limitada, a qual, posteriormente, veio a ser incorporada pela Cia. Imobiliária Pro-Urbe.

Entende o suscitante que decorrência lógica dessas circunstâncias é a de que os imóveis que compunham o patrimônio pessoal constituem hoje propriedade da Cia. Imobiliária Pro-Urbe. Já o suscitado lhe exigiu a transferência, por escritura pública, dos seus bens imóveis para a empresa individual.

Alinha argumentos legais, doutrinários e de ordem empresarial para pleitear que sejam efetivados os registros necessários até a regularização da propriedade em nome da Cia. Imobiliária Pro-Urbe, independentemente de outra formalidade que não o mero requerimento ao Sr. Oficial.

A digna Curadoria de Registros Públicos se manifestou pela procedência da dúvida (fls.), enquanto o zeloso Sr. Oficial do 18.º Registro de Imóveis afirma, a fls., que a matéria é eminentemente fiscal, e não registrária. E persiste a necessidade de um instrumento de transferência, mormente por se tratar de suscitante casado, impondo-se o resguardo da meação.

O parecer da Curadoria (fls.) é de que a legislação específica não contempla o registro de transferência de imóveis da pessoa física para a pessoa jurídica, como patrimônio separado ou de afetação. A dúvida é procedente, devendo o suscitante outorgar o instrumento de transferência diretamente à incorporadora, já que antes o não fez.

É uma síntese do necessário.

Decido.

1. Nada obstante o substancial desenvolvimento do tema, a questão, no âmbito registral, é relativamente singela.

Pretende o suscitante que de um fato gerador para uma tributação mais gravosa e específica sejam extraídas conseqüências não previstas na legislação dos registros, onde a enunciação do art. 167 constitui *numerus clausus*.

Não se diga que o item 32 do dispositivo invocado esteja a contemplar a hipótese. A transferência de imóvel à sociedade, quando integrar cota social, não prescinde de instrumento específico. E este é a escritura pública, que integra a substância do ato, a teor do que dispõe o art. 134 do CC, em se tratando de imóvel de valor superior a Cr\$ 10.000,00.

O ensinamento de Waldemar Ferreira é ainda atual: "Os bens de raiz somente se

transferem à sociedade por escritura pública se de valor superior a Cr\$ 10.000,00, e com outorga uxória, se casado o sócio; e a escritura se transcreverá, no Registro de Imóveis de sua situação, para a firma ou razão social, ou seja, para o nome da sociedade" (*Tratado de Direito Comercial*, vol. III/124 e 125).

Dessa orientação não discrepa Egberto Lacerda Teixeira: "Havendo, entre os bens a serem incorporados ao capital, imóveis de valor superior à taxa legal, é indispensável que o ato constitutivo da sociedade ou modificativo do contrato social revista a forma de escritura pública. A escritura pública — depois de esclarecer a natureza da conferência (usufruto ou translação de domínio) — conterà a descrição pormenorizada do imóvel, indicando área, confrontantes e confrontações, o número da transcrição aquisitiva para efeito de inscrição no Registro de Imóveis da respectiva circunscrição imobiliária etc. Se o sócio for casado, será necessária a outorga do outro cônjuge" (*Sociedade por Quotas*, ed. 1956, p. 80).

2. Em nada modifica a análise conferida à exigência da escritura pública a circunstância de ter sido o suscitante equiparado a empresa, para fins de tributação.

Essa equiparação consiste em ficção tributária, que não pode transbordar dos estritos lindes dos interesses do fisco. Apega-se o suscitante à compulsoriedade de sua transformação em empresa. Mas não houve essa compulsoriedade. Ao analisar as conseqüências da continuidade de seu exercício laborativo, após a equiparação para efeitos meramente fiscais, concluiu o suscitante que melhor lhe conviria constituir-se em empresa individual.

Ora, na lição de Romano Cristiano: "De acordo com o art. 2.º do Dec. 916, de 24.10.1890, "firma ou razão comercial é o nome sob o qual o comerciante ou sociedade exerce o comércio e assina-se nos atos a ele referentes". Com base nesse dispositivo podemos chegar à conclusão de que se usa a expressão "firma individual" para se indicar a pessoa física do comerciante individual, ou, como diz o decreto, do comerciante sem sócio... Apesar de o comerciante individual destacar de seu patrimônio um capital, para com este, e apenas com este, exercer o comércio, responde ilimitadamente, isto é, com seu patrimônio inteiro, pelas obrigações assumidas. Tanto assim que esse capital destacado tem apenas fins contábeis e fiscais, sem a menor conseqüência no que diz respeito à responsabilidade do comerciante" (*A Empresa Individual e a Personalidade Jurídica*, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1977, p. 22).

Não se confunde a empresa, ainda que individual, com a pessoa física que a constitui. Colacionando as lições de Wilhelm Endemann, o saudoso Waldemar Ferreira assinalava: "Segundo o conceito do comércio, a empresa tem vida própria. O proprietário, ou principal, é, em verdade, o corpo e a alma da empresa; mas nem sempre. A empresa tem caráter próprio e fadário independente do arbítrio do proprietário. É que a ela, não à pessoa do principal, os colaboradores, e mesmo o próprio chefe, dedicam suas forças. A empresa forma o comerciante; mas a recíproca não é verdadeira. A empresa é o verdadeiro sustentáculo de seu crédito. A importância da empresa, como componente da atividade produtora, deixa no fundo ou na penumbra a figura física do proprietário" ("A elaboração do conceito de empresa para extensão do âmbito do Direito Comercial", *RF* 158/38).

Inocorrendo a compulsoriedade, não coincidindo a empresa, ainda a individual, com a pessoa física que a constitui, não está o suscitante imune à exigência de instrumentalizar a transferência de seu patrimônio pessoal para a entidade empresarial. A exigência ainda é

robustecida pelo disposto nos arts. 195 e 237 da Lei de Registros Públicos, sobre os quais assenta o princípio da continuidade.

Essa a lição jurisprudencial: "Havendo imóvel de valor superior à taxa legal, é indispensável a escritura para incorporação ao capital social" (Ap. cível 182.869, rel. Des. Sousa Lima, 8.5.70, *RT* 419/133).

Nem se pode deixar de repisar o argumento de que, em sendo o suscitante casado — e assim se qualifica a fls. — há necessidade de outorga uxória para que, mediante a transferência, se não frustrate eventual meação.

3. Ante o exposto, considerando, ainda, o mais que dos autos consta, julgo procedente a presente dúvida suscitada por Gabriel Zitune para que o suscitado, o zeloso Sr. Oficial do 18.º Cartório de Registro de Imóveis, se abstenha de registrar o instrumento particular de destinação, pois exigível a escritura pública para a transferência dos imóveis da pessoa física para a pessoa jurídica. Custas *ex lege*. P. R. I. C.

São Paulo, 26 de julho de 1983 — JOSÉ RENATO NALINI.

DOAÇÃO COM CLÁUSULA DE ACRESCER

Embora fazendo imprópria remissão às regras do fideicomisso, a doação feita a mais de uma pessoa com cláusula de acrescer é válida, nada impedindo o seu registro.

Sentença em processo de dúvida do MM. Juiz de Direito Auxiliar da 1.ª Vara de Registros Públicos de São Paulo (transitada em julgado).

Vistos etc.

1. Por provocação de Gertrud Husmann, o Oficial do 3.º Cartório de Registro de Imóveis suscitou esta dúvida, entendendo ser incabível o registro da escritura de doação apresentada.

Esclareceu o suscitante que o título reza "que, se qualquer dos donatários vier a falecer sem deixar descendentes, sua metade ideal no imóvel acrescerá o quinhão do sobrevivente, aplicando-se as regras que regem o fideicomisso". Como, entretanto, o art. 1.733 do CC preceitua que o fideicomisso só pode ser instituído por testamento, o título foi devolvido, com o que não se conformou a suscitada.

A apresentante da escritura de doação, impugnando a dúvida, sustentou que o título alberga apenas uma doação subordinada a condição resolutiva: revoga-se a doação se um

dos donatários falecer sem deixar descendentes. Negou a existência de instituição de fideicomisso apesar da expressa referência ao instituto (fls.).

O Dr. Curador de Registros opinou pela improcedência da dúvida. Depois de discorrer sobre as posições doutrinárias e jurisprudenciais acerca da possibilidade de instituição do fideicomisso por atos *inter vivos*, aduziu que o título apresentado não cuida deste instituto. A doadora apenas estipulou o "direito de acrescer", não vedado na lei civil, ainda que os donatários não sejam cônjuges (fls.). É o relatório.

2. A questão posta neste procedimento diz respeito exclusivamente à interpretação do contrato. Entendeu o suscitante que houve, pela doadora, instituição de fideicomisso, conclusão com a qual não concordam a suscitada e o Dr. Curador.

Não obstante a posição dos juristas referidos na suscitação, é pacífica, hoje, a possibilidade de instituição de fideicomisso por ato *inter vivos*. Seria desnecessário, por demonstrá-lo, repetir os argumentos desenvolvidos no douto parecer da Curadoria de Registros, que examinou, à exaustão, as modernas doutrina e jurisprudência.

A questão é, porém, outra. Não houve no título instituição de fideicomisso, mas apenas do direito de crescer.

Os donatários são irmãos e em relação a eles não prevaleceria o disposto no parágrafo único do art. 1.178 do CC. A doadora, querendo que, em caso de morte de um dos donatários sem deixar herdeiros, sua parte acrescesse a do outro, assim dispôs na escritura. A lei civil não proíbe tal estipulação, que, de resto, como mostrou o Dr. Curador, vem prevista em institutos outros, possibilitando, se necessário fosse, o recurso à analogia.

Ora, o direito de crescer independe, para sua efetivação, das regras que regem o fideicomisso. A menção a este instituto foi demais que não pode prejudicar o registro do ato que a doadora realmente pretendeu praticar. Aliás, em sendo ela a suscitada, a simples impugnação, onde defende a mesma tese, é suficiente para permitir a autêntica interpretação do título.

Assim, o suscitante registrará a doação com a cláusula de crescer, sem mencionar o desapoado fideicomisso.

3. Isto posto, julgo improcedente a dúvida. Sem custas. P. R. I.

São Paulo, 5 de setembro de 1983 — NARCISO ORLANDI NETO.

PARECER DO CURADOR

MM. Juiz:

1. O Sr. Oficial, vislumbrando, na escritura pública de doação (v. traslado a fls.), a instituição de fideicomisso, recusou-se a registrá-la. Em consequência de seu ato suscitou a presente dúvida (v. fls.).

2. É inegável a controvérsia doutrinária existente sobre a possibilidade jurídica de se instituir, validamente, por ato *inter vivos*, o fideicomisso. Contudo, assevera o douto Washington de Barros Monteiro, "...a corrente vitoriosa, tanto na doutrina como na jurisprudência, é a que sustenta a perfeita compatibilidade do fideicomisso com os atos *inter vivos*. A substituição constituída por atos dessa natureza nem configura cláusula proibida, nem encerra pacto de sucessão. Se o Código acolheu o instituto no Direito das Sucessões, não há motivo para excluí-lo do império dos atos *inter vivos*, já que não ocorre

qualquer razão de ordem legal, ou de ordem doutrinária, contra a sua existência, a única restrição a fazer é que o fideicomisso por ato entre vivos se rege pelos dispositivos do Direito das Obrigações" (v. *Direito das Sucessões*, pp. 202 e 203, 2.ª ed., 1956, Saraiva).

Perfilham igual orientação, no sentido da admissibilidade do fideicomisso convencional, instituído formalmente através de um contrato de doação, juristas expressivos, tais como Orozimbo Nonato (*Estudo sobre Sucessão Testamentária*, vol. III/161-168, ns. 795 e 796, 1957, Forense), Armando Dias de Azevedo (*O Fideicomisso no Direito Pátrio*, pp. 23-29, n. 10, 1973, Saraiva), Antão de Moraes (v. estudo in *RF* 149/102), Philadelpho Azevedo (idem, in *RT* 97/242).

Orlando Gomes, por sua vez, embora entendendo estar mal-posta a questão, admite a validade jurídica da cláusula fideicomissária instituída no âmbito do contrato de doação (v. *Sucessões*, pp. 234 e 235, n. 170, 1970, Forense).

Registre-se, por oportuno, que essa também é a orientação jurisprudencial predominante: *RT* 102/645, 105/236, 97/241, 137/236, 258/521, 282/326, 166/790 e 177/208.

3. No caso presente, a doadora, ora suscitada, estipulou, de modo expresso, na cláusula 6 do contrato de doação, que, se qualquer dos donatários vier a pré-falecer sem deixar descendentes, a sua metade ideal no imóvel doado "acrescerá o quinhão do sobrevivente, aplicando-se as regras que regem o fideicomisso" (v. fls.).

Entendo que, na espécie, não se cuida de cláusula fideicomissária, mesmo porque sequer indicado foi o gravado ou fiduciário. Trata-se, a meu ver, a despeito da imprópria remissão às regras do fideicomisso, de mera estipulação do direito de crescer. Note-se que, para situações jurídicas semelhantes à que se discute nestes autos, existe autorização legal (v. CC, arts. 740 e 1.429), que torna possível a invocação, para o caso presente, da *analogia legis*.

Essa é a opinião doutrinária de Agostinho Alvim, para quem é possível determinar, numa doação, mediante cláusula expressa, o direito de crescer, ainda que os donatários não sejam, como no caso, marido e mulher: "...A regra é especial. Mas o fato de ser assim, entre marido e mulher, por força da lei, não significa que assim não possa ser entre estranhos, por força de convenção" (v. *Da Doação*, pp. 214 e 215, n. 7, comentário ao art. 1.178, 2.ª ed., 1972, Saraiva).

Esse mesmo entendimento também é perfilhado por Washington de Barros Monteiro:

"A doação pode ser feita em comum a várias pessoas... Pode o doador, todavia, dispor em contrário, estabelecendo, assim, que a parte do que faltar acresça a do que venha a sobreviver. Disposição análoga existe em relação ao direito real de usufruto (art. 740...)" (v. *Direito das Obrigações*, 2.ª Parte, p. 137, 5.ª ed., 1967, Saraiva).

Carvalho Santos também admite a validade da estipulação do direito de acrescer nas doações conjuntas a várias pessoas, desde que haja "...uma declaração expressa que consigne o direito de acrescer na doação..." (v. *Código Civil Brasileiro Interpretado*, vol. 16/421, 3.ª ed., 1945, Freitas Bastos).

A razão é simples: em nosso sistema jurídico não se presume o direito de acrescer nas doações, salvo se os donatários forem marido e mulher (v. CC, art. 1.178, parágrafo único). Impõe-se, em relação aos donatários que não ostentem entre si o vínculo conjugal, a necessidade de expressa declaração negociada do doador, tal como verificado na espécie destes autos.

É o que explica Orlando Gomes ao se referir à doação conjuntiva, "...que se faz, em comum, a mais de uma pessoa... Na doação conjuntiva admite-se o direito de acrescer..."

(v. *Contratos*, p. 247, n. 162, 5.ª ed., 1975, Forense).

Para Carvalho de Mendonça, "a doação feita a diversos no mesmo ato é reputada em partes iguais, sem direito de acrescer de um para outro, salvo sendo feita a marido e mulher, ou com cláusula expressa em contrário" (v. *Contratos no Direito Civil Brasileiro*, t. I/60, n. 12, 4.ª ed., 1957, Forense).

4. Concluindo:

a) É perfeitamente registrável o título de fls., que não contém, ao contrário do que erroneamente se interpretou, cláusula fideicomissária.

b) O fideicomisso convencional, embora inexistente no caso, tem sido admitido, pela doutrina e pela jurisprudência, como perfeitamente compatível com os atos *inter vivos*, a despeito das divergências reconhecidas.

c) É lícito ao doador estipular, nas doações conjuntivas feitas a donatários não casados entre si, o direito de acrescer.

Em face do exposto, opino pela improcedência da dúvida suscitada, ordenando-se, em consequência, o pretendido registro da escritura pública de doação com reserva de usufruto (v. traslado a fls.). É o meu parecer.

São Paulo, 11 de agosto de 1983 — JOSÉ CELSO DE MELLO FILHO.

LOTEAMENTO IRREGULAR

Depois de notificado o loteador e suspensos os pagamentos das prestações, na forma do art. 38 da Lei 6.766/79, pode considerar-se regularizado o loteamento se cumpridas as exigências feitas ou apresentado cronograma acompanhado de instrumento de garantia (art. 18, V, da mesma lei). Não pode, contudo, sem tal garantia, a Municipalidade celebrar termo de compromisso para a regularização, sem qualquer segurança para os adquirentes de lotes.

Parecer aprovado pela Corregedoria Geral da Justiça do Estado de São Paulo no rec. CG-111/83.

Sr. Des. Corregedor:

1. Trata-se de recurso interposto por Rubens Azevedo dos Santos em procedimento instaurado visando ao reconhecimento de regularidade de loteamento urbano e consequente levantamento de depósitos efetuados por compromissários compradores contra a decisão que não permitiu o recebimento do numerário enquanto não completadas as obras constantes do cronograma. Alega que tais obras faltantes serão executadas pelos responsáveis e interessados nos prazos e de acordo com os critérios ajustados com a Prefeitura Municipal, a quem compete dizer quando

ocorre ou não a aludida regularização. Destaca a concordância expressa da Municipalidade com o pedido inicial.

O recurso foi contra-arrazoado pela Curadoria de Registros Públicos (fls.).

2. É o relatório sucinto. Passo a opinar. O recorrente é proprietário do loteamento denominado "Jardim Santa Terezinha", devidamente inscrito no 3.º Cartório Imobiliário da comarca de Campinas sob n. 311, Livro 8-L, ao tempo do Dec. lei 58/37 (fls.).

Foi notificado pela Municipalidade local, em fevereiro de 1982, para a regularização desse loteamento, com base na Lei 6.766/79,

tendo ocorrido a suspensão do pagamento das prestações pelos compromissários compradores.

Posteriormente, em 10.11.82, conforme demonstra a certidão de fls., celebrou termo de compromisso para a execução das obras de infra-estrutura faltantes, no prazo máximo de dois anos, tendo a Municipalidade salientado que o loteamento encontra-se regularizado.

Não obstante, foi a Prefeitura Municipal citada, na forma do art. 38, § 3.º, da Lei 6.766/79, após o que compareceu aos autos para concordar com o pedido de regularização e levantamento de numerário.

A r. decisão julgou improcedente a pretensão do requerente, salientando a necessidade de se aguardar a complementação das obras, quando serão autorizados os levantamentos.

3. O loteamento em questão foi aprovado e registrado quando vigia o Dec.-lei 58/37, que não disciplinava a maneira adequada de comprovação quanto à execução de obras ou sua garantia, como ocorre atualmente (art. 18, V, da Lei 6.766/79).

Apesar disso, após ser considerado irregular pela Municipalidade, esta utilizou-se de mecanismo da lei vigente e, em consequência, houve a suspensão dos pagamentos das prestações restantes.

Esse aspecto não chegou a ser discutido nos autos, limitando-se o inconformismo do recorrente ao indeferimento de sua pretensão, que visa a considerar o loteamento regularizado.

Analisando a matéria em debate sob o prisma da Lei 6.766/79, a única que prevê este tipo de procedimento, verifica-se que a Prefeitura Municipal pode providenciar termo de verificação da execução das obras ou exigir do loteador um cronograma, com a duração máxima de dois anos, acompanhado do competente instrumento de garantia (art. 18, V), *por ocasião do registro*.

Essa foi uma maneira que encontrou o legislador para garantir tanto o Poder Público como os adquirentes quanto à regularidade dos loteamentos e à sua fiel execução.

Além dessa medida, inseriu, também, no art. 38, outro dispositivo com finalidade semelhante, ou seja, a suspensão dos pagamentos eventualmente devidos ao empreendedor pelos compromissários compradores, com o consequente depósito, em conta especial, à disposição do juízo, com juros e correção monetária.

A hipótese prevista no art. 18, V, ocorrerá apenas quando do registro do loteamento, ao passo que a do art. 38 a qualquer tempo, bastando a constatação de que se trata de loteamento irregular.

No caso presente, porém, o ponto nuclear da questão cinge-se à circunstância de estar ou não o loteamento regularizado. A Prefeitura Municipal de Campinas, embora tenha atestado nesse sentido, ressaltou que algumas obras pendem de execução (rede de esgotos, guias, sarjetas e galerias de águas pluviais).

Ora, como não há termo de garantia e nem assumiu a Prefeitura qualquer responsabilidade pela regularização, caso ocorra a omissão do loteador, os adquirentes ficariam, até o término do prazo fixado para a complementação das obras, sem uma garantia efetiva, o que contraria, a toda evidência, o intuito social da legislação.

Embora a importância depositada seja mínima, a liberação só pode acontecer após o reconhecimento de regularidade total do loteamento. Enquanto houver pendência relativamente às obras, essa quantia representa a primeira garantia dos compromissários compradores.

É evidente que resta sempre a alternativa à Municipalidade, aplicando o disposto no art. 18, V, da Lei 6.766/79, de exigir garantia da execução dessas obras, a qual substituiria, com vantagem, o numerário depositado. Essa providência seria viável com a aplicação analógica e extensiva do dispositivo legal supra-mencionado.

Não se olvide, outrossim, que, não obstante a falta de expressa previsão legal, podem os adquirentes, caso haja inércia da Prefeitura Municipal, promover, pelos meios que tiverem, a regularização de um loteamento, respeitadas as posturas municipais, valendo-se, para tanto, dos depósitos feitos na forma do art. 38, § 1.º, da Lei 6.766/79.

Nesse caso, antes de qualquer providência, a notificação da Municipalidade seria medida indispensável, para então, diante da eventual negativa de sua alteração, começarem os adquirentes a agir.

Essa a interpretação que se me afigura mais acertada, diante dos fins sociais da legislação sobre o parcelamento do solo urbano.

Assim, correto o entendimento esposado pela r. decisão de primeiro grau. Opino, pois, seja improvido o recurso.

São Paulo, 1 de agosto de 1983 — EQUIPE DAS CORREIÇÕES.

MATRÍCULA DE UNIDADE AUTÔNOMA

Antes de averbada a construção e registrada a instituição de condomínio considera-se irregular a abertura de matrículas das futuras unidades autônomas, não sendo, contudo, nulos os atos praticados em tais matrículas.

Parecer aprovado pela Corregedoria Geral da Justiça do Estado de São Paulo no proc. CG-190/83.

Trata-se de recurso interposto por Rafael Morales contra a decisão do MM. Juiz da 1.ª Vara de Registros Públicos que, concluindo pela regularidade das matrículas 14.205, 20.648, 20.649, 20.650 e 20.651, todas do 13.º Cartório de Registro de Imóveis, e dos registros nelas feitos, indeferiu pedido de declaração de nulidade das referidas matrículas.

Sustenta o recorrente, em síntese, na qualidade de credor quirografário Dacon S/A — Veículos Nacionais, devidamente habilitado na concordata por esta requerida, que os atos praticados pelo 13.º Cartório de Registro de Imóveis, consistentes na abertura das mencionadas matrículas e efetivação dos respectivos registros e averbações, seriam nulos de pleno direito, isto porque ocorrentes antes mesmo do registro da instituição de condomínio.

Opino.

1. Depreende-se dos autos que a incorporação do Edifício Dacon foi registrada em 28.1.77, sob n. 2, na matrícula 9.892, ocasião em que também foram abertas as matrículas para cada uma das futuras unidades autônomas. Posteriormente, foram registradas várias hipotecas nessas novas matrículas, ônus, esses, constituídos pela Dacon e pela Sonata.

Diante desse quadro, o recorrente sustenta a nulidade de pleno direito dessas matrículas, consoante orientação firmada pelas *Normas de Serviço da Corregedoria Geral da Justiça e vários acórdãos do egrégio CSM*, porque abertas antes da instituição do condomínio.

2. Consoante entendimentos firmados por esta Corregedoria Geral, o disposto no art. 214 da Lei de Registros Públicos “teria sua incidência para as nulidades que digam respeito, direta e exclusivamente, ao ato de registro, ou seja, aquelas ofensivas das normas e princípios norteadores da Lei de Registros Públicos” (*Decisões Administrativas da Corregedoria Geral da Justiça — Biênio 1981-1982*, p. 30).

Dessa forma, verifica-se, desde logo, a improcedência da pretensão do recorrente.

Com efeito, demonstrou o Sr. Serventuário que os atos praticados e agora impetrados de nulos foram realizados com observância

do Provimento 3/76 do Juízo da 1.ª Vara de Registros Públicos, que impunha a abertura de matrículas mesmo antes da averbação da construção e da instituição do condomínio.

Assim, esses atos (abertura de matrículas) não podem sequer receber a mácula de irregularidade formal, quanto mais de nulidades.

Nem mesmo a edição do Provimento 2/83 da Corregedoria Geral da Justiça, que reconhece ser, antes de averbada a construção e registrada a instituição de condomínio, irregular a abertura de matrículas para o registro de atos relativos a futuras unidades autônomas, poderia alcançar aqueles atos que lhe são anteriores.

Mesmo que assim não fosse, cumpre esclarecer que o uso da expressão “irregular” afasta, sem sombra de dúvida, a idéia de nulidade.

Ademais, as decisões mencionadas pelo recorrente são todas posteriores aos atos praticados pelo Sr. Oficial, que agora se pretende anular.

3. Por tais motivos, opino pelo improvimento do recurso, mantida a r. decisão recorrida.

A consideração de V. Exa.

São Paulo, 7 de novembro de 1983 —
 JOSÉ HORÁCIO CINTRA GONÇALVES
 PEREIRA.

DECISÃO RECORRIDA

Vistos etc.

1. Rafael Morales, credor quirografário de Dacon S/A — Veículos Nacionais, devidamente habilitado na concordata por esta requerida, que se processa na 3.ª Vara Cível, requereu a declaração de nulidade de pleno direito das matrículas 14.205, 20.648, 20.649, 20.650 e 20.651 do 13.º Cartório de Registro de Imóveis e dos registros nelas feitos.

Expôs o requerente que teve conhecimento, nos autos da concordata, de que o ativo permanente da Dacon era constituído, entre outros bens, de sobrelojas situadas na Av. Cidade Jardim 312 a 354 e de lojas, no mesmo local, no Edifício Dacon. Ficou ciente tam-

bém de que as sobrelojas e lojas estão sujeitas a execuções hipotecárias movidas pelo Banco Finasa de Investimentos S/A e pelo Banco Real S/A contra Sonata S/A — Agro-Pastoril Importadora e Comercial, incorporadora do edifício e subsidiária da outra executada, a Dacon.

Prosseguiu o requerente provando seu interesse no pedido e mostrando as irregularidades ocorridas no Registro de Imóveis. A incorporação do Edifício Dacon foi registrada em 28.1.77, sob n. 2, na matrícula 9.892. Nessa mesma data foram abertas as matrículas para cada uma das futuras unidades autônomas, “numa manifestação inequívoca, pela especialização e publicidade do registro, da autonomia dos corpos físicos daquelas futuras unidades do Condomínio Edifício Dacon”. Posteriormente, foram feitas várias averbações relativas a autos de vistoria parcial, isto é, “habite-se parcial”, contrariando decisões do egrégio CSM, que entende possível apenas a averbação da construção de toda a obra. O “habite-se total” só foi averbado em 17.11.81 (av. 28/9.892).

Disse, ainda, o requerente que, nos dias 8.9.77, 16.5.78 e 8.11.78, antes, pois, do “habite-se”, e nos dias 10.12.81, 2.4.82 e 17.12.82 foram registradas várias hipotecas nas matrículas referidas, ônus, esses, constituídos pela Dacon e pela Sonata. Essas matrículas, abertas para frações ideais de terreno e acessões em obras, ou, em outras palavras, para as futuras unidades autônomas, seriam nulas de pleno direito. Assim deveriam ser consideradas diante das *Normas de Serviço da Corregedoria Geral da Justiça* e de vários acórdãos do egrégio CSM, porque abertas antes da instituição do condomínio.

Sustentando sua alegação, aduziu o requerente que a abertura das matrículas seria irregular mesmo após a averbação da construção, mas antes da instituição do condomínio e de sua especificação. Mais que nulidade de pleno direito, deveria, segundo o requerente, ser reconhecida a inexistência dos atos jurídicos e, com fundamento no art. 214 da Lei de Registros Públicos, declarada administrativamente. A instituição do condomínio seria requisito necessariamente anterior para a abertura das matrículas.

Alegou, também, o requerente que a nulidade é de interesse geral e não admite convalidação ou ratificação.

Trouxe, depois, acórdãos proferidos em procedimentos de dúvida em que o egrégio CSM reconheceu ser irregular a abertura da matrícula antes da instituição do condomínio. Se antes da instituição há apenas condomínio comum sobre o terreno, não poderia ser dada em hipoteca uma fração ideal do terreno.

Ainda, antes do registro da instituição não pode haver alienação de unidades autônomas propriamente ditas, nem podem elas ser objeto de hipoteca.

O Oficial do 13.º Cartório, embora tivesse recusado outros registros por falta da instituição do condomínio, aceitou registrar as hipotecas em benefício da Finasa e do Banco Real.

Pediu o requerente, além do cancelamento, a concessão de medida cautelar consistente na declaração da ineficácia das matrículas, para evitar dano irreparável ao seu crédito. Juntou os documentos de fls.

A medida cautelar foi indeferida (fls.). Juntou-se cópia da decisão proferida no proc. 83/83 (fls.) e o Oficial do 13.º Cartório prestou informações (fls.).

O Dr. Curador de Registros opinou pelo indeferimento do pedido. Inicialmente, considerou imprópria a via eleita pelo requerente, porque a nulidade só poderia ser declarada em processo contencioso, com intervenção do Titular do Registro. A abertura de matrículas constituiria mera irregularidade, ainda mais que, em época anterior, este Juízo considerava correto o procedimento adotado pelo Cartório. Considerou, finalmente, que na via jurisdicional pode ser aceito entendimento contrário ao que se firmou na via administrativa (fls.). É o relatório.

2. Nada obstante toda a argumentação jurídica posta na inicial, o pedido há de ser indeferido.

Ressalto, em primeiro lugar, as informações prestadas pelo Oficial Substituto do 13.º Cartório de Registro de Imóveis, que de forma segura demonstram que os atos praticados estavam de acordo com a orientação vigente à época. Aludiu o Serventuário ao Provimento 3/76 deste Juízo, que impunha a abertura de matrículas mesmo antes da averbação da construção e da instituição do condomínio. Referiu-se, ainda, às decisões colacionadas pelo requerente, mostrando que elas são posteriores aos atos praticados.

Ressalto, em segundo lugar, o parecer da douta Curadoria de Registros, que sustenta, quando muito, a irregularidade dos atos praticados, nunca sua nulidade.

3. Aceito que este Juízo, ainda que não no exercício de atividade jurisdicional, tenha atribuição para declarar a nulidade de pleno direito de registros, desde que suficientemente provada, na forma do art. 214 da Lei 6.015/73. Entendo, então, que, se pudessem ser aceitos os fundamentos do pedido, o acolhimento deste seria de rigor. A nulidade seria reconhecível com o simples exame ocular dos assentamentos registrários, sem necessidade de maiores indagações.

Não há, entretanto, nulidade nos atos praticados no 13.º Cartório.

Em nenhum dos julgados mencionados pelo requerente na inicial foi dito que os registros feitos em matrículas abertas antes da instituição do condomínio sejam nulos de pleno direito. Reconheceu-se, em todos eles, a *irregularidade* desse procedimento. Não foi outro o termo usado pela E. Corregedoria Geral da Justiça quando, ao editar o Provimento 2/83, acrescentou às *Normas de Serviço*, até então omissas a respeito, o item 214 do cap. XX.

4. Juridicamente, não é difícil sustentar que a abertura de matrículas antes da instituição do condomínio seja perfeita. O nascimento das unidades imobiliárias se dá, efetivamente, por ficção legal, quando da subordinação da edificação ao regime condominial instituído pela Lei 4.591/64.

Há, porém, algumas particularidades que não podem deixar de ser consideradas.

4.1 Em primeiro lugar, o registro da instituição do condomínio não é o sopro de vida das unidades autônomas, nem tem ele essa finalidade. A instituição do condomínio é necessária tão-somente para regular as relações jurídicas entre os diversos proprietários, considerando uns em relação aos outros, e todos em relação ao edifício, que é o objeto de seu domínio.

As unidades autônomas têm existência física e legal a partir do momento em que, averbada a construção, seja feita a *especificação* do condomínio, que não se confunde com a instituição do condomínio. A especificação discrimina, dentro da edificação, o que será objeto de domínio exclusivo e o que será objeto de domínio em comum, dispondo, ainda, sobre a fração ideal de terreno que se liga a cada uma das unidades que compõem o todo.

Imagine-se, para argumentar, a construção de um edifício de apartamentos e lojas por uma única pessoa que prefira não alienar as unidades. A instituição do condomínio será desnecessária, porque, sendo um só o proprietário, não haverá o que dispor acerca de outras relações jurídicas, que nascem apenas com a co-propriedade. Não obstante, pode o único dono especificar o condomínio para, fazendo jurídica a existência física das diversas unidades autônomas, contratar, v. g., sua locação a terceiros.

Poder-se-ia objetar dizendo que, nessa hipótese, haveria relações entre os diversos locatários que deveriam ser reguladas. É verdade, mas isso seria feito com a convenção, que, igualmente, não se confunde com a instituição, nem com a especificação. A convenção regula o uso do edifício, tanto que se des-

tina aos que se utilizam efetivamente das unidades, estabelecendo direitos e obrigações, independentemente do direito real que eventualmente ostentem os usuários.

4.2 Por outro lado, é praxe reiterada a *especificação* do futuro condomínio já na incorporação. Dificilmente se encontra, ao menos em São Paulo, uma incorporação que já não traga a especificação do condomínio, muito embora seja ela repetida quando do registro da instituição. Sabe-se de antemão quais serão as unidades autônomas, qual sua participação no terreno e nas coisas de uso comum, qual sua identificação e localização. É curial que isso ocorra, exatamente para possibilitar que elas sejam negociadas ainda antes do término da obra, que esta é a finalidade da incorporação. Aliena-se coisa *certa*, mas futura. Embora fisicamente não exista, a coisa já é reconhecida juridicamente. Mal comparando, poder-se-ia dizer que, nessa fase, a unidade autônoma está para o Direito das Coisas como o nascituro está para o Direito de Família.

Nada impede que a futura unidade autônoma seja alienada, compromissada ou onerada.

Antes da vigência da Lei 6.015/73 o problema não existia. Como os registros tinham seqüência cronológica e a folha era pessoal, ninguém podia oferecer oposição à transcrição das transmissões, ou à inscrição de ônus. O problema surgiu com o cadastro dos bens imóveis.

Será válido recusar a abertura de matrícula para o imóvel que, embora não tenha existência física, pode ser objeto de constituição de direitos e ônus reais?

Será que a ficção legal não pode retroagir a data anterior ao término da obra, para que seja aproveitada, desde o início, uma das grandes vantagens da Lei de Registros Públicos, que é a imediata visualização da situação do imóvel?

Se se admite a constituição de hipoteca sobre a futura unidade autônoma, o que implica admitir a *especialização* sobre algo sem existência física (!), será lícito recusar a possibilidade de abertura de matrícula?

Não parece coerente, *data venia*, aceitar que um bem seja dado em garantia real sem que se admita, *juridicamente*, sua existência. Nunca é demais lembrar que somente os *bens imóveis* podem ser dados em hipoteca.

4.3 Os aspectos práticos devem também ser lembrados. Para não ir longe, basta tomar o exemplo dos autos. A matrícula 9.892, em que foi registrada a incorporação, tem 32 fichas (fls.). A matrícula 14.205, relativa a uma das unidades autônomas, tem 27 fichas (fls.). As matrículas 20.648, 20.649, 20.650 e

20.651 têm, cada uma, cinco fichas (fls.). O edifício todo tem aproximadamente 250 unidades autônomas. Imagine-se qual seria a quantidade de fichas que teria a matrícula inicial se nela fossem praticados todos os atos relativos a todas as unidades! Imagine-se — o que é pior — qual seria a dificuldade para, dentro do emaranhado de registros e averbações, descobrir a situação de uma única unidade autônoma! Imagine-se, por fim, qual seria o custo da certidão requerida pelo interessado numa única vaga de garagem!

5. Todos esses argumentos jurídicos e práticos levam àquilo que o Oficial Substituto chamou de “iliquidez da tese sustentada pelo requerente” (fls.).

Não se discute, aqui, a superior orientação que vem da E. Corregedoria Geral da Justiça, que está sendo cumprida e continuará assim. Pretende-se apenas mostrar que, se o Cartório abriu matrículas para as unidades autônomas antes do registro da instituição, não praticou atos nulos, mas, quando muito, atos irregulares, assim considerados administrativamente. Sujeitar-se-ia o Oficial a sanções disciplinares, não estivesse provada a anterioridade dos atos à determinação superior.

6. Vale consignar, para deixar registrada a posição deste Juiz, que estão sendo coligidos dados junto aos cartórios da Capital para, oportunamente, ser tentada a alteração da orientação traçada pela E. Corregedoria Geral da Justiça.

7. Isto posto, indefiro o pedido inicial. Custas pelo requerente. P. R. I.

São Paulo, 10 de setembro de 1983 —
NARCISO ORLANDI NETO.

INFORMAÇÃO REFERIDA NA DECISÃO

MM. Juiz.

1. O requerente, na qualidade de cessionário de crédito quirografário habilitado na concordata preventiva da empresa Dacon S/A — Veículos Nacionais, alega que atos praticados por este Cartório, consistentes na abertura de determinadas matrículas e efetivação de certos registros e averbações nas mesmas, seriam nulos de pleno direito, pleiteando seja tal nulidade declarada por essa digna Corregedoria Permanente e, em consequência, canceladas as matrículas nas quais registrados os atos inquinados de nulidade. Requereu, ainda, a determinação, de plano, da ineficácia das matrículas (sic) aludidas, a título de medida cautelar incidente que veio a ser indeferida por esse douto Juízo, bem como fosse dada ciência, a este Cartório e aos MM. Juízes que indicou, da pretensão anulatória.

2. A inicial aponta irregularidades praticadas por este Cartório, das quais extrai a conclusão de que são nulos os atos jurídicos por ela atacados. Consistiriam tais irregularidades na precipitada abertura de matrículas correspondentes às unidades autônomas de edifício, que só mais tarde veio a ter a conclusão de sua construção averbada na matrícula principal e nas demais que haviam sido abertas, sendo certo que os registros da instituição e da convenção ainda não foram requeridos, embora autorizados pela r. decisão juntada aos autos, de fls.

Verbera, igualmente, o procedimento consistente na averbação de autos de vistoria parcial relativos ao andar térreo e à sobreloja do empreendimento e o registro de várias hipotecas, quer antes, quer após aqueles “habite-se” parciais, tachando de nulos todos esses atos, pela inadmissibilidade da abertura das matrículas concernentes às unidades autônomas antes de instituído e especificado o respectivo condomínio.

3. No que respeita à abertura de matrículas das unidades autônomas, negociadas pelo incorporador antes da conclusão do edifício, apóia-se o requerente no estatuído pelo Provimento 2/83 da E. Corregedoria Geral da Justiça, segundo o qual: “214. Antes de averbada a construção e registrada a instituição do condomínio, será irregular a abertura de matrículas para o registro de atos relativos a futuras unidades autônomas (CSM, Ap. 286.693, de 17.12.79; 1.176-0, de 28.6.82; 2.145-0, de 4.4.83, e 1.846-0, de 19.4.83)”.

Sabe V. Exa., melhor do que o signatário, que esse ponto tem ensejado não apenas discussões teóricas mas, na prática, orientações díspares. De um lado, na esteira do primeiro v. aresto citado pelo dispositivo (acórdão na Ap. 286.693, de que foi relator o eminente Des. Andrade Junqueira), sustenta-se a total inviabilidade do registro de compromissos de venda e compra, respeitantes às unidades autônomas em construção, antes do registro da instituição de condomínio. De outro, defende-se, com apoio nos arts. 32, 33, 44 e outros da Lei 4.591/64, que na incorporação imobiliária, que precede necessariamente a instituição do condomínio, o construtor ou incorporador negocia unidades autônomas da propriedade a ser edificada, e não apenas frações ideais de terreno.

É evidente que este não é o instante propício para que se reavive essa discussão, nem pretende fazê-lo o signatário, que refere o fato apenas a título demonstrativo da iliquidez da tese sustentada pelo requerente. E, mais, como oportunidade para recordar que, antes de entrar em vigor a atual Lei de Registros Públicos, os MM. Juízes Titulares de duas

Varas de Registros Públicos da Capital baixaram provimentos destinados a regular o procedimento a ser adotado pelos cartórios sob sua jurisdição, à vista dos novos preceitos legais que começariam a ser aplicados.

Esses provimentos (ns. 2/75, 5/75, 1/76 e 2/76) vieram a ser consolidados no Provimento 3/76, cujo art. 17 estabeleceu:

“Art. 17. Para o cumprimento dos arts. 32 e 44 da Lei 4.591/64, do disposto no Dec. 55.815/65 e no art. 167, I, n. 18, da Lei 6.015/73, os oficiais procederão da seguinte forma:

“I — farão a matrícula do imóvel sobre o qual será instituído o condomínio, efetuando nela o registro da incorporação;

“II — em seguida registrarão a especificação, com todos os elementos necessários, e lançarão, verticalmente, os números das unidades autônomas, de forma a permitir que as aberturas de matrículas a elas relativas sejam anotadas ao lado do número da unidade correspondente.

“§ 1.º. Após o registro da incorporação ou da especificação do condomínio, os Srs. Oficiais registrarão títulos relativos às unidades autônomas e box de garagem, desde que neles constem, além da designação numérica (ou por letras) da unidade, pavimento em que se situa e área construída, a área de uso comum e a correspondente fração ideal no terreno, independentemente da descrição deste e da referência às confrontações da própria unidade.

“§ 2.º. Para a matrícula da unidade autônoma ou do box, os Srs. Oficiais recolherão os elementos relativos aos característicos e confrontações da unidade ou box no próprio processo de registro da incorporação ou da especificação, quando o desejarem.”

Para bom entendimento da sistemática então posta em uso, vale salientar que os dois parágrafos supratranscritos não constavam da primeira regulamentação, consubstanciada no Provimento 2/75. Foram acrescentados posteriormente, quando já se iniciara a nova prática registral e as primeiras dificuldades que trazia começavam a ser solucionadas pelo MM. Corregedor Permanente da época, depois de recolher experiências e sugestões dos serventuários desta comarca.

Desde então passou o Titular deste Cartório — como, aliás, os dos demais cartórios da Capital — a determinar a abertura de matrículas para unidades autônomas de edifícios em construção cuja incorporação já se achasse devidamente registrada. E isso porque a determinação constante do citado Provimento 3/76 não ensejava outra interpretação. Referia-se, indistintamente, aos atos que seriam praticados “após o registro da incor-

poração ou da especificação do condomínio” (§ 1.º) e autorizava, para a abertura da matrícula das unidades ou vagas das garagens, que se recolhessem elementos do processo “de registro da incorporação ou da especificação” (§ 2.º). Claro parece que, se a matrícula aludida no § 2.º do art. 17, transcrito, fosse apenas a da unidade de prédio já construído e cuja especificação de condomínio estivesse registrada, não faria o menor sentido que o oficial colhesse dados anteriores aos da própria especificação, ou seja, os da incorporação, para elaborá-la. A menção à incorporação, em ambos os parágrafos citados, não foi casual, mas resultou da convicção que então se apoderara do MM. Juiz Corregedor de que também as transações envolvendo unidades em construção, na fase intermediária entre o registro da incorporação e o da especificação do condomínio, deveriam propiciar a abertura das matrículas correspondentes. Isso, aliás, nada mais era do que a adoção de praxe consagrada nos negócios imobiliários do Sistema Financeiro da Habitação, em que os contratos de financiamento para construção comumente se referem à hipoteca das futuras unidades autônomas, para que depois possam ser estas desligadas da garantia, na medida em que sejam negociadas pelo incorporador e a responsabilidade pelo mútuo seja assumida pelo adquirente.

Mas, repito, não tenho a pretensão de renovar o debate sobre essa questão, que agora tem disposição específica a regulá-la, que é o citado item 214 do cap. XX das *Normas de Serviço da Corregedoria Geral da Justiça*. As considerações feitas apenas servem para patentear que não agiu irregularmente este Cartório na abertura das matrículas indicadas pelo requerente, porquanto procedeu como era normal na ocasião, em consonância com a orientação emanada dessa digna Corregedoria Permanente.

Só bem mais tarde, com o v. acórdão na Ap. 1.176-0, publicado no DJE de 20.7.82 (que manteve dúvida suscitada pelo titular deste Cartório), é que o egrégio CSM afirmou serem irregulares as matrículas abertas para unidades autônomas negociadas antes da especificação do condomínio, pelo incorporador, e ressalvou, entretanto, no n. 6: “No que respeita à segunda parte do pedido — de nulidade dos registros dos compromissos de compra e venda efetuados — a suscitada apelante não pode, igualmente, ser atendida. Os compromissos — mesmo dando origem a matrículas irregulares — poderiam ter sido registrados na matrícula do imóvel onde efetuado o registro da incorporação, isto nos termos do art. 167, I, n. 18, da Lei de Registros Públicos”. A partir dessa decisão, à qual,

evidentemente, só lhe cabia curvar-se, este Cartório não mais procedeu à abertura de matrículas nessas circunstâncias.

Assim sendo, com a devida vênia, nada tinham de irregulares as matrículas da Dacon. Muito menos se pode increpá-las de nulas e menos ainda pretender, como o faz o requerente, que o negócio jurídico subjacente seria nulo porque "nulas" as matrículas...

4. Ataca o requerente, igualmente, a averbação de autos de conclusão parciais da construção, amparado em decisão do egrégio CSM, de que foi relator o eminente Des. Adriano Marrey (Ap. 2-0, j. em 23.5.80). Também nesse particular a decisão citada é posterior aos atos criticados, que este Cartório prati-

cou com apoio em r. sentença prolatada em processo de dúvida do 10.º Cartório de Registro de Imóveis, em que figurou como suscitado Laudo Votta Brancato (DJE 28.11.68, p. 69). Neste caso, tendo aquele Cartório se recusado a averbar "habite-se" parcial, foi a dúvida julgada improcedente e determinada a averbação. Desde então e até a posterior decisão do E. Conselho não se pode tachar de indevida a averbação feita.

5. Em vista de todo o exposto, parece-me justificada a atuação deste Cartório, esperando que assim o considere V. Exa.

É o que me cumpria informar.

São Paulo, 1 de agosto de 1983 — PEDRO DE BARROS SILVEIRA, oficial substituto.

EXTINÇÃO DE USUFRUTO

Nada impede que, na partilha de bens de casal, seja feita doação de imóvel aos filhos, com reserva de usufruto apenas em favor de um dos ex-cônjuges e estipulação de que ocorrerá sua extinção caso o usufrutuário venha a contrair novo casamento, passando, então, a aplicar-se a regra do usufruto legal (art. 389 do CC) em favor de ambos os doadores.

Sentença em processo de dúvida do MM. Juiz de Direito da 1.ª Vara de Registros Públicos de São Paulo (transitada em julgado).

Vistos etc.

1. O Oficial do 16.º Cartório de Registro de Imóveis suscitou esta dúvida a requerimento de Paula Refinetti Camerini e Daniel Refinetti Camerini.

Os suscitados apresentaram escritura de doação, com reserva de usufruto, em que os doadores são seus pais. O usufruto foi reservado somente à mãe, mas com a cláusula de que "cessará na hipótese de novo casamento da outorgante doadora, caso em que, para os efeitos do disposto no art. 389 do CC, e enquanto for o caso de sua aplicação, fica desde já certo que a eventual renda da locação do imóvel ora doado será dividida igualmente entre os outorgantes doadores". Cláusula idêntica constara do acordo de separação do casal outorgante, devidamente homologado pelo juiz competente.

O suscitante opôs dois obstáculos ao registro.

Em primeiro lugar, a causa de extinção do usufruto não estaria entre as previstas nos arts. 739 a 741 do CC. Teria sido indevida a menção ao art. 389 da mesma lei, que se refere ao usufruto legal. A "penalidade" imposta à doadora não teria amparo legal; ela só poderia perder o usufruto se, enviuvando,

viesses a convolar a novas núpcias sem dar os bens a inventário.

Em segundo lugar, por ocasião da lavratura da escritura o estado civil dos outorgantes já fora alterado. A sentença que decretou a separação é anterior. A averbação seria necessária, assim como a retificação do título.

Os suscitados invocam vários dispositivos do Código Civil e sustentam a licitude da cláusula, porque não proibida pela lei e porque homologada pelo juiz competente. A enumeração legal das causas de extinção do usufruto não seria taxativa, mas apenas enunciativa. A referência ao art. 389 do CC visou apenas a regular a situação após eventual extinção do usufruto convencional. Juntam, por fim, certidão do casamento de seus pais, com a averbação da separação (fls.).

Em nova manifestação o Oficial exigiu a retificação do título, para correção do estado civil dos outorgantes. Lembrou, ainda, que, se aceita a tese dos suscitados, seria ela válida apenas para 50% do usufruto, pois a outra metade fora somente objeto de reserva. Se ela reservou o usufruto que já era seu, não poderiam ser impostas condições (fls.).

O Dr. Curador aceitou as razões dos suscitados. Por ser exemplificativa a enumeração

legal e por ser o usufruto um direito patrimonial de ordem privada, suscetível de renúncia, entende que a cláusula impugnada estabelece "uma condição juridicamente possível, lícita e resolutiva, . . . apta a extinguir o direito real de usufruto". A menção ao art. 389, porque pertinente apenas ao usufruto legal, também não seria obstáculo ao registro. A douta Curadoria opinou, não obstante, pela procedência da dúvida, porque os outorgantes foram qualificados no título como casados, quando já eram separados judicialmente (fls.). É o relatório.

2. Os suscitados são menores impúberes, mas outorgaram poderes aos ilustres Advogados por instrumento particular, representados por seu pai. Não determinei a regularização da representação porque também seu representante legal teria legitimidade para postular o registro da escritura. A exigência de instrumento público de mandato seria apenas um formalismo dispensável.

3. A averbação do verdadeiro estado civil dos outorgantes é necessária, mas não o é a retificação da escritura. Se do título tivesse constado que os outorgantes eram separados, poderia o Oficial recusar o ato alegando que a averbação da separação no Registro Civil fora posterior à lavratura da escritura. De qualquer forma, poderia ser apontado um vício no título. Nada impede que se registre a doação — como se verá adiante — e que se averbe, depois, a separação dos doadores, para que fique correto o estado civil da usufrutuária. Pouco importa que a averbação anteceda o registro ou vice-versa. A concomitância dos atos será suficiente para explicá-los.

4. Os suscitados e a douta Curadoria de Registros mostraram, à saciedade, que as causas de extinção do usufruto não são somente aquelas previstas na lei civil. Como direito patrimonial disponível, nada impede que o usufruto seja, v. g., objeto de renúncia.

A doadora, feita a reserva do usufruto, concordou em que, se convolar a novas núpcias, extinguir-se-á seu direito. Estabeleceu-se, no título, verdadeira condição resolutiva, consistente no casamento eventual da usufrutuária, hipótese expressamente admitida por Serpa Lopes (*Tratado dos Registros Públicos*, Livraria Freitas Bastos, vol. III/170, 4.ª ed., 1960).

Nada há de ilegal ou de imoral no estabelecimento da condição, nem se pode dizer que o título tenha estabelecido uma penalidade para o casamento da usufrutuária. Como direito patrimonial, nada obsta a que o usufruto seja objeto de disposição vinculada ao estado civil de sua titular. Acresce observar que a instituição do usufruto "substituiu", no acordo da separação, a prestação alimentícia

pelo varão, circunstância que reforça o caráter estritamente patrimonial do direito e justifica sua extinção com o segundo casamento.

Houve, na suscitação, ligeira confusão entre o usufruto convencional no título e o usufruto legal. Este, como acentuou o Dr. Curador, nasce da lei. A referência ao art. 389 do CC teve o condão apenas de afirmar a aplicação da lei, após a eventual extinção do usufruto instituído em favor da outorgante. Em outras palavras, convencionaram os doadores que, extinto o usufruto em favor da mulher, aplicar-se-iam as disposições do Código Civil.

Finalmente, a última objeção levantada pelo Oficial também não procede. Afirma ele que somente o usufruto sobre metade do imóvel poderia ter sido objeto da condição resolutiva. A outra metade, afirma o registrador, já era da mulher e sobre ela não poderiam ser impostas condições.

A questão é controvertida. Se se admitir que o direito de propriedade é uma somatória de outros direitos, perfeitamente separáveis, estará correto o raciocínio do suscitante. Se, ao contrário, se entender que o direito de propriedade é uno e indivisível, não poderá ser aceita a tese da simples reserva, em mãos da antiga proprietária, de direito que já detinha. Considerando apenas o que interessa no caso dos autos, será o direito de propriedade passível de separação material, em nua-propriedade e usufruto? Pode o proprietário transmitir a nua-propriedade e reservar o usufruto, ou transmite a propriedade e, no mesmo ato, institui o usufruto?

Já é tradicional em nosso Direito Registral o registro autônomo do usufruto, ainda quando haja o que se denomina, na prática, "reserva". No sistema anterior o usufruto reservado pelo doador ou alienante era objeto de inscrição. No sistema atual ele é registrado na matrícula, normalmente após o registro da nua-propriedade. A ser aceita a tese da simples reserva, seria desnecessário e inútil o registro do usufruto, porque, se estava já inserido no direito de propriedade, o registro da transmissão da nua-propriedade seria suficiente para mostrar que o antigo proprietário ficara com o usufruto.

A necessidade desse registro autônomo, mesmo no caso de reserva, decorre da própria natureza do direito de propriedade, insuscetível de ser desmembrado em vários direitos autônomos. Coviello ensina que o direito de propriedade não é um complexo de direitos, mas um direito único, indivisível (*Della Trasmissione*, Nápoles-Turim, 2.ª ed., vol. II/296, 1915).

Decorre daí que a reserva do usufruto, feita pelo alienante ou doador, é, na realidade,

constituição autônoma de direito real. A lição é do próprio Coviello: "Se l'alienante come proprietario non aveva certamente il diritto separato di usufruto o d'uso, e in forza della riserva lo viene ad ottenere, è manifesto ch'egli acquista un diritto nuovo, e la riserva è una nuova costituzione di diritti" (ob. cit., p. 298).

Serpa Lopes não diverge desse entendimento e completa: "Quando no mesmo ato o doador *impõe* o ônus de usufruto, tal ônus deve ser inscrito ao lado da transcrição do domínio que passa de pleno a uma relação de nu-propriedade" (ob. cit., p. 163).

Diante do que foi exposto, pode-se afirmar que a doadora não transmitiu apenas a nu-propriedade, mas sim o direito de proprie-

dade onerado com o usufruto, constituído no mesmo instrumento. O usufruto foi constituído sobre *todo o imóvel*, de forma autônoma, e não separadamente sobre a metade ideal que era do ex-marido da doadora.

A reserva do usufruto é, ao contrário do que deflui do *nomen juris*, uma imposição de ônus real. Em outras palavras, a doação com reserva de usufruto é forma de transmissão da propriedade com ônus.

Improcede, assim, a última objeção feita pelo Oficial.

5. Isto posto, julgo improcedente a dúvida. Sem custas. P. R. 1.

São Paulo, 18 de outubro de 1983 — NARCISO ORLANDI NETO.

REGISTRO DE CONDOMÍNIO

Desde que tenha sido rigorosamente observado o plano inicial da incorporação registrada, quanto às frações ideais e especificação das unidades, com identificação e discriminação, nada impede o registro da instituição e especificação do condomínio, mesmo que não compareçam ao ato todos os condôminos.

Sentença em processo de dúvida do MM. Juiz de Direito da 1.ª Vara de Registros Públicos de São Paulo (transitada em julgado).

Vistos etc.

Suscita o Sr. Oficial do 15.º Cartório de Registro de Imóveis a presente dúvida, aduzindo haver deixado de proceder ao registro do instrumento particular de especificação e convenção do Condomínio Conjunto Residencial Jardim da Cantareira, em que figuram como contratantes Walfrido de Carvalho & Filhos e outros, pelos motivos que seguem:

1. Os proprietários dos aps. 42 (boxes 15 e 16), 81 (boxes 29 e 30) e 92 (boxes 5 e 6), os dois primeiros do Edifício Flamboyant e o terceiro do Edifício Manacá, não coincidem com os titulares das unidades conforme registrado em cartório.

2. Não constam do título apresentado as assinaturas de Agop Kassardjiam e sua mulher, Anuch Josefina Kassardjiam, que figuram no registro como adquirentes do ap. 131 e dos boxes 49 e 50 do Edifício Flamboyant.

3. Não se faz menção, no título, ao valor atualizado do empreendimento.

4. Não está reconhecida a firma do subscritor da procuração lavrada no 17.º Ofício de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, Livro 42, fls. 174.

Os suscitados impugnam a fls., alegando, quanto a cada motivo de recusa:

1. Embora as unidades e respectivos boxes figurem no registro em nome diverso do da-

quele que veio a subscrever o instrumento de especificação respectivo, a realidade é que houve alienação regular. Os títulos de transferência só não foram registrados por falta de registro da especificação, o que pode ser feito concomitantemente pelo Sr. Oficial.

2. Com relação à ausência de firmas de Agop Kassardjiam e sua mulher, a suscitada contra eles demandou e, por sentença do douto Juízo da 25.ª Vara Cível, o negócio jurídico foi desfeito, voltando o domínio à suscitada. A despeito de não ter sido executado o julgado, o v. acórdão da 6.ª Câmara Civil do egrégio TJSP já o confirmou.

3. O valor atribuído ao empreendimento é idêntico ao orçado quando do registro da incorporação, não fazendo sentido a atualização.

4. Por último, a procuração foi lavrada por instrumento público e o que se pretende é o reconhecimento da firma do Oficial Público da Serventia do Rio de Janeiro que expediu a certidão, o que não pode prevalecer, no País da desburocratização (sic).

O suscitante manteve a dúvida (fls.) e o Dr. Curador de Registros Públicos, em substancial parecer, é pela improcedência da dúvida (fls.).

Por determinação judicial, juntou-se cópia reprográfica da matrícula do imóvel, após o

que vieram-me os autos conclusos, para decisão. É uma síntese do necessário.

Decido.

1. Resumem-se a quatro os motivos de recusa enunciados pelo zeloso Sr. Oficial suscitante quanto ao instrumento particular de especificação e convenção apresentado pela suscitada: a) incoincidência entre titulares de unidades e proprietários que subscrevem a especificação quanto a três apartamentos e respectivos boxes; b) ausência de assinatura de titulares de uma unidade; c) omissão do valor atualizado do empreendimento; d) falta de reconhecimento de firma do subscritor da procuração lavrada no 17.º Ofício de Justiça do Rio de Janeiro.

Dentre eles, desde logo, sejam afastados os dois últimos, a cuja análise se procederá a seguir, devido à sua reduzida complexidade. Com efeito.

2. Desnecessária a atualização do valor, prevalecendo a avaliação do custo global, à época do arquivamento. Não mais exige a lei, de acordo com a alínea "h" do art. 32 da Lei 4.591, de 16.12.64.

Não é requisito para a especificação a atualização do valor. De acordo com J. Nascimento Franco e Niske Gondo, "o instrumento de instituição, especificação e discriminação do condomínio em edifícios deve conter, pelo menos, os seguintes requisitos: a) qualificação das partes signatárias; b) descrição e caracterização do edifício, com referência especial às coisas de propriedade e uso comum dos titulares das unidades autônomas, completa descrição, caracterização e confrontação, com indicação das medidas e área total do terreno, em metros quadrados, indicação do título aquisitivo e referência ao tabelionato, livro, folha e data em que foi lavrado, número da transcrição no Registro Imobiliário, demolições de construções antigas, descrição e caracterização das unidades autônomas, com sua identificação numérica ou alfabética, pavimento em que se localizam, compartimentos de que se compõem, confrontações, áreas privativas, participação em índices percentuais ou em metros quadrados, nas áreas construídas de uso comum e no terreno" (*Condomínio em Edifícios*, 2.ª ed., Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1978, pp. 55 e 56).

Nenhuma referência há — e não poderia haver, pois a lei não a contempla — à menção do valor atualizado do empreendimento. Para que prevaleça o valor da incorporação é que se exige o arquivamento da documentação cujo elenco se inseriu no art. 32 da Lei

4.591/64, após o exame do Sr. Oficial, consoante determina o § 1.º do dispositivo invocado.

3. A rigor, a exigência do reconhecimento da firma do Serventuário do Rio de Janeiro é exigível, a teor do que dispõem as *Normas de Serviço da Corregedoria Geral da Justiça* (item 11, cap. XIV).

Conforme ponderava o saudoso 11.º Tabelião da Capital, Otávio Uchoa da Veiga, em sua tese aprovada na 1.ª Jornada Notarial Brasileira, "reconhecimento de firma é o ato pelo qual o tabelião autentica a firma lançada por alguém em determinado papel... É freqüente a exigência legal do reconhecimento de firma. Legaliza a assinatura. Fixa solenemente a data. Torna fidedigno o documento. Valida o ato. Traz garantias ao papel" ("Reconhecimento de firmas, letras e de sinais públicos", in *RT* 195/27).

De qualquer forma, cuida-se de reconhecimento por semelhança, modo que, embora sufragado na rotina, não perdeu o seu valor meramente presuntivo. "As Ordenações, Livro 3, tít. 52, pr., consideravam-no *meia prova*, e os Avisos Ministeriais 213 e 214, de 23 e 25.5.1863, não o entendiam como verdadeiro" (Cândido Mendes de Almeida, *Código Philippino*, 14.ª ed., Instituto Filomático, Rio, 1870, nota 4 ao art. 5.º do Dec. 817, de 30.8.1851, p. 382, *apud* Uchoa Veiga, *RT* 195/29).

Não se pode dizer que o progresso da civilização tenha trazido maior valia a esse tipo de reconhecimento. Ao contrário: "hoje em dia, a Grafística, galgando já a categoria de verdadeira Ciência, põe a cru a precariedade das conclusões de antanho, revelando, muitas vezes, com precisão admirável, tantos embustes nunca dantes cogitados. O progresso da Química, da Eletricidade, da Ótica, da Fotografia e de outros ramos da Ciência em geral contribuiu grandemente para a situação atual de maior segurança. José Del Picchia Filho, abalizado perito em Grafística, opina que "o reconhecimento por semelhança é muito mais perigoso que a ausência de reconhecimento" e preconiza até a extinção dessa atividade pelo tabelião, leigo, substituindo-o por uma repartição técnica oficial" (*A Perícia de Documentos*, Livraria Elo, São Paulo, 1942, p. 51, *apud* Uchoa Veiga, *RT* 195/31).

Sem mais adentrar a cogitações evidentemente *de lege ferenda*, na espécie, salvo razão singular para que se desconfie da origem da procuração — e não contida explicitamente nos autos — é de ser ela tida como autêntica.

Não é de molde a impedir o registro, principalmente por se referir tão-só a um titular de direitos numa especificação com 120 apartamentos.

4. Os dois outros motivos de recusa, enunciados em primeiro lugar tanto na suscitação como na impugnação, dizem com a ausência da unanimidade na especificação, com titulares de unidades substituídos por outros proprietários e um casal que não assinou o título especificatório.

4.1 Entende o culto Suscitante que é necessária a unanimidade de assinaturas de condôminos titulares das frações ideais que compõem o condomínio para a regularidade do instrumento de instituição e especificação condominial.

Entendimento, aliás, sufragado pela doutrina, conforme se verifica na sempre lembrada obra de Nascimento Franco e Niske Gondo, já aqui colacionada. Para esses autores, "no referente à especificação do condomínio e à atribuição das unidades aos condôminos, exige a lei a totalidade dos sufrágios, ou, em sua falta, decisão judicial supletiva. Nesse sentido podem ser citadas as seguintes decisões do Juízo da Vara de Registros Públicos de São Paulo, e, em grau de recurso, do egrégio CSM: a) acórdão no Ag. pet. 169.374, do CSM (*DJE* 7.5.69, p. 9); b) sentença do proc. de dúvida 290/73 (*DJE* 11.5.73, p. 91); idem, no proc. 7.809/72 (*DJE* 9.5.73, p. 73)" (ob. cit., p. 48).

Em abono a essa orientação costuma-se mencionar o ensinamento de Caio Mário da Silva Pereira: "No caso de se terem omitido os condôminos, entendemos, também, que é assunto de sua alçada privativa, e somente pelo voto unânime pode ficar deliberado, pois que se não compreende que a partilha do terreno em cotas definidoras de direitos e obrigações no edifício seja passível de decisão pela maioria, com violência ou desprezo pela minoria, que, entretanto, terá de suportar para sempre os encargos e receber os direitos naquela proporção. Contudo, se não houvesse acordo, e os co-proprietários não lograssem aquela unanimidade, é evidente que não poderia o edifício ficar perpetuamente no estado de comunhão imprecisa e indefinida. Um meio haveria de se chegar ao resultado necessário. E este meio só poderia ser o judicial, por cuja via aos dissidentes impõe a Justiça a fixação das cotas-partes obrigatórias" (*Condomínio e Incorporações*, 2.ª ed., Forense, 1969, p. 84).

Não é demais recordar que "a assinatura da totalidade dos condôminos ou a decisão

judicial supletiva é exigível porque o instrumento de instituição do condomínio tem não só a função de criar juridicamente o condomínio especial, mas também a de um verdadeiro contrato, no qual fica estipulado o peso do voto de cada condômino nas deliberações coletivas, além de configurar várias e importantes relações jurídicas entre os participantes da comunidade condominial. Quando elaborado previamente pelo único proprietário do edifício, para a alienação das unidades isoladas que o compõem, o instrumento de instituição e especificação de condomínio adquire a dupla natureza jurídica de ato institucional da futura comunidade e de contrato de adesão ao qual se subordinam os adquirentes das unidades isoladas. Quando, ao contrário, é elaborado por todos os titulares do condomínio, na hipótese de co-propriedade indivisa, esse instrumento é, a um só tempo, institucional e contratual. Finalmente, quando é uma sentença que declara instituído o condomínio e discrimina o edifício no seu todo e as unidades isoladas, o ato institucional é a própria decisão judicial" (J. Nascimento Franco e Niske Gondo, ob. cit., p. 52).

A natureza jurídica da especificação, por sua relevância, merece a cautela com que se houve o Sr. Oficial suscitante. O colendo CSM tem asseverado, de molde a pacificar a questão, que "a inscrição da especificação dá existência jurídica ao condomínio por unidades autônomas" e "com o registro da especificação do condomínio cessam as atribuições da figura jurídica do incorporador" (Ap. cível 286.409, Santos, 17.12.79, Des. Andrade Junqueira, in Narciso Orlandi Neto, ob. cit., p. 251).

Inobstante a boa companhia em que resta o Sr. Oficial suscitante, amparado em boa doutrina, os motivos argüidos para a recusa não hão de subsistir.

No tocante aos subscritores adquirentes das unidades registradas em nome de diversos titulares, não se pode deixar de reconhecer que houve regular transferência dos direitos, de acordo com as escrituras de fls.

Nem existe qualquer impedimento a que sejam registrados, concomitantemente, as escrituras e o instrumento de especificação. Veja-se que é do proprietário a legitimidade de parte para a especificação condominial. Mas, "existindo promessa de venda, o proprietário do edifício em construção ou já construído não pode instituir e especificar o condomínio sozinho, cumprindo-lhe obter a anuência da totalidade dos interessados, conforme já tem sido decidido reiteradamente

pelo Juízo dos Registros Públicos de São Paulo" (J. Nascimento Franco e Niske Gondo, ob. cit., p. 53).

Dessa forma, se não existisse a escritura de venda e compra, mas mera promessa de venda, o promitente comprador teria acesso ao instrumento de especificação. "O controle, pelos promitentes compradores, do instrumento especificatório de condomínio tem apoio no art. 43, IV, da Lei 4.591/64, cujo objetivo é, como dissemos, a defesa dos interesses daquelas pessoas. Ademais, em várias passagens — v. g., no art. 3.º — a lei se refere aos "titulares de direito à aquisição" como equiparados aos próprios condôminos, o que lhes confere, *ipso facto*, direito de participar de todos os atos de interesse comum" (idem, *ibidem*, p. 54).

Por outro lado, "antes do registro da instituição do condomínio, as unidades autônomas não podem ser objeto de negócios jurídicos. "Instrumentos de compra e venda ou de promessa de compra e venda de apartamentos que, por ausência de registro, se ressintam de existência jurídica não podem aspirar a ingresso no Registro Imobiliário." Tais instrumentos "têm seu registro condicionado ao registro prévio da instituição, especificação e convenção do condomínio e averbação da construção" (acórdão unânime na Ap. cível 286.693, CSM, 17.12.79, rel. Des. Andrade Junqueira, in Narciso Orlandi Neto, ob. cit., p. 272).

Com efeito. Os promitentes compradores poderiam — e deveriam — participar da especificação, mas não teriam os seus instrumentos de aquisição de direitos passíveis de registro, pois o exurgimento jurídico do condomínio em edifício depende do registro do título constitutivo e individuante das unidades autônomas. Ora, por questão de ordem prática e facilitação do acesso ao registro, princípio de que se não deve descuidar, é conveniente o registro concomitante das escrituras e do instrumento especificatório.

Por singular e peculiar parecer possa, o Direito Imobiliário ou o Direito Registrário não deixam de pertencer às Ciências Jurídicas. E o Direito é um instrumento de consecução dos bens da vida, estes, sim, realidades substanciais que não podem ser sacrificados por amor à forma ou apego a rigorismo procedimental. Nenhum prejuízo advirá do registro concomitante, donde afastado o terceiro motivo de adiamento enunciado pelo dedicado Sr. Oficial.

4.2 Resta a análise da ausência de assinatura do casal Agop Kassardjiam e sua mulher, Anuch Josefina Kassardjiam, que figuram

como adquirentes do ap. 131 e boxes 49 e 50 do Edifício Flamboyant.

Já esclareceu a suscitada que os titulares foram demandados pela incorporadora, que obteve ganho de causa junto à 25.ª Vara Cível, em decisão mantida pela C. 6.ª Câmara Civil do E. Tribunal de Justiça.

Ora, não se pode compelir o casal demandado a comparecer à elaboração do instrumento especificatório. Não apenas pela impossibilidade material que deflui das circunstâncias que propiciaram a demanda. Mas, sobretudo, porque a orientação neste Juízo, para o tema, é aquela constante do proc. 83/83, em que o então ilustre Juiz Titular, Dr. José de Mello Junqueira, respondeu à consulta formulada por Sonata S/A — Agro-Pastoril, Importadora e Comercial.

Naquela decisão, S. Exa. ponderava: "Tem-se afirmado a obrigatoriedade da assinatura do instituidor e a de todos os titulares de direito à aquisição de unidade que tenham seus contratos registrados, para que se possa registrar o instrumento de instituição do condomínio. Infere-se a conclusão das afirmativas de que à modificação do projeto é preciso a totalidade da massa condômina. Os titulares do domínio e direitos referentes a frações ideais do terreno e unidades autônomas, com contrato regularmente registrado, devem anuir na escritura de especificação e instituição de condomínio, com a finalidade de proteção e resguardo dos direitos reais já adquiridos, que poderiam ser afetados ou frustrados, nos casos de modificação de unidades e discriminações ou frações ideais sobre o terreno. No entanto, se no ato da instituição for rigorosamente observado o plano inicial da incorporação, fração ideal projetada e especificação das unidades, com identificação e discriminação, *não vejo óbice ao registro do ato de instituição e especificação, mesmo que um ou outro condômino, por motivos alheios à própria especificação, não queira comparecer ao mesmo*" (grifei).

É a posição mais consentânea com o interesse da maioria, plenamente evidenciado na espécie. Em virtude de oposição de um ou vários condôminos, não podem todos os outros restar à mercê até de caprichos daqueles que se opõem à continuidade da comunhão.

O aspecto "comunhão" é, efetivamente, aquele que imprime ao condomínio a sua nitidez mais característica. A propósito, as palavras de Giuseppe Benacchio: "La comunione è l'elemento di coesione e di coordinamento fra le proprietà singole e rappresenta l'aspetto caratteristico essenziale e determi-

nante del fenomeno. Se la proprietà esclusiva costituisce la parte economicamente essenziale per il titolare, la comunione è l'aspetto più peculiare, in quanto aderisce come elemento incindibile alle stesse proprietà singole, il cui aspetto particolare è appunto quelle di essere basate sulla comunione, di essere utilizzabili e godute grazie alla comunione e di essere limitate e collegate dalla comunione. Vi è un evidente incindibile rapporto tra le due categorie di proprietà, quella comune e quella esclusiva, che formano insieme l'edificio condominiale" (*Del Condominio negli Edifici in Generale*, CEDAM, Casa Editrice Dott. Antonio Milani, Pádua, 1964, p. 32).

A peculiaridade da espécie recomenda que o registro se faça, eis que o óbice tem origem na pessoa de quem, a rigor, já não pertence

ao condomínio. Não podem restar os condôminos à mercê de sua vontade. O que não invalida o louvável zelo do nobre Oficial, trazendo a Juízo a questão, para a decisão expressa da Vara.

5. Motivo por que, considerando, ainda, o mais que dos autos consta, julgo improcedente a presente dúvida suscitada pelo Sr. Oficial do 15.º Cartório de Registro de Imóveis, em que é suscitada a empresa Walfrido de Carvalho & Filhos, e outros, para determinar o registro do instrumento particular de especificação e de convenção do Condomínio Conjunto Residencial Jardim da Cantareira. Custas *ex lege*. P. R. I. C.

São Paulo, 12 de julho de 1983 — JOSÉ RENATO NALINI.

CARACTERIZAÇÃO DE IMÓVEL

Ao abrir matrícula do remanescente de imóvel desmembrado, pode o oficial descrevê-lo, com os dados constantes do registro, não sendo a falta da descrição motivo para recusa do título.

Sentença em processo de dúvida do MM. Juiz de Direito da 1.ª Vara de Registros Públicos de São Paulo (transitada em julgado).

Vistos etc.

1. A requerimento de José Messias de Araújo, o Sr. Oficial do 9.º Cartório de Registro de Imóveis suscitou esta dúvida.

Foi recusado o registro de escritura de venda e compra e instituição de servidão, apresentada pelo suscitado. Entendeu o suscitante que seria necessária a caracterização do imóvel remanescente, que suportará a servidão. A escritura descreve apenas a faixa em que incidirá o ônus, sem descrever o imóvel serviente.

Sustenta o suscitado que a matrícula do imóvel serviente deve ser aberta com os elementos de que dispõe o Cartório. Invoca precedentes julgados pelo egrégio CSM (fls.).

A douta Curadoria de Registros opina pela procedência da dúvida, por entender imprescindível a caracterização do imóvel serviente e da faixa de servidão (fls.). É o relatório.

2. O outorgante da escritura apresentada a registro era proprietário de um imóvel medindo 10 x 50m. Alienou uma parte da frente, com 8 x 25m. Restou-lhe um imóvel irregular, que o próprio suscitante afirma ser "formado por um corredor de entrada ao longo da lateral de terreno vendido e área dos fundos" (fls.).

Na escritura é alienada outra parte do imóvel remanescente: "área de 121m², mais ou menos, medindo 15m de frente para a servidão de passagem adiante instituída por 8m da frente aos fundos, em ambos os lados, tendo nos fundos a largura de 15,75m, confinando de ambos os lados com o remanescente do lote 15 e nos fundos com o lote 16; dista 25m da esquina da R. Alto Belo e situa-se do lado direito de quem desta entra na referida servidão" (fls.).

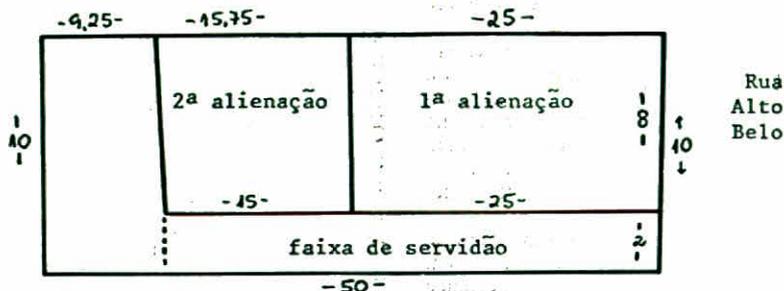
O próprio Cartório pode, sem grandes problemas, descrever o remanescente. O próprio Oficial reconhece que o croqui apresentado com a escritura mostra, com perfeição, a situação dos imóveis.

A escritura descreve minudentemente a faixa de servidão.

É incontroverso que, para que seja admitido o registro de servidão, devam estar perfeitamente caracterizados o imóvel serviente e a faixa sobre a qual incidirá o ônus. Os acórdãos colacionados pelo suscitado não negam essa necessidade. Exige-se, costumeiramente, que o próprio título de instituição do ônus contenha as duas descrições. Ocorre que, no caso dos autos, em que o imóvel urbano

está bem descrito, em que os desmembramentos não impossibilitam a descrição do remanescente, a exigência de descrição no título seria apenas formal, sem necessidade prática.

Não é difícil concluir que o remanescente do imóvel transcrito sob n. 100.789 será o assinalado no seguinte croqui, copiado do que está nos autos:



Afaste-se a idéia de que ao oficial não compete dar descrição a imóveis. Assim como pode aceitar ou recusar a descrição dada ao remanescente pelo interessado, pode também, à luz do que consta dos registros, descrever esse mesmo remanescente.

Abrirá o Oficial suscitante duas matrículas: uma para o imóvel dominante (em que regis-

trará a venda e compra) e outra para o imóvel remanescente da transcrição 100.789, que é o imóvel serviente. Nessa última registrará a servidão incidente sobre a faixa descrita e caracterizada na escritura.

3. Isto posto, julgo improcedente a dúvida. Custas *ex lege*. P. R. I.

São Paulo, 15 de junho de 1983 — NARCISO ORLANDI NETO.

ASSINATURA A ROGO

A assinatura a rogo é o exercício de um mandato outorgado por quem não pode ou não sabe assinar, exigindo instrumento público quando conferido por analfabeto. Quando o tabelião admite, na escritura pública, uma assinatura a rogo, pratica ato de seu ofício: outra escritura pública de mandato.

Sentença em processo de dúvida do MM. Juiz de Direito da 1.ª Vara de Registros Públicos de São Paulo (transitada em julgado).

Vistos etc.

1. A requerimento de Pedro dos Santos e Maria Aparecida dos Santos, o Sr. Oficial do 3.º Cartório de Registro de Imóveis suscitou esta dúvida.

Os suscitados apresentaram, para registro, o formal de partilha expedido nos autos do inventário de Maria de Jesus Thomaz e Otávio Thomaz dos Santos. Junto com este, outro título foi exibido, isto é, o instrumento particular de promessa de cessão de direitos de compromissário comprador, outorgado à primeira inventariada, relativamente ao imóvel partilhado.

O suscitante afirmou que o formal de partilha está perfeito, mas não pôde ser registrado porque é inviável a averbação do ins-

trumento particular que, necessariamente, deve precedê-lo. Apontou as falhas do título: a) a promitente cessionária, analfabeta, teve sua assinatura aposta a rogo, quando deveria ser representada por procurador constituído por instrumento público; b) não foram reconhecidas as firmas das testemunhas; c) não foi apresentado instrumento de mandato outorgado a quem assina em nome de alguns dos promitentes cedentes.

As assinaturas das testemunhas foram devidamente reconhecidas (fls.). A procuração outorgada ao subscritor do contrato, pelos promitentes cedentes, também foi providenciada (fls.). Restou a outra exigência.

Na impugnação disseram os suscitados que o contrato foi assinado, em nome de Maria

de Jesus, analfabeta, por seu filho, também falecido, Otávio. O contrato foi celebrado em 1959 e, tendo ela falecido em 1967, não mais seria possível a correção do ato. Sustentaram, ainda, que, por ser ela promissária cessionária, e não havendo oposição nem dos promitentes cedentes, a cautela do Oficial seria excessiva (fls.).

O Dr. Curador de Registros opina pela procedência da dúvida, por entender imprescindível, para demonstrar o concurso bilateral de vontade, a escritura pública. Em consequência, não poderia ser registrado o formal de partilha sem violação do princípio da continuidade (fls.). Alvitra, como solução viável para os suscitados, o usucapião. É o relatório.

2. A proibição de assinatura a rogo nos instrumentos particulares não está no Código Civil, ou, ao menos, não vem nele expressa. Decorre, isto sim, da interpretação sistemática da lei. A assinatura dos contratantes, ensina Affonso Dionysio Gama, "não é só um elemento de prova, mas encerra, também, a absoluta declaração da vontade do signatário. O simples ato de assinar contém, antes de tudo, uma definitiva declaração de vontade" (*Teoria e Prática dos Contratos por Instrumento Particular no Direito Brasileiro*, Freitas Bastos, 7.ª ed., 1943, nota 186, p. 86).

Sem declaração de vontade não há contrato. Sem assinatura não há declaração de vontade. A assinatura a rogo não é senão o exercício de um mandato outorgado por quem não pode ou não sabe assinar. Esse mandato exige instrumento público quando conferido por analfabeto. Assim, quando o tabelião admite, na escritura pública, uma assinatura a rogo, pratica ato de seu ofício: outra escritura pública de mandato. Já no instrumento particular, exatamente porque ausente o notário, a mesma outorga de poderes para assinar exige outro instrumento, *mas público*.

Afirmam os suscitados que ninguém nega a autenticidade do contrato, nem sequer os que por ele se obrigaram. Isso é verdade e, na prática, deveria ser levado em conta. Ocorre que não se trata de formalismo vazio e ineficaz. A assinatura é, como já foi dito, a própria declaração de vontade. Não é o documento que tem sua autenticidade posta em dúvida, mas o próprio contrato que não tem existência.

O caminho a ser seguido pelos suscitados não é apenas aquele alvitado pelo Dr. Curador. Nada impede que os promitentes cedentes, que reconhecem a obrigação assumida, prestem anuência na escritura que será outorgada aos herdeiros da cessionária. A averbação da promessa de cessão não é requisito para o registro da escritura definitiva. O que importa, para satisfação do princípio da continuidade, é que os compromissários compradores, comparecendo à escritura, concordem com sua outorga aos herdeiros da promissária cessionária.

Os promitentes vendedores assumiram obrigação com os compromissários compradores; e estes devem outorgar a escritura definitiva. Se os credores indicam terceira pessoa para recebê-la, não podem aqueles recusar o cumprimento da obrigação.

É evidente que, sem a averbação do contrato particular, não será possível o registro do formal de partilha. Será este desnecessário, todavia, se a escritura definitiva for outorgada diretamente aos herdeiros. O imposto de transmissão *causa mortis* já foi recolhido. Bastará o recolhimento do imposto devido pela cessão para que seja possível o registro da escritura definitiva, outorgada com anuência dos compromissários compradores, que são os promitentes cedentes.

3. Isto posto, julgo procedente a dúvida. Custas pelos suscitados. P. R. I.

São Paulo, 1 de julho de 1983 — NARCISO ORLANDI NETO.

ÍNDICE ALFABÉTICO

Ação demarcatória — Vide: Demarcatória.	
Adjudicação compulsória — Compromisso de compra e venda — Registro — Prescindibilidade — Aplicação dos arts. 639 e 640 do CPC (1.º TACivSP)	70
Adjudicação extrajudicial — Loteamento não regularizado pelo Poder Público — Descabimento daquela — Inteligência do art. 41 da Lei 6.766/79	133
Afrânio de Carvalho (Prof.) — Artigo sobre: Retificação do registro	9
Alvaro Villaça Azevedo (Prof.) — Parecer sobre: Descumprimento de encargo e mora do donatário	20
Anulação de registro — Vide: Registro.	
Área — Escritura mencionando-a em metros quadrados — Registro anterior referindo a metragem em alqueires — Possibilidade de sua retificação — Aplicação dos arts. 860 do CC e 213, § 2.º, da Lei 6.015/73 (TJPR)	69
— Retificação de registro com aumento daquela — Inteligência dos arts. 860 do CC e 212 da Lei 6.015/73 — Hipótese em que não cabe (TJPR)	103
— Vide também: Lote.	
Arrendamento mercantil — Distinção entre "leasing" e "lease back"	47
— Registro inadmissível no Cartório de Registro de Imóveis — Contrato, contudo, pactuado no mesmo instrumento em que o arrendatário vende o imóvel ao arrendador — Admissibilidade da cisão do título para efeito de registrar-se a compra e venda apenas (CSMSP)	80
— Vide também: "Lease back".	
Assinatura a rogo — Caracterização como mandato — Exigibilidade de instrumento público quando conferido por analfabeto — Desnecessidade desse instrumento se admitida a assinatura em escritura pública	152
Ato judicial — Transação — Dação de imóvel em pagamento — Necessidade de escritura pública para sua efetivação — Aplicação do art. 134, II, do CC (TJMS)	89
— Vide também: Mandado.	
Bem de casal — Ausência do marido — Autorização judicial para venda de imóvel pela mulher — Desnecessidade de declaração de ausência — Aplicação do art. 251, parágrafo único, IV, do CC (TJSP)	61
— Divórcio — Homologação — Necessidade de prévia partilha (TJSP)	76
— Necessidade de sua partilha em divórcio — Embargos recebidos para anular a decisão — Aplicação dos arts. 31 e 40, § 2.º, IV, da Lei 6.515/77 (TJPR)	123
Biasi Ruggiero (Dr.) — Artigo sobre: O "lease back" no registro imobiliário (em colaboração com o Dr. José Reynaldo Peixoto de Souza)	47
— Comentário a acórdão sobre: Condomínio — Convenção — Disposição exigindo unanimidade para sua modificação — Norma cuja desconstituição só pode ser obtida por via judicial	63
Cancelamento de usufruto — Vide: Usufruto.	
Caracterização de imóvel — Vide: Descrição de imóvel.	
Casamento — Regime de bens — Inexistência de pacto antenupcial — Irrelevância da consignação, no assento do casamento, de regime diverso do legal — Prevalência deste (CSMSP)	88
Cessão de direitos — Promessa — Imóvel já registrado em nome do promitente cedente — Admissibilidade do registro posterior da promessa — Inteligência dos arts. 195 e 237 da Lei 6.015/73 (CSMSP)	109
Citação — Registro da feita em ação demarcatória — Art. 167, I, n. 21, da Lei 6.015/73 — Decisão que o determina no curso da ação — Legalidade (TJMT)	71
Cláusula — Vide: Vínculo.	

Cláusula de acrescer — Vide: Doação.	
Código Civil — Art. 134, II	89
— Art. 251, parágrafo único, IV	61
— Art. 389	145
— Art. 623	93
— Art. 629	93
— Art. 717	83
— Art. 745	83
— Art. 765	70
— Art. 826	90
— Art. 860	69, 103
— Art. 1.163	76
— Art. 1.676	112
Código de Processo Civil — Art. 639	70
— Art. 640	70
— Art. 649	90
— Art. 650	90
— Art. 1.047, II	90
Competência — Justiça Federal — Processo de dúvida — Artigo do Juiz Vladimir Passos de Freitas	32
Compromisso de compra e venda — Celebração para encobrir contrato de mútuo — Pacto comissório — Nulidade — Aplicação do art. 765 do CC (1.º TACivSP)	70
— Contrato quitado antes da abertura da falência do vendedor — Eficácia — Ação revocatória improcedente (TJPR)	60
— Instrumento particular não registrado — Venda do imóvel a terceiro — Escritura desta alienação — Registro — Dúvida improcedente (TJMT)	97
— Loteamento registrado na vigência do Dec.-lei 58/37 — Cancelamento de averbação de contrato por inadimplência do promissário comprador — Reintegração de posse requerida pelo promitente vendedor — Cabimento da ação — Inadmissibilidade, contudo, de discussão sobre a validade da notificação feita (TJSP)	114
Condomínio — Convenção — Disposição exigindo unanimidade para sua modificação — Inobservância — Recusa à averbação pretendida — Legitimidade, em face do disposto nos arts. 178, III, da Lei 6.015/73 e 9.º, § 3.º, da Lei 4.591/64 — Norma cuja desconstituição só pode ser obtida por via judicial (CSMSP)	62
— Garagem de prédio — Uso — Direito reservado para alguns condôminos — Deliberação de assembléia — Ilegalidade — Afronta à convenção (TJMG)	53
— Imóvel gravado de usufruto — Circunstância que não impede a extinção daquele — Venda judicial — Ação ajuizada por nu-proprietário — Procedência (TJMG)	92
— Instituição pretendida em imóvel rural sem construções, pertencente a um único dono — Caráter perpétuo atribuído à indivisão — Inadmissibilidade — Inteligência dos arts. 623 e 629 do CC, 7.º e 8.º da Lei 4.591/64 e 167, I, n. 17, da Lei 6.015/73 (CSMSP)	93
— Registro da instituição e especificação — Observância rigorosa do plano de incorporação registrada — Irrelevância da falta de comparecimento de todos os condôminos àquele ato	147
— Registro da instituição e especificação ainda não efetivado — Irregularidade da abertura de matrículas das unidades autônomas — Inexistência de nulidade dos atos nela praticados	140
— Unidade vinculada com cláusula de impenhorabilidade — Despesas com a manutenção — Prevalência da regra da penhorabilidade (1.º TACivSP)	105
Constituição da República — Art. 15, II	118
Contrato de locação — Vide: Locação.	
Convenção de condomínio — Vide: Condomínio.	
Dação em pagamento — Acordo em execução — Ato relativo a imóvel — Necessidade de escritura pública para sua efetivação — Aplicação do art. 134, II, do CC (TJMS)	89
Decreto 370, de 1890 — Art. 233	100
— Art. 235	100
Demarcatória — Citação — Registro determinado no curso daquela ação — Legalidade — Aplicação do art. 167, I, n. 21, da Lei 6.015/73 (TJMT)	71
Descrição de imóvel — Matrícula de remanescente de imóvel desmembrado — Possibilidade de sua descrição, pelo oficial, com dados constantes do registro anterior	151
Descumprimento de encargo e mora do donatário — Parecer do Prof. Álvaro Villaça Azevedo	20

- Desmembramento** — Vide: Loteamento, Parcelamento do solo.
- Divisão** — Imóvel rural — Condomínio estabelecido antes da Lei 4.504/64 — Restrição ao fracionamento inferior ao módulo rural — Exigibilidade da observância deste (TJSP) .. 122
- Divórcio** — Conversão de separação judicial — Homologação — Necessidade de prévia partilha de bens (TJSP) 76
 — Partilha de bens — Necessidade — Embargos recebidos para anular a decisão — Aplicação dos arts. 31 e 40, § 2.º, IV, da Lei 6.515/77 (TJPR) 123
- Doação** — Cláusula de acrescer — Validade da estipulação 136
 — Cláusula de inalienabilidade — Revogação — Parecer do Prof. Ruy Cirne Lima 7
 — Encargo — Descumprimento — Mora do donatário — Parecer do Prof. Alvaro Villaça Azevedo 20
 — Reserva de usufruto em favor de um dos doadores, na partilha dos bens do casal — Estipulação sobre sua extinção se contrair novo casamento — Validade 145
 — Terreno doado com encargos à Prefeitura — Falta de cumprimento — Inadimplemento — Ação de indenização — Procedência (TJPR) 108
- Dúvida** — Processo na Justiça Federal — Artigo do Juiz Vladimir Passos de Freitas 32
- Edifício em condomínio** — Vide: Condomínio.
- Enfiteuse** — Caracterização e conceito — Constituição, por Municipalidade, em área que só passou a lhe pertencer posteriormente — Inadmissibilidade da cobrança de foro e laudêmio pela transmissão de imóvel situado naquela área (TJMS) 65
 — Imóvel não registrado — Título de transmissão do domínio útil — Omissão do nome do senhorio direto — Matrícula inadmissível (CSMSP) 101
- Erro** — Vide: Registro.
- Extinção de condomínio** — Vide: Condomínio.
- Extinção de usufruto** — Vide: Usufruto.
- Firma individual** — Conferência de bem imóvel do titular — Necessidade de escritura pública com outorga uxória 134
- Fraude à execução** — Alienação de imóvel registrada antes de sua penhora — Declaração daquela, constante do mandado — Registro da penhora (CSMSP) 127
 — Vide também: Penhora.
- Fusão** — Descrição do imóvel unificado — Divergência com a dos constantes dos registros anteriores — Inadmissibilidade — Ofensa ao princípio da especialidade (CSMSP) .. 104
- Garagem** — Edifício em condomínio — Vide: Condomínio.
- Herança** — Renúncia — Imposto de transmissão “inter vivos” não devido (TJPR) 121
- Hipoteca** — Penhora de imóvel hipotecado por credor diverso — Oposição do credor hipotecário à constrição e à venda em hasta pública — Inadmissibilidade — Aplicação dos arts. 1.047, II, 649 e 650 do CPC e 826 do CC (1.º TACivSP) 90
- Imóvel rural** — Condomínio estabelecido antes da Lei 4.504/64 — Restrição ao fracionamento inferior ao módulo rural — Divisão — Exigibilidade da observância deste (TJSP) 122
 — Pretendida instituição de condomínio perpétuo de imóvel pertencente a um único dono — Inadmissibilidade — Inteligência dos arts. 623 e 629 do CC, 7.º e 8.º da Lei 4.591/64 e 167, I, n. 17, da Lei 6.015/73 (CSMSP) 93
- Impenhorabilidade** — Imóvel em condomínio — Despesas com sua manutenção — Prevalência da regra da penhorabilidade (1.º TACivSP) 105
- Imposto de transmissão** — “Inter vivos” — Não incidência sobre renúncia à herança (TJPR) 121
- Inalienabilidade** — Cláusula imposta em doação — Revogação — Parecer do Prof. Ruy Cirne Lima 7
 — Sub-rogação do vínculo — Novo título sem mencionar o gravame — Nulidade (TJPR) 112

Incorporação — Matrícula de unidade autônoma antes de concluída a construção — Irregularidade — Inexistência de nulidade dos atos nela praticados	140	Lei 6.015, de 1973 — Art. 12, parágrafo único	84
— Registro — Inexigibilidade nas hipóteses que não configurarem atividade empresarial — Artigo do Dr. Melhim Namem Chalhub	37	— Art. 167, I, n. 17	93
Indisponibilidade de bens — Decretação em virtude de intervenção em instituição financeira — Data a partir da qual produz efeitos — Incidência sobre contrato de cessão de direitos apresentado ao Registro de Imóveis apenas para exame e cálculo de emolumentos — Inteligência e aplicação dos arts. 36, § 4.º, da Lei 6.024/74 e 12, parágrafo único, e 186 da Lei 6.015/73 (CSMSP)	84	— Art. 167, I, n. 21	71
Inventário — Renúncia dos bens da única herdeira — Imposto "inter vivos" não devido (TJPR)	121	— Art. 178, III	62
— Vide também: Partilha.		— Art. 186	84
José Celso de Mello Filho (Promotor) — Parecer sobre: Validade de doação com cláusula de acrescer	137	— Art. 195	109
José Renato Nalini (Juiz) — Sentença sobre: Firma individual — Equiparação a empresa apenas para efeitos tributários — Transferência de imóvel do titular dependente de escritura pública com outorga uxória ..	134	— Art. 212	103
— Sentença sobre: Registro de condomínio — Ato ao qual não compareceram todos os condôminos — Observância, contudo, do plano inicial da incorporação registrada — Possibilidade daquele registro	147	— Art. 213, § 2.º	69
José Reynaldo Peixoto de Souza (Dr., e Biasi Ruggiero) — Artigo sobre: O "lease back" no registro imobiliário ..	47	— Art. 214	9
"Lease back" no Registro Imobiliário (O) — Artigo dos Drs. Biasi Ruggiero e José Reynaldo Peixoto de Souza	47	— Art. 237	109
— Vide também: Arrendamento mercantil.		Lei 6.024, de 1974 — Art. 36, § 4.º ..	84
"Leasing" — Vide: Arrendamento mercantil.		Lei 6.515, de 1977 — Art. 31	123
Lei 4.591, de 1964 — Art. 7.º	93	— Art. 40, § 2.º, IV	123
— Art. 8.º	93	Lei 6.649, de 1979 — Art. 25, § 1.º ..	96, 110
— Art. 9.º, § 3.º	62	Lei 6.766, de 1979 — Art. 4.º, II ..	57, 118
		— Art. 18, V	138
		— Art. 32	97
		— Art. 38	138
		— Art. 41	133
		Locação — Direito de preferência do locatário para a aquisição do imóvel — Exigência de registro do contrato no Registro de Imóveis — Aplicação do art. 25, § 1.º, da Lei 6.649/79 (2.º TACivSP)	110
		— Preferência do inquilino à aquisição do imóvel locado — Contrato não registrado — Condição inafastável ao exercício do direito de ação — Aplicação do art. 25, § 1.º, da Lei 6.649/79 (2.º TACivSP)	96
		Lote — Adjudicação extrajudicial — Loteamento não regularizado pelo Poder Público — Descabimento daquela — Inteligência do art. 41 da Lei 6.766/79	133
		— Área ou testada inferiores ao mínimo previsto no art. 4.º, II, da Lei 6.766/79 — Desmembramento autorizado pela Prefeitura com base em lei municipal — Admissibilidade do registro — Voto vencido (CSMSP) ..	57
		— Área ou testada mínima previstas no art. 4.º, II, da Lei 6.766/79 — Possibilidade de redução por lei municipal — Matéria atinente ao peculiar interesse do Município (art. 15, II, da CF) (CSMSP)	118
		Loteamento — Constituição em mora de promissário comprador — Admissibilidade da via judicial (TJSP)	97
		— Falta de registro — Compromisso de compra e venda — Rescisão ajuizada pelo promitente vendedor — Carência — Notificação ineficaz — Verbas indevidas (TJSP)	107
		— Vide também: Parcelamento do solo.	

- Loteamento fechado** — Vide: Condomínio.
- Loteamento irregular** — Notificação ao loteador na forma do art. 38 da Lei 6.766/79 — Termo de compromisso com a Municipalidade para sua regularização — Dependência do instrumento de garantia referido no art. 18, V, daquela lei 138
- Mandado** — Cumprimento considerado impossível pelo oficial — Prenotação e remessa à Corregedoria Permanente para exame das razões da recusa (CSMSP) 127
- Penhora de imóvel registrado em nome de terceiro — Declaração, naquele, de que a alienação foi feita em fraude à execução — Registro da penhora (CSMSP) 127
- Registro de penhora — Imóvel, porém, registrado em nome de terceiro — Recusa do oficial — Inocorrência de falta disciplinar (CSMSP) 127
- Vide também: Ato judicial.
- Mandato** — Vide: Assinatura a rogo.
- Matrícula** — Imóvel desmembrado — Possibilidade de descrição do remanescente pelo oficial, com dados constantes do registro anterior 151
- Imóvel enfiteutico — Inadmissibilidade de omissão do nome do senhorio direto (CSMSP) 101
- Unidade autônoma de edifício em fase de incorporação — Abertura irregular — Inexistência de nulidade dos atos nela praticados 140
- Melhim Namem Chalhub (Dr.)** — Artigo sobre: Memorial de incorporação — Inexistência de seu arquivamento nas hipóteses que não configurarem atividade empresarial 37
- Memorial de incorporação** — Inexistência de seu arquivamento nas hipóteses que não configurarem atividade empresarial — Artigo do Dr. Melhim Namem Chalhub 37
- Módulo rural** — Vide: Imóvel rural.
- Mulher casada** — Marido ausente — Alienação de imóvel comum autorizada judicialmente — Desnecessidade de declaração de ausência — Produto da venda de pequena expressão monetária — Depósito da meação do marido dispensado — Aplicação do art. 251, parágrafo único, IV, do CC (TJSP) 61
- Narciso Orlandi Neto (Juiz)** — Sentença sobre: Adjudicação extrajudicial de lote prevista no art. 41 da Lei 6.766/79 só é cabível nos casos de loteamentos regularizados pelo Poder Público 133
- Sentença sobre: Assinatura a rogo — Caracterização como mandato — Exigibilidade de instrumento público quando conferido por analfabeto — Desnecessidade desse instrumento se admitida a assinatura em escritura pública 152
- Sentença sobre: Matrícula de remanescente de imóvel — Possibilidade de sua descrição, pelo oficial, com dados constantes do registro anterior 151
- Sentença sobre: Matrícula de unidade autônoma — Edifício em fase de incorporação — Irregularidade — Inexistência de nulidade dos atos nela praticados 140
- Sentença sobre: Validade de cláusula de extinção do usufruto reservado em favor de um dos doadores, na partilha dos bens do casal, se vier a contrair novo casamento 145
- Sentença sobre: Validade de doação com cláusula de crescer 136
- Nascimento Franco (Dr. J.)** — Comentário a acórdão sobre: Condomínio — Uso de garagem de prédio — Direito reservado a alguns condôminos — Ilegalidade de deliberação de assembléia — Afronta à convenção .. 53
- Comentário a acórdão sobre: Vínculo — Impenhorabilidade — Despesas com a manutenção de imóvel em condomínio — Prevalência da regra da penhorabilidade 105
- Nome** — Retificação no registro — Provas não convincentes de se tratar da mesma pessoa — Indeferimento (TJPR) 87
- Notificação** — Compromissário comprador — Constituição em mora — Admissibilidade da via judicial — Inicial deferida (TJSP) 97
- Constituição em mora de promissário comprador de lote — Inclusão de verbas indevidas — Ineficácia (TJSP) 107

- Pacto comissório** — Natureza jurídica — Requisitos para sua validade — Inteligência do art. 1.163 do CC — Menção ao pacto, na escritura, sem as condições para seu cumprimento — Descaracterização (TJMS) 76
- Negócio proibido — Compromisso de compra e venda celebrado para encobrir contrato de mútuo — Nulidade — Adjudicação compulsória improcedente — Aplicação do art. 765 do CC (1.º TACivSP) 70
- Parcelamento do solo** — Área e testada de lotes inferiores ao mínimo previsto no art. 4.º, II, da Lei 6.766/79 — Desmembramento autorizado pela Prefeitura com base em lei municipal — Admissibilidade do registro — Voto vencido (CSMSP) 57
- Lote com área ou testada inferior às previstas no art. 4.º, II, da Lei 6.766/79 — Redução por lei municipal — Possibilidade — Matéria atinente ao peculiar interesse do Município (art. 15, II, da CF) (CSMSP) 118
- Partilha** — Bens de casal — Necessidade daquela em divórcio — Embargos recebidos para anular a decisão — Aplicação dos arts. 31 e 40, § 2.º, IV, da Lei 6.515/77 (TJPR) 123
- Imóvel pertencente a casal — Divórcio — Homologação — Necessidade daquela (TJSP) 76
- Quinhões dos herdeiros em proporções discrepantes — Meação assegurada — Imposto de transmissão "inter vivos" — Exigência incabível (TJPR) 82
- Penhora** — Compromisso de compra e venda posterior — Atos não registrados — Embargos de terceiro opostos pelo promissário comprador — Prevalência daquela, ainda que não registrada (I TARJ) 64
- Direito de exercício de usufruto de imóvel — Ocupação deste pela própria executada — Irrelevância — Inexistência de proibição legal — Prosseguimento da execução — Inteligência do art. 717, segunda parte, do CC (2.º TACivSP) 83
- Imóvel registrado em nome de terceiro — Declaração constante do mandado de que a alienação foi feita em fraude à execução — Registro daquela (CSMSP) 127
- Imóvel registrado em nome de terceiro — Inadmissibilidade do registro daquela — Recusa do oficial — Inocorrência de falta disciplinar (CSMSP) 127
- Incidência sobre imóvel atribuído à mulher do devedor na partilha homologada em separação judicial — Embargos de terceiro oferecidos pela proprietária, embora não registrada a partilha — Pretendida nulidade desta, sob alegação de fraude contra credores — Anulação apenas admissível em processo próprio — Voto vencido (1.º TACivSP) 116
- Vide também: Hipoteca.
- Preferência** — Vide: Locação.
- Prenotação** — Efeitos — Inocorrência em caso de título apresentado apenas para exame e cálculo de emolumentos — Inteligência dos arts. 12, parágrafo único, e 186 da Lei 6.015/73 (CSMSP) 84
- Princípio da continuidade** — Observância — Inadmissibilidade de atribuição a herdeiro de sócio de sociedade de fato de imóvel a esta pertencente, sem sua prévia dissolução (CSMSP) 73
- Princípio da especialidade** — Caracterização completa e correta do imóvel — Alteração em requerimento de fusão — Inadmissibilidade (CSMSP) 104
- Processo de dúvida na Justiça Federal** — Artigo do Juiz Vladimir Passos de Freitas 32
- Promessa de cessão de direitos** — Imóvel já registrado em nome do promitente cedente — Admissibilidade do registro posterior daquela — Inteligência dos arts. 195 e 237 da Lei 6.015/73 (CSMSP) 109
- Regime de bens** — Vide: Bem de casal, Casamento.
- Registro** — Anulação — Intervenção obrigatória do Ministério Público — Inexistência — Nulidade do processo (TJMG) 74
- Retificação — Artigo do Prof. Afrânio de Carvalho 9
- Retificação — Aumento de área — Inteligência dos arts. 860 do CC e 212 da Lei 6.015/73 — Hipótese em que não cabe (TJPR) 103
- Retificação — Pedido visando a possibilitar o registro de escritura que menciona a área do imóvel em metros quadrados — Registro anterior referindo-a em alqueires — Admissibilidade — Aplicação dos arts. 860 do CC e 213, § 2.º, da Lei 6.015/73 (TJPR) 69

— Retificação de nome — Provas não convincentes de se tratar da mesma pessoa — Indeferimento (TJPR) ..	87	apenas da compra e venda, embora irregistrável o arrendamento (CSMSP)	80
— Título anterior ao Código Civil — Necessidade apenas de sua exibição para inaugurar a cadeia filiatória — Inexigibilidade de seu registro — Interpretação dos arts. 233 e 235 do Dec. 370, de 1890 (CSMSP)	100	Unidade autônoma — Vide: Condomínio.	
Registro de incorporação — Vide: Incorporação.		Unificação de matrículas — Vide: Fusão.	
Remanescente — Vide: Matrícula.		Usucapião — Imóvel não registrado — Alegação de se tratar de terras públicas, inapropriáveis — Inadmissibilidade — Inexistência de prova da posse, pelo Estado, posterior ao Código Civil (TJSP)	102
Renúncia à herança — Vide: Herança.		Usufruto — Falecimento da doadora usufrutuária — Pedido de cancelamento formulado pelo donatário casado — Falta de exibição de outorga uxória — Irrelevância (TJSP) ..	86
Retificação de registro — Artigo do Prof. Afrânio de Carvalho	9	— Incidência sobre imóvel em condomínio — Circunstância que não impede a extinção deste (TJMG)	92
— Vide também: Registro.		— Penhora do exercício do respectivo direito — Possibilidade — Inteligência do art. 717, segunda parte, do CC (2.º TACivSP)	83
Revogação de cláusula de inalienabilidade em doação — Parecer do Prof. Ruy Cirne Lima	7	— Reserva em doação feita aos filhos, na partilha dos bens do casal, beneficiando apenas um dos doadores — Estipulação sobre sua extinção se contrair novo casamento — Validade	145
Ruy Cirne Lima (Prof.) — Parecer sobre: Revogação de cláusula de inalienabilidade em doação	7	Vaga de garagem — Vide: Condomínio.	
Sociedade de fato — Imóvel registrado em seu nome — Inadmissibilidade da atribuição a herdeiro de sócio falecido, no inventário deste, sem prévia dissolução da sociedade — Observância do princípio da continuidade (CSMSP)	73	Vínculo — Cláusula de inalienabilidade — Imposição em doação — Revogação — Parecer do Prof. Ruy Cirne Lima	7
Terra devoluta — Vide: Usucapião.		— Impenhorabilidade — Despesas com a manutenção do imóvel em condomínio — Prevalência da regra da penhorabilidade (1.º TACivSP)	105
Título — Anterioridade ao Código Civil — Inexigibilidade do seu registro — Necessidade apenas de exibição para inaugurar a cadeia filiatória — Interpretação dos arts. 233 e 235 do Dec. 370, de 1890 (CSMSP)	100	— Inalienabilidade — Sub-rogação — Novo título sem mencionar o gravame — Nulidade (TJPR)	112
— Cisão — Contrato de compra e venda pactuado juntamente com arrendamento mercantil do imóvel pelo comprador ao vendedor — “Lease back” — Possibilidade do registro		Vladimir Passos de Freitas (Juiz) — Artigo sobre: Processo de dúvida na Justiça Federal	32

Impressão

RUMO GRÁFICA EDITORA
C.G.C. 46.295.564/0001-08
Rua Dr. Horácio da Costa N.º 1
Jardim Vila Formosa — São Paulo
Fone: 918-5711

